

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Dr. José Gabriel Herrero Medina – Santiago del Estero

1. Introducción.

Mucho se debate hoy en día sin que esto sea algo novedoso, sobre si las personas jurídicas (o de existencia ideal o morales, etc.), pueden responder penalmente o si son susceptibles de ser perseguidas penalmente ya sea por un acusador público (Ministerio Público Fiscal) o conjuntamente éste con el privado (Querellante Particular) o bien éste en su soledad, aceptando la autonomía de actuación de éste último en el nuevo sistema acusatorio que gran parte de las legislaciones procesales provinciales han acogido.

A lo largo de este humilde trabajo intentaré contestar esas y algunas preguntas más que puedan ir surgiendo, como así también citaré jurisprudencia y doctrina que tomaron partido tanto por sostener que las personas jurídicas pueden responder penalmente como aquellas que han aceptado que esto no era posible por entender básicamente que carece de la nota de humanidad que necesita el sistema penal para perfeccionarse.

Camino insoslayable será el paso por la teoría del delito y ver de qué manera puede encuadrarse o no, el fenómeno a tratar por lo allí estipulado.

Se analizará de igual manera todo lo concerniente al adagio “*societas delinquere non potest*”, referido a que las personas jurídicas no pueden delinquir, y su pertinente evolución y el entendimiento que se ha hecho del mismo a lo largo del tiempo para concluir el presente trabajo con una opinión personal.

2. Societas delinquere non potest. Teoría de la Ficción y de la Realidad.

Hasta hace no mucho, regía sin precipitaciones el principio *societas delinquere non potest*, pero principalmente a partir del auge de la globalización y del crecimiento del capitalismo, a partir de los años 1990, se ha notado un incremento de la criminalidad a través de empresas. Por eso, hoy en día se habla de *societas delinquere et punire potest*, por el cual se entiende que todas las infracciones pueden ser cometidas por las personas jurídicas.

Históricamente se considera al Papa Inocencio IV como el primer teórico de la

doctrina *societas delinquere non potest*, cuando en el Concilio de Lyon de 1245 defendió la tesis de que la *universitas* (el ente colectivo) a diferencia de los *singuli*, no tendría capacidad para cometer delitos y por lo tanto no sería posible la excomunión de ella. Pero se impuso la tesis contraria, que sostenía la responsabilidad penal de las corporaciones. Cabe aclarar que esta discusión se dio en el marco de la lucha de poderes e intereses entre los príncipes, la Iglesia y las corporaciones (ciudades, órdenes religiosas, gremios). Por eso, durante toda la Edad Media, la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituyó la regla general mientras que la “teoría de la ficción” de los romanistas que fundamentaba el *societas delinquere non potest* constituía doctrina minoritaria.

A principios del Siglo XIX empieza a desaparecer la responsabilidad penal de los entes colectivos de las leyes penales. Razones de ello han sido: la consolidación del poder en manos del monarca, hacía que no fuera necesario el poder penal contra las personas jurídicas y por la teoría de la ficción fue sostenida y acogida con facilidad en toda Europa; el triunfo de la Revolución Francesa y la exportación del sistema legal a través de las conquistas napoleónicas, colocaron a la culpabilidad individual en el centro de la imputación penal y crearon nuevas formas de responsabilidad y concentraron su tratamiento en otras áreas del derecho, como el Civil o el Administrativo. A partir de allí, cuando se producían perjuicios sensibles a la sociedad, el Derecho Penal estaba abocado al castigo de los individuos y el Derecho Civil se ocupaba de las indemnizaciones por los daños ocasionados. Esta decisión político – criminal sirvió para descriminalizar la responsabilidad colectiva sobre la base de las ideas individualistas del Siglo XVIII.

En ese terreno, la ciencia penal retoma la antigua tesis de la ficción. Savigny fue uno de los que se encargó de difundirla, consolidando desde allí la visión individualista del sujeto del derecho penal, sobre cuyas bases se construyen las categorías ahora predominantes.

Teoría de la Ficción según la cual “*la persona ideal no es sino una ficción jurídica, y como tal no puede servir de soporte sustancial a una auténtica responsabilidad punitiva. Sólo puede recaer en los auténticos responsables del delito, estos son los hombres que se encuentran detrás de la persona jurídica.*” (Mir Puig, Santiago, Derecho Penal – Parte General, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, 1998, pag. 170). De hecho Velez Sarsfield explica en el comentario al art. 43 del Código

Civil Ley 340, que el derecho criminal consideraba al hombre como un ser libre e inteligente y que dichos atributos propios del ser humano le son claramente vedados a la persona jurídica por tratarse ésta de un ser abstracto, que no posee modo de decidir por sí mismo, sino que constante e ineludiblemente requiere de la voluntad de sus miembros para construir la ficción que representa el modo en que se expresa. No hay una contradicción al sostener que las personas jurídicas si pueden ser víctimas de delitos, pero no victimarios. Así, a su entender los delitos que puedan ser imputados a la persona jurídica han de ser siempre cometidos por sus miembros y cualquier interpretación al contrario de esto, viola el principio que exige la identidad entre delincuente y condenado. *“Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y los otros, hay los mismos motivos de dar a esta voluntad ficticia una extensión ilimitada y desde entonces se podría castigar en la persona del pupilo, el delito del tutor, si él comete como tutor, un robo o un fraude en interés de su pupilo... Al lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente, obligatio ex re ex eo, quod aliquem pervenit que se aplica a las personas jurídicas, como a los dementes o a los impúberes. Si, pues, el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él sólo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas, sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse a esas multas, si quieren participar de los beneficios de un proceso...”* (Nota al art. 43 por Vélez Sarsfield).

A finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, era notoria la creciente expansión de las empresas y su influencia en la vida social, así en Europa no se retornó a la punibilidad de las personas jurídicas, ni siquiera pese al detonante de la Revolución Industrial. Esto halla explicación en diversos factores como la fuerza de la tradición jurídica, la influencia de grupos de poder, el incipiente desarrollo industrial, etc. Todo esto, a pesar de que ya había tomado impulso la “teoría de la realidad” y había un notorio crecimiento de grandes empresas.

Teoría de la Realidad iniciada por Otto von Gierke y Franz von Liszt, quienes defendían la posibilidad y necesidad de introducir la responsabilidad penal de las

personas jurídicas. El primero de los autores citados afirmaba que los entes colectivos si tienen una existencia propia, legalmente distinta de la de sus miembros, tienen derechos y obligaciones diferentes a los derechos y obligaciones de sus componentes. Así se pregunta por qué motivos las personas de existencia ideal no pueden cometer estafa y ser responsabilizadas penalmente por ello siendo que pueden prometer que pagarán algo y luego negar sus deudas. El segundo autor mencionado, se mostró partidario de igual manera de incriminar a la persona jurídica fundado ello en que el derecho privado reconoce la capacidad de obrar de los entes ideales. A partir de esta observación formuló la frase *“Quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios”* (Mir Puig, Santiago, Derecho Penal – Parte General, 5ª Ed., Barcelona, Reppetor, 1998, pag. 171). Mario Chichizola afirma que *“la aseveración referente a que los entes ideales carecen de una verdadera y efectiva voluntad implica desconocer la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal, que son personas completamente independientes de sus componentes; que tienen vida, patrimonio y voluntad propia, enteramente distinta a la de sus componentes. Claro está que estas entidades, por ser entes ideales sólo pueden actuar por intermedio de sus representantes legales, pero los actos de éstos se reputan actos de las personas jurídicas, no actos individuales de los representantes... Debemos recordar que uno de los elementos esenciales que se exigen para la formación de los contratos es el consentimiento, que consta de una manifestación de voluntad, hecha con discernimiento, intención y libertad... Resulta contrario, pues que el ordenamiento jurídico pueda admitir que las personas de existencia ideal tengan capacidad volitiva, discernimiento, intención y libertad para celebrar contratos y negarles al mismo tiempo estas facultades cuando cometan delitos reprimidos por la ley penal”* (Chichizola, Mario I., La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal”, en La Ley, t. 109, pág. 687).

Pero aun así, durante todo el Siglo XX predominó la tesis de la irresponsabilidad. Un primero llamado de atención en la dirección contraria provino desde la Criminología, que había enfocado su análisis de la etiología del delito en el “delincuente”, buscado explicación en ciertas características individuales propias de personas de las llamadas clases sociales bajas, que era la que tradicionalmente cometía los llamados delitos violentos. Cuando el interés se orientó ya no hacia la persona, sino hacia el acto, entró a hablarse del “perjuicio social” y, con éste, los

delitos correspondientes así como los sujetos implicados en ellos. Así las investigaciones criminológicas de la última década del Siglo XX impulsadas por Sutherland, han dedicado especial interés a los delitos económicos, haciendo su aparición el Derecho Penal Económico. Por la inevitable interrelación existente el Derecho Penal y el extrapenal (otros derechos vinculados con temas económicos), resultó inevitable también que se comenzara a analizar a la “empresa” o “ente colectivo”. Por ello, la Criminología que analiza el delito económico no puede prescindir de las empresas o personas jurídicas, las que tienen una actuación decisiva en la vida económica, más importante aun que la de las personas individuales.

En los últimos años el incremento de la llamada criminalidad organizada, así como la constatación de que una serie de delitos (lavado de dinero, fraudes tributarios, delitos ambientales, etc.) son cometidos a través de o con ayuda de o para provecho de empresas, ha hecho reflexionar a la ciencia penal y ha motivado al legislador a buscar el control de esta criminalidad a través de una solución penal más efectiva en el sentido de una responsabilidad penal directa de los entes colectivos.

3. Fundamentos de la *societas delinquere non potest o universitas delinquere nequit*:

a. Incapacidad de Acción:

Dentro del grupo de autores que reafirman la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas se puede mencionar a quien sea quizás el penalista más importante de Latinoamérica, Eugenio Raúl Zaffaroni. Quien en su “*Manual de Derecho Penal – Parte General*” (Edit. Ediar, Segunda Edición, pág. 426 y sstes) comienza a tratar el tema y lo titula “*La Incapacidad de Acción de las Personas Jurídicas*”, adelantando desde ya su postura. Sostiene que la mayor parte de la doctrina enuncia que la persona jurídica es incapaz de acción, aunque no faltan quienes fundan la irresponsabilidad en la incapacidad de tipicidad o de culpabilidad (como se verá en párrafos siguientes) y aun de pena.

