

## **La responsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2° y 4° del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR)**

**JOSÉ DANIEL CESANO<sup>1</sup>**

**Abstract:** Dentro del Protocolo de Fortaleza, existen algunas disposiciones que permiten responsabilizar penalmente a las corporaciones (personas jurídicas). El objeto del presente trabajo es indagar, a partir de estas normas de integración, la posible tensión constitucional que entraña la adopción de esta estrategia comunitaria.

**SUMARIO:** I.- Propósito y método. II.- ¿Existen, entre los instrumentos legales del Mercosur, disposiciones que permitan aplicar sanciones penales a la persona jurídica? III.- Las normas Constitucionales de los Estados partes y la posibilidad de tensión: los casos de Brasil y Argentina. IV.- A modo de conclusión.

### **I.- Propósito y método<sup>2</sup>.**

Una de las dificultades que se presentan al momento de intentar elaborar cualquier política criminal que se pretenda multinacional, deriva de las distintas configuraciones dogmáticas propias de los sistemas normativos de cada uno de los Estados que conforman la región cuya integración se pretende. En este sentido, lleva razón Terradillos Basoco cuando expresara que: “En el plano puramente dogmático, directamente condicionado por la realidad normativa, el primer obstáculo a superar en la elaboración de propuestas supranacionales es el de la heterogeneidad. No sólo por la diversidad de sistemas jurídicos, sino porque la

---

<sup>1</sup> **Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Centre of Economic Penal Studies - Nueva York). Profesor de postgrado en las Universidades Nacional de Córdoba [R.A.] (Carreras de Especialización en Derecho Penal y Derecho de los Negocios), Siglo 21 (Diplomatura en Derecho Penal Económico), Blas Pascal (Especialización en Derecho Penal Económico) y Universidad de Castilla La Mancha – Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional – Universidad Nacional de Córdoba [R.A.] (Especialista en Derecho Penal Económico). Contacto: cesano@ciudad.com.ar**

<sup>2</sup> En investigaciones anteriores, hemos incursionado sobre esta problemática. Al respecto, Cfr. José Daniel Cesano, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en los artículos 2° y 4° del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur: un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional”, “Ley, razón y justicia”, año 5, N° 8, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2004, pp. 119/136.

distancia que separa, en lo económico, lo político o lo cultural, a los distintos países, hace difícilmente compartibles valoraciones y métodos”<sup>3</sup>.

Si lo dicho anteriormente es una afirmación válida respecto a la política criminal *en general*, mayor lo será para el caso de que estos mecanismos de integración se refieran, concretamente, a una de las formas de criminalidad más típicas que se evidencian en el actual proceso globalizador: la denominada delincuencia económica – empresarial organizada. Ello así, por cuanto, las figuras delictivas que nutren esta forma de criminalidad, se han venido caracterizando, en estos últimos tiempos, por captar comportamientos alejados del paradigma de los clásicos delitos convencionales que vienen legislando, en forma tradicional, los códigos penales (v.gr. delitos contra la vida o el patrimonio; o, incluso, tratándose de bienes jurídicos colectivos, la salud pública) y que, por ende, carecen de una regulación legal suficientemente asentada; encontrándose, en buena medida, pendientes de elaboración teórica<sup>4</sup>.

Precisamente a partir de la constatación de este último aspecto – y como producto directo de ello - algunos autores han comenzado a pensar en la necesidad de construir, en relación a estos ámbitos de criminalidad, una suerte de nueva dogmática; una “dogmática de la globalización”, que vendría caracterizada por cierto abandono de los principios rectores y garantías del “viejo y buen derecho penal liberal” (“gutes, altes liberales strafrecht”). Silva Sánchez ha descrito muy bien esta situación: “La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la vez que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación ‘excepcional’, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene”<sup>5</sup>; y, a título ejemplificativo, menciona como uno de los síntomas de esta tendencia a la “clara acogida en el Derecho penal de la globalización de

---

<sup>3</sup> Cfr. Juan Terradillos Basoco, “Sistema penal y criminalidad internacional”, p. 5 . Apartado del autor del “Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam” (ofrecido por sus discípulos: Luis A. Arroyo Zapatero, Ignacio Verdugo Gómez de la Torre, Juan M. Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Nicolás García Rivas, Juan Ramón Serrano – Piedecabras y Juan Carlos Ferré Olivé [Coordinador: Adán Nieto Martín]), Vol. I, Coedición de la Universidad de Castilla –La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

<sup>4</sup> Cfr. Terradillos Basoco, “Sistema penal y criminalidad (...)”, op. cit., p. 6.

<sup>5</sup> Cfr. Jesús – María Silva Sánchez, “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 86.

la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, aspecto que - aclara - “no deja de ser discutido desde perspectivas de culpabilidad”<sup>6</sup>.

Las consideraciones precedentes, las hemos creído oportunas por cuanto, precisamente, el propósito del presente trabajo se circunscribe a tratar de resolver el siguiente interrogante: ¿es constitucionalmente admisible - para el sistema normativo argentino - que, a través de los instrumentos legales de integración que se elaboran en el Mercado Común del Sur (en adelante Mercosur), se establezcan formas de responsabilidad penal para la persona jurídica?

Por cierto que, tal pregunta, no constituye una reflexión exclusiva de nuestro medio sino que, por el contrario, es una cuestión presente en el ámbito del derecho comunitario europeo. De allí, nuestras expectativas de que esta contribución pueda tener algún interés que trascienda lo meramente informativo respecto de nuestra realidad latinoamericana y pueda alcanzar cierto valor iuscomparativo<sup>7</sup>.

En efecto, es por todos conocido que, ante la necesidad de una respuesta uniforme en el seno de la Unión Europea, a los casos de fraude comunitario, se ha propuesto una unificación del Derecho penal y procesal penal en materia de protección de aquellos intereses financieros a través del Corpus Juris elaborado, por encargo del Parlamento, por un grupo de expertos de los distintos países de la comunidad, que representa, en palabras de Jaén Vallejo, “un primer paso hacia la consecución de la armonización del Derecho de la Unión Europea en aquella materia, sobre la base de un espacio judicial común”<sup>8</sup>. Precisamente en el artículo 14 del cuerpo normativo comunitario se ha establecido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica<sup>9</sup>; sin que por ello dejen de generarse serias dudas, no - quizá - en orden a su

<sup>6</sup> Cfr. Silva Sánchez, “La expansión (...)”, op. cit., p.87.

<sup>7</sup> El valor de los estudios iuscomparativos para la consolidación del derecho comunitario ha sido debidamente enfatizado por Massimo Donini (Cfr. “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo - Directores -, Víctor Gómez Martín - Coordinador -, “La política criminal en Europa”, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 47). En efecto, expresa este autor que: “La diversidad y el pluralismo actual del sistema de fuentes con respecto al pasado, han introducido un cambio profundo de carácter cultural con respecto al ‘papel’ de la comparación: la función del derecho comparado ya no es la de conocer los sistemas de otros países por motivos de carácter dogmático, de política del derecho, o con la finalidad de abordar reformas legislativas. La comparación se ha convertido en la base epistemológica necesaria para la construcción de un derecho europeo común, es decir, para la armonización jurídica”.

<sup>8</sup> Cfr. Manuel Jaén Vallejo, “El espacio judicial común europeo y la unificación del Derecho penal y procesal penal en Europa: el Corpus Juris Europeo”, en “Principios constitucionales y Derecho Penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional”, Ed. Ad - Hoc, Bs. As., 1999, p. 145.

<sup>9</sup> Al respecto, Cfr. Jaén Vallejo, “El espacio judicial (...)”, op. cit., p. 148 y ss. También, Silvina Bacigalupo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 346 y ss.

conveniencia político – criminal, sino por la tensión que provoca con garantías políticas superiores de algunos de los Estados miembros. Al respecto, uno de los redactores de ese cuerpo, Enrique Bacigalupo, no ha dejado de señalar que, tal decisión (la responsabilidad penal directa de la persona jurídica) “puede ofrecer mayores reparos en ciertos (...) [Estados de la Unión Europea] en los que el principio de culpabilidad tiene reconocido un rango constitucional”<sup>10</sup>.

Planteado nuestro objetivo, y justificado, plenamente – creemos -, la necesidad de tal análisis a partir de la experiencia que ofrece el caso europeo, seguidamente puntualizaremos los distintos segmentos que componen esta parte de la investigación:

- a) Comenzaremos por identificar, dentro de los instrumentos legales que integran el marco jurídico del Mercosur, la presencia de disposiciones que hagan posible la responsabilidad penal de la persona jurídica.
- b) A partir de dichas normas, intentaremos demostrar la heterogeneidad de los modelos legislativos (sobre este aspecto) de los Estados que integran el mercado común regional. Con esa finalidad, confrontaremos – apelando al estudio