Así los principales defensores de la no responsabilidad por falta de acción dicen que si falta una substancia psíquica espiritual, no puede la persona jurídica manifestarse y si no puede manifestarse, mal podría cometer un delito. Pregona el

actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las leyes pueden imponer sanciones a las personas jurídicas, con lo cual sería necesario determinar su naturaleza. *“Nada impide que el mismo juez penal y en función de la misma ley, pueda ejercer poder coactivo reparador o coacción directa contra personas jurídicas, pues no se trataría de penas. En tanto que respecto de éstas, es decir, cuando el poder para el que se habilita al juez no sea reparador, ni coacción directa, resultarían inconstitucionales”*. Agrega por último que *en la actualidad pesan criterios de diferente signo ideológico, como los que provienen del desarrollo del derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, de criterios de defensa social para la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública). Pero, con todo, los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante, especialmente cuando nada impide que el propio juez ejerza coacción reparadora y coacción directa sobre las personas jurídicas. En conclusión, la pena no resuelve conflictos, y el reconocimiento de la naturaleza no penal del poder ejercido por los jueces sobre las sociedades civiles o comerciales tiene la ventaja de someterlas a un modelo de solución efectiva, en vez de sujetarlas a una mera suspensión del conflicto...”*.

Luis García Martín dice que únicamente en un sentido técnico – jurídico puede denominarse persona a la jurídica, por lo demás, ese mismo sentido técnico – jurídico, sin ninguna variación, es aplicable igualmente a la persona física, porque en dicho norte, persona es todo sujeto jurídico con capacidad jurídica plena. A las personas jurídicas les falta la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación, facultades intrínsecas en la persona humana. La persona sea física o jurídica, no es más que un centro de imputación normativa de efectos jurídicos, normalmente de derechos y obligaciones, aunque también de expectativas, cargas, etc. Hay que distinguir el sujeto de la acción y el sujeto de la imputación, ya que puede suceder en el caso de la persona física que por poseer ésta las cualidades intrínsecas de producir acciones típicas, estas le serán luego imputadas; y que en el caso de las personas jurídicas en cambio, el sujeto de la imputación (el ente) y el sujeto de la acción (el hombre), tienen que ser siempre irremediabilmente distintos, dado que las personas jurídicas siempre actúan a

través de sus órganos (GARCÍA MARTÍN, Luis *“La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”*, en *La Responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 40).

Explica Roxín en su obra *“Derecho Penal. Parte General”* (Madrid, Civitas, 2001, Tomo I, p. 258) que las acciones de las personas jurídicas, no son acciones conforme al derecho penal, porque dado que les falta una sustancia psíquico – espiritual, no pueden manifestarse a si mismas. Sólo órganos humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquellos y no a la persona jurídica.

Dice el Dr. Diego Carlos Hernan Pirota en su obra *“Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”*, (Edit. Ciudad Argentina: Hispania Libros, pág. 91 y sstes., 2009) que las personas jurídicas no pueden delinquir, porque no realizan conductas, y el concepto de acción resulta de vital importancia para nuestro sistema jurídico – penal por erigirse como la base de toda regulación normativa, atento a que nuestro país adoptó el modelo de derecho penal de acto y no de autor. Agrega que sólo la persona física posee los atributos psíquicos que les permiten realizar conductas voluntarias, dirigidas hacia un fin determinado y por la vigencia del principio de culpabilidad no resulta posible sancionar a quien no realiza una conducta. Y por no realizar conductas, no se hace necesario analizar los restantes elementos de la teoría del delito, por resaltar su base la acción; al no haber acción, no puede considerarse la idea del delito. Es la persona física que conduce a la jurídica la que decide realizar el hecho ilícito, vinculando al ente sólo por las consecuencias civiles o comerciales que su actuación pudo ocasionar a terceros.

También en igual sentido, tiene dicho el Dr. Fontán Balestra en su obra *“Derecho Penal. Introducción y Parte General”* (Edit. Abeledo Perrot – Buenos Aires, 1998, pág. 477, 478 y 479) que sujeto de la acción es solamente una persona física, las personas jurídicas no pueden delinquir, pero no puede negarse la realidad de la aplicación en el orden administrativo, fiscal y económico, de medidas que tienen para las sociedades un significado análogo, en algunos aspectos, al de una pena del derecho criminal. Es suficiente señalar que la multa y la disolución de las personas colectivas, equiparada esta última a la pena de muerte por los partidarios de su responsabilidad, se aplican también por hechos que no son delitos, para comprender lo artificioso que resulta sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El retiro de la personería jurídica de una sociedad puede hacerlo en la Argentina el poder administrador por razón de incumplimiento de algunas de las disposiciones esenciales del régimen legal o de las contenidas en el estatuto societario. Y bien, si la multa y la disolución de una sociedad pueden resultar de hechos que no son delitos y sin la intervención del juez penal, también pueden ser aplicadas por hechos delictuosos, sin necesidad de hablar de una responsabilidad específicamente penal que no es humana. Aun, entonces, desde el punto de vista práctico, son menos las soluciones que las dificultades que ofrece la tesis que propugna la responsabilidad de las personas jurídicas.

Carece de sentido a su entender, imaginar la existencia de una responsabilidad penal que sólo acarrea como consecuencia del delito determinadas penas, tales como la multa, y deja liberado al autor de todas las demás. Si a esto se agrega que responsabilizando penalmente a las personas colectivas no se libera de responsabilidad a las personas individuales, resulta que se pena a dos personas por el delito que sólo una de ellas ha cometido.

El Dr. Edgardo Alberto Donna, en *“Derecho Penal de los negocios y de las empresas”*, (Revista de Derecho Penal – 2014 – 1 Edit. Rubinzal Culzoni, págs. 132 y sstes, 2014), dice que ese argumento es el más débil de todos, porque hoy en día ya se reconoce que las personas jurídicas tienen capacidad de acción porque son destinatarias de normas jurídicas, entre las que también se encuentran las penales. Los entes colectivos si bien son organizaciones de personas, son independientes del cambio de sus miembros y, como tales, son una realidad social que el Derecho reconoce con regulaciones civiles (regulación de la personalidad jurídica) y constitucionales (reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales). Desde la perspectiva de las propias características de una organización de personas, se afirma que cuando se trata del cumplimiento de deberes propios del ente colectivo, en caso de infringirlos a través de acciones u omisiones de los individuos que lo integran, estos actos también son propios de aquel. Entonces no se trata solamente de una mera imputación de la conducta individual al ente colectivo, sino de una auténtica acción del ente colectivo a través de sus integrantes. La discusión actualmente radica en si las acciones de las personas jurídicas podrían merecer un reproche ético – social que caracteriza al Derecho Penal. El autor mencionado manifiesta que el carácter punible, en sentido cualitativo, de la acción

de la persona jurídica va a depender de la suficiente gravedad del atentado contra el bien jurídico correspondiente, y si son susceptibles o no de reproche, es una cuestión que debe ser abordada en el análisis de la capacidad de la acción.

Tampoco debe soslayarse la circunstancia de que así como los entes colectivos son destinatarios de deberes jurídicos, no solamente pueden cumplirlos sino que también pueden violarlos; y como se les reconoce derechos, también tiene que reconocerse que pueden abusar de ellos y al realizar esto, pueden atentar gravemente contra bienes jurídicos. Y como son sujetos pasivos de delitos, también pueden ser sujetos activos.

b. Violación al principio de culpabilidad:

Otro grupo de opiniones que sostienen la irresponsabilidad, fundamentan esto en la violación al principio de culpabilidad que implicaría imputar penalmente a una persona jurídica. Dicho principio establece que para que sea posible la aplicación de responsabilidad penal a un sujeto, deberá existir algún tipo de vínculo subjetivo entre el autor y el hecho en cuestión. En todos los casos en que se imputa a una persona jurídica, se trataría solamente de una “imputación ficticia”.

El Derecho Penal vigente exige siempre que la imputación penal se refiera a acciones cometidas por el propio responsable, a quien por ello se le reprochará el no haberse motivado de conformidad con la norma; esto es algo que no sería posible con los entes colectivos. Se dice que contra actos dañosos de los entes colectivos, sólo puede haber un juicio de desvalor en el sentido de considerarlo como institución antijurídica y que sólo se puede vincular esto con determinadas medidas jurídicas, pero no con el reproche inmanente a la pena que presupondría siempre un sujeto responsable que pudo y debió haberse comportado de otra manera.

Prescindir en el derecho penal del principio de culpabilidad sustituyéndolo por otro principio cuando se tratare de entes colectivos, ocasionaría una notoria violación a las garantías constitucionales y convencionales mínimas establecidas.

Así, en el plano de la tipicidad, será necesario que el sujeto haya podido, al menos, prever el resultado lesivo: se excluye todo tipo de responsabilidad objetiva; no puede atribuirse aquello que fue fortuito; y debió existir por lo menos culpa en el sujeto activo.

Mientras, en el plano de la culpabilidad (entendida como categoría de la teoría

del delito), se requerirá que el autor haya podido comprender la criminalidad de su acción y, de ser ello así, que haya podido adecuar su conducta a derecho, o lo que es lo mismo, que la acción le sea reprochable. Nada de ello le podría ser aplicable a la persona jurídica.

El Dr. Donna en la obra ya citada (pág. 146, 147 y 148.) dice que es una realidad social la culpabilidad del ente colectivo porque las empresas son consideradas por el público como “culpables” de una contaminación ambiental, de la explotación de trabajadores, etc. Y como además es indiscutible que se les atribuya un honor y un deshonor, es incluso posible hablar ya ahora, en relación con las empresas, de una culpabilidad y de un reproche ético. Por cierto que esta culpabilidad para resultar legítima debería basarse en una conducta o actitud propia del ente colectivo. Y para la procedencia de las consecuencias sancionadoras, se tiene que tener en cuenta los deberes de respetar las normas vigentes que son presupuestos previos a la constitución de las personas jurídicas. Agrega que se facilitarían mucho las cosas (y la determinación del dolo o la culpa) si la legislación exigiera, a través de regulaciones específicas precisas y detalladas, que las empresas incluyeran en su organización determinadas medidas de prevención de delitos e infracciones. Esta exigibilidad tendrá que estar en relación con el tamaño del ente colectivo, porque se deberá excluir a organizaciones de menor magnitud. Y consecuentemente también, la regulación de una culpabilidad del ente colectivo debería prever no solamente casos de error, caso fortuito, causas de atenuación, agravación o exención de culpabilidad, sino también de inimputabilidad en función de tamaño del ente colectivo. La culpabilidad del ente colectivo no debe excluir la de sus integrantes individuales; debe existir una responsabilidad acumulativa a través de la cual respondan penalmente tanto los individuos como también los entes colectivos, cada uno de ellos por su propio injusto.

c. Violación al principio de la personalidad de la pena:

En tercer término, se ha dicho que al asignar responsabilidad penal a la persona jurídica se estaría violando la garantía de la personalidad de las penas, pues, con la sanción impuesta al ente, podría verse afectado un accionista inocente por hechos cometidos, por ejemplo, por el gerente. Siempre se ha entendido que el concepto de pena está íntimamente vinculado a la persona individual, y el principio

de culpabilidad presupondría siempre una identidad de la persona a través de su conciencia.

Soler expresa que el sostenimiento de sistemas jurídicos que avalan la responsabilidad penal por el hecho de otro, resulta propio de formas primitivas de culturas. Para ello, cita como ejemplo el Código de Hammurabi, donde se prescriben formas talionales de retribuir el daño que fuera causado, aplicando sanciones a un tercero ajeno sólo por guardar una relación con el verdadero autor del hecho. Se estaría penando por ejemplo a un sujeto que nada tuvo que ver con el injusto cometido por un miembro de su familia, pero que satisface en forma personal las ansias vindicativas de esa primitiva sociedad organizada jurídicamente bajo los preceptos del desquite, no de la justicia. Critica duramente la responsabilidad penal de los entes colectivos diciendo que no se ha medido la gravísima injusticia que representa la imposición de una pena que indefectiblemente irá a recaer sobre todos los asociados, comprendidos los que se opusieron a los actos ejecutados por los órganos y los accionistas que votaron por otras personas para dirigir la sociedad. (Soler, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1988, Tomo I, pág. 330). De este modo se explica lo injusto de la situación.

De igual forma sería injusto castigar a la persona jurídica por el delito cometido por individuos, además de que penar al ente colectivo supondría hacer que a través de la pena sufran tanto los responsables directos del hecho delictivo como otros que no lo son.

Agrega Diego Carlos Hernan Pirola en su obra *“Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”*, (Edit. Ciudad Argentina: Hispania Libros, pág. 54 y sstes., 2009) que debería pensarse en la situación de las grandes corporaciones multinacionales que cotizan en las principales bolsas, a través de las cuales millones de personas diseminadas alrededor del mundo (sin siquiera tener conocimiento de la conformación del directorio del ente) adquieren diariamente algún mínimo porcentaje de sus acciones y que motivado en el accionar de personas que no conocen ni van a conocer jamás, deban pagar luego las consecuencias de sus actos ilícitos, sobre los cuales jamás se los consultó, pero que ciertamente va a significar un desmedro significativo en sus patrimonios en caso de que la sociedad se directamente sancionada.

Como ya se ha dicho, el entendimiento de la pena, que además de significar graves limitaciones de derechos, tiene que estar acompañada de una desaprobación ético – social en el sentido de una retribución justa por el daño causado, está tradicionalmente vinculado con los individuos y no puede ser trasladable a los entes colectivos. Por otro lado la pena al ente colectivo sería injusta porque además de castigar a terceros inocentes, llevaría a una doble punición, ya que se penaría no sólo a los individuos sino también al ente colectivo.

El Dr. Donna (ob. Citada, pág 148 y 149) dice que la responsabilidad penal de la persona jurídica no quiere reemplazar la responsabilidad individual sino incrementar la eficacia del Derecho Penal, porque no va a excluir la responsabilidad de las personas físicas sino que va a reforzar la responsabilidad de éstas al obligar a que las personas jurídicas actúen preventivamente para controlar a sus agentes. También sostiene que es posible afirmar una capacidad de pena de los entes colectivos pues sea que ésta tenga, finalidades preventivas o estabilizadoras de la normas, ambas pueden cumplirse también a través de aquella pena dirigida contra una persona jurídica. Funciona por un lado la prevención general cuando se constata que el riesgo de ser sancionado puede hacer que otros entes colectivos se abstengan de cometer actos ilícitos, pero también puede afirmarse un efecto preventivo especial dentro del ente colectivo sancionado cuando sus miembros, como consecuencia de la sanción, toman medidas al interior de la organización para evitar caer en la sanción.

4. Responsabilidad Penal Plena y Propia.

En la situación actual en la que van en aumento las legislaciones penales que reconocen la responsabilidad penal a las personas jurídicas, todo parece indicar que la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa, sea más bien una cuestión de decisión de valoración política antes que de lógica constructiva. Para esto se propone distintos modelos. Por un lado, se propone introducir una responsabilidad auténticamente penal de las personas jurídicas: las categorías penales tradicionales no se opondrían, tras una modificación apropiada (p. ej. Del régimen de sanciones), a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "acción" de la "persona jurídica" sería normativamente real en el sentido de que ella, como sujeto de Derecho, además de poder actuar y contraer obligaciones civiles,

también puede ser sujeto pasivo de delitos y por lo tanto también sujeto activo de ellos (como ya se mencionó en párrafos precedentes. Es decir, la persona jurídica puede ser destinataria de normas penales si el legislador, recogiendo lo vigente desde hace mucho en la realidad social, introdujera la regulación correspondiente. También se sugiere crear tipos penales específicos para las "personas jurídicas" en el sentido de una tipificación expresa de la llamada "irresponsabilidad organizada" (defecto de organización como responsabilidad originaria) y de la comisión de delitos (básicamente económicos) a través de "representantes" faltando al deber de control.

Por otro lado se propone una solución global *fuera del Derecho penal* (Derecho penal de empresas, Derecho sancionador de empresas, Derecho de intervención, etc.) con carácter "punitivo" sui generis. Se busca así crear un Derecho sancionador hecho a la medida de la naturaleza del ente colectivo evitando desnaturalizar los principios de un Derecho penal creado y desarrollado sobre la base de conceptos propios de las personas individuales. En este nuevo Derecho sancionador de empresas, por ejemplo, la imputación se podría basar, sin problemas, en un "defecto de organización" y no en una "afección de bienes jurídicos".

Pese a estas diferencias sustanciales entre ambas posiciones, hay por lo menos consenso en el sentido de que una posible responsabilidad autónoma (penal) de la persona jurídica no atentaría contra el "non bis in ídem"; debido a que ella debe ser distinguida de las personas individuales que actúan al interior de su seno. También ha quedado claro que ésta debe consistir en una "responsabilidad acumulativa"; es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos.

5. Argentina, un compromiso internacional en torno a la lucha contra la delincuencia organizada:

En lo que respecta a los compromisos internacionales relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas, cabe mencionar: La "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos", suscripta en Palermo, Italia en diciembre de 2000. (Aprobada por Ley 25.632, BO 30/08/2002).

En su art. 10, esta Convención expresa que: *“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. Cada Estado Parte velará en particular porque se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.*

También nos encontramos con la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, aprobada por resolución N° 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre del mismo año (Aprobada por ley 26.097, BO 09/06/2006.), que en su art. 26 establece algo similar a lo dicho: *“1- Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2- Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3- Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4- Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.*

Así también, y ya algo más específico, la “Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, suscripta en París en 1997, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. (Aprobada por la ley 25.319, promulgada el 06/10/2000.), en su art. 2 dice que: *“Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la*

responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero”. Asimismo, en su art. 3, inc. 2, se prevé que: “En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros”.

En lo respectivo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es preciso resaltar que en el ámbito del Grupo de Trabajo contra el Soborno de la OCDE, se han fijado estándares muy estricto de cumplimiento del art. 2 de su Convención contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Se requiere que los países garanticen que todas las personas jurídicas puedan ser directamente responsables por la infracción de la figura penal allí prevista, sin que esta responsabilidad esté supeditada a la responsabilidad individual de los miembros o representantes de la persona de existencia ideal, ni que la atribución de sanciones a las personas jurídicas (como una consecuencia accesoria de las acciones u omisiones cometidas por las personas físicas que integran sus órganos) estén dirigidas a sus mandatarios y/o representantes

6. Las personas jurídicas en el Anteproyecto del Código Penal.

Uno de los cambios más notorios introducidos por el Anteproyecto fue la regulación de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas en la parte general del Código Penal, posibilidad que la norma actual no contempla, a pesar de que ciertas leyes especiales (el Código Aduanero, la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, entre otras) habilitan responsabilidad penal para las personas jurídicas. En la exposición de motivos de la Comisión Redactora, los autores manifestaron haber coincidido que “1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto. 2) No es menester pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de las sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas.”

(Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, “Exposición de motivos”, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 157.)

Por lo tanto, la Comisión decidió recoger los datos de la realidad que marcaban, por un lado, que ya existían normas que autorizaban la imposición de sanciones a las personas jurídicas y, por otro, que en la sociedad impera la idea de que la conminación penal es más fuerte que el ámbito sancionador administrativo — aunque en rigor este no se vea limitado por las garantías del sistema penal— por lo que se proponen cambios estructurales de dichas normas para lograr una mayor eficacia sancionatoria.

El tema en estudio fue regulado en el Anteproyecto a partir del art. 59 y hasta el 62, bajo el Título IX denominado “Sanciones a las personas jurídicas” de la Parte General del Código Penal.

El art. 59 dice que: *“1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no genere provecho alguno para ella. 2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, esta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. 3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, esta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. 4. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado. 5. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que esta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa. 6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella. 7. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica,*

la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados. 8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años”.

En primer lugar, deberá tratarse de personas jurídicas privadas, recurriendo a la normativa civil imperante a los efectos de determinar que es lo que se considera por tal.

En segundo término, la norma en estudio estipuló que los entes colectivos solo serán responsables “en los casos que la ley expresamente prevea”. En la parte especial del Código, puede encontrarse un elevado número de delitos que la prevén, con una gran diversidad de bienes jurídicos en juego. Así, podrán ser sancionadas por cualquiera de los delitos receptados bajo el Título I, “Delitos contra la humanidad” (arts. 64 a 73), por el delito de reducción a la servidumbre (art. 105), trata de personas (art. 111), contrataciones y condiciones laborales ilegales (art. 124) y por la totalidad de los delitos previstos en los Títulos VII y VIII, “Delitos contra el patrimonio” y “Delitos contra el orden financiero”, respectivamente (arts. 140 a 163, y arts. 164 a 179). También por las figuras penales previstas en el Título IX, “Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social” (arts. 180 a 183), por el delito de estrago e inutilización de defensas (art. 184), por los regulados en el art. 185 relacionados con explosivos y elementos de destrucción masiva, por la fabricación y tráfico de armas (art. 187), naufragio y desastres (art. 188), envenenamiento, adulteración y riesgo colectivo (art. 194), comercialización irregular de medicamentos (art. 195), violación de normas sanitarias (art. 196), tráfico de órganos (art. 198), contaminación (art. 204), sustracción a deberes en caso de conflicto armado y entorpecimiento a la defensa nacional (arts. 224 y 225). Del Título XV “Delitos contra la administración pública” se incluyó la totalidad del Capítulo V, “cohecho y tráfico de influencias” (arts. 261 a 265), así como el art. 270 donde se regula el delito de negociaciones incompatibles, y en el 273 que sanciona el incremento patrimonial no justificado.

Tercero, se estableció que únicamente serán responsables las personas jurídicas cuando sus órganos o representantes hayan actuado en beneficio de aquellas. Y aun más, incluso en los casos en los que el hecho delictivo no implicare tal beneficio o interés, las personas jurídicas podrán ser igualmente responsabilizadas si el delito fue facilitado “por el incumplimiento de sus deberes de

dirección y supervisión”. Por lo que se optó por uno de los dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que identifica la doctrina, el modelo “de atribución”, (que es opuesto al de la responsabilidad propia u originaria) según el cual se imputan al ente colectivo los hechos cometidos por sus miembros. Incluso cuando no hubiera existido beneficio para la persona ideal, y el delito haya sido cometido como consecuencia de una culpa *in eligendo e in vigilando* del ente (conforme surge de la exposición de motivos).

En los incisos 6° y 7°, se apunta a evitar que las personas jurídicas logren impunidad a partir de mecanismos propios del mundo societario tales como la transformación, fusión, absorción, o escisión. Al igual que como se ha mencionado en párrafos precedentes, será necesario remitirnos a otra rama del derecho, para conceptualizar estos institutos.

Conforme al inciso 7° propuesto, no es admisible la disolución fraudulenta de la persona jurídica para eludir su responsabilidad. Con este objeto se propone establecer una presunción en caso de continuación de la actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

Por último, la razón del plazo de prescripción de la acción de seis años reside, una vez más, en intentar lograr efectividad en el proceso, dado que una duración más larga, entienden los redactores, importaría con bastante seguridad, la extinción del ente colectivo, y la imposibilidad por parte del juez de evaluar su patrimonio para poder graduar la pena que le correspondería.

a. Sanciones:

El art. 60 dice: *“1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes: a) Multa. b) Cancelación de la personería jurídica. c) Suspensión total o parcial de actividades. d) Clausura total o parcial del establecimiento. e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa. f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. g) Suspensión del uso de patentes y marcas. h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales. i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales. j) Suspensión en los registros estatales. 2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código”*. Mientras que el art. 61 establece que: *1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta. 2. La multa se impondrá*

conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incisos 1º, 2º y 4º del art. 34. 3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría. 4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables. 5. La cancelación de la personería jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos. 6. La suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y solo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos. 7. La suspensión y la clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años. 8. Las prestaciones del apartado f) del inciso 1º del artículo 60º, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4º”.

Con relación a la pena de multa, se remitió al art. 34, oportunidad en que se la reguló para sancionar a los individuos excepto en lo que tiene que ver con la determinación del importe, respecto del cual se creó un sistema específico en los incisos 3º y 4º del art. 61. Se dispuso además que el monto total no podrá superar un tercio del patrimonio de la sociedad, con la finalidad de evitar que recaigan penas tan gravosas que resulten confiscatorias, límite que también tendrá que ser respetado en los casos en los que la pena de multa se imponga conjuntamente con la de efectuar prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido (art. 60, inc. f).

A diferencia de la pena de cancelación de personería, que tiene un límite infranqueable y solo podrá aplicarse cuando la persona jurídica estuviese destinada principalmente a la comisión de ilícitos, la suspensión total de actividades y clausura total del establecimiento procederá cuando ese ya no sea el único objeto del ente colectivo, pero sí su actividad más habitual. Además, este supuesto posee un límite máximo temporal de un año, pues si ello no existiera, materialmente esta pena tendría iguales efectos que la cancelación de la personería. En el inc. 7º se fijó un

tope de seis meses para la suspensión y clausura parcial. Asimismo, fijó un máximo de tres años para la suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales.

Resulta interesante destacar que si bien en el art. 61 del Anteproyecto se fijan topes máximos para la imposición de las penas previstas, no sucede lo propio con los mínimos. Es decir: no se ha atado al juez a un mínimo obligatorio sino que ello dependerá de la valoración que haga en cada caso concreto.

Por último el art. 62 establece: *“1. Las sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto. 2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo. 3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad. 4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de estos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago. 5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. 6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia”.*

Aquí se fijaron las pautas que deberán guiar a los magistrados al momento de determinar el *quantum* de las sanciones. A partir del estudio de la exposición de

motivos para este artículo, puede advertirse que la principal preocupación de los integrantes de la Comisión Redactora fue la de encontrar criterios que ayudaran a los jueces a contrarrestar los efectos que las sanciones sobre una persona jurídica pudieran generar sobre la sociedad en su conjunto, sobre terceros ajenos al ente colectivo, o incluso sobre terceros relacionados con aquel pero que no estuvieran relacionados con los hechos delictivos.

Un especial interés despierta el inc. 6° de la norma en cuestión, cuando dispone que *“El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos”*. Pareciera que, si existe la posibilidad de que tanto el juez penal como la administración impongan penas con iguales fundamentos, entonces la naturaleza jurídica de la sanción recibida por el ente en sede penal también sería administrativa. Situación que genera el interrogante acerca del respeto a la garantía de *ne bis in idem*: si se trata de la misma sociedad, del mismo hecho, y los mismos fundamentos, ¿no estarían dadas las tres identidades necesarias que vedan la imposición de otra pena? Sin embargo, la norma sostiene que la administración o el juez penal podrán fijar su sanción, pero teniendo en cuenta la ya existente.

7. Criterios propuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A continuación, se hará mención a los criterios propuestos por el máximo Tribunal Nacional en el fallo “Fly Machine” del 30 de Mayo de 2006.

En dicha causa, se investigaba una presunta tentativa de contrabando documentado, que llegó hasta el tribunal cimero proveniente de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que había rechazado el recurso intentado por el representante de la Aduana Nacional, en contra de la resolución adoptada por el Tribunal Oral Federal N° 1 de la Provincia de Córdoba, que declaró la nulidad del requerimiento de elevación a juicio.

La Corte Suprema procedió al rechazo del recurso extraordinario impetrado el día 30 de Mayo de 2006, en mayoría, por poseer defectos en su fundamentación. Empero, lo que interesa a este trabajo es el voto emitido por el Dr. Zaffaroni en disidencia con los restantes.

En los diversos considerando del fallo, el autor introdujo el tema de la acción y su importancia decisiva para el ordenamiento penal, así como el de la falta de capacidad de acción de la persona jurídica, algo de lo que ya se habló en esta presentación. Refirió en su considerando 5° que más allá de lo que ciertas leyes penales pudieran prescribir, 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 en los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*.

Para sostener esto, hizo mención a que las expresiones “hecho del proceso y de la causa”, contenidas en el art. 18 de la Constitución Nacional, y las “acciones” a las que se refiere el art. 19 de la Carta Magna, *a contrario sensu*, serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública) surgiendo el principio de materialidad de la acción, según la cual ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta (Considerando 6°).

Asimismo dijo que *“la construcción del concepto jurídico penal de la 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...”* (Considerando 7°). Y *“que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional nulla injuria sine actione impone la delimitación del concepto jurídico – penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio societas delinquere non potest (o universitas delinquere nequit); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”* (Considerando 8°).

Independientemente del tema del concepto de acción, refirió incluso la existencia de mayores limitaciones que justifican la imposibilidad de responsabilizar a la persona ideal. En este sentido mencionó al principio de culpabilidad y a la imposibilidad de exigir a la persona jurídica un comportamiento diferente al injusto

(negando la base del reproche), dada precisamente su incapacidad de acción y de determinación.

Sostuvo de igual manera en su considerando 11° que el mantenimiento de la idea criminal en el ente ideal representa la automática negación o supresión de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena.

Fue con base en todo ello que, en minoría, resolvió rechazar el recurso extraordinario intentado por los representantes de la Aduana Nacional, sentado un importante precedente que viene a sostener el principio *societas delinquere non potest* y los postulados de la incapacidad de acción en la persona jurídica.

8. Conclusión.

Por todos los argumentos vertidos, tanto a favor como en contra del sostén de la responsabilidad penal de la persona jurídica, me corresponde emitir una opinión en alguno de ambos sentidos y debo optar por la negativa, ya que como bien se ha expuesto el sustento de la teoría del delito es la acción y ésta solamente puede ser realizada por personas físicas, y partiendo de esa simple premisa, deviene en abstracto todo otro tratamiento atinente a la culpabilidad, tipicidad, punibilidad, etc.

Es innegable la participación de las personas jurídicas en negocios fraudulentos tanto a nivel nacional como internacional, pero no podemos perder vista que quien materializa esos hechos criminosos, es la propia persona humana, ya sea en representación o en beneficio de la persona jurídica. Asimismo el tratamiento punitivo que pretende el Anteproyecto de Código corre el riesgo de entenderse como sobreabundante atento que ya existen sanciones principalmente administrativas en contra de las personas de existencia ideal, que se emparentan con lo que está proyectado.

Muchos serán los ajustes necesarios que van a requerirse para que las sanciones penales a las personas jurídicas y la participación de las mismas en los procesos, respondan a los estándares internacionales fijados por las Convenciones que gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma a la Carta Magna en el año 1994.

Pero me voy a referir sucintamente a uno en especial. Piénsese en una sentencia condenatoria a un ente colectivo y la posibilidad de recurrir dicha

resolución. Téngase presente que la Convención Americana de Derechos Humanos exige a los Estados Parte que su normativa interna responda a los lineamientos que surgen de su entendimiento como de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este derecho de obtener una segunda opinión de un tribunal superior jerárquico del que dictó la resolución que se pretende revocar, se encuentra establecido en el art. 8 inc. 2 apartado h de la mentada Convención Americana de Derechos Humanos, pero debe advertirse que cuando se habla de "*persona*" en dicho artículo hay que recurrir al Preámbulo de la misma y al art. 1º apartado 2º donde se establece que "*persona*" significa todo ser humano. Por lo que de la lectura de ello, las personas jurídicas no podrían recurrir sentencias adversas, lo que a todas luces resultaría injusto, y como bien se sabe, todo derecho injusto, no es derecho.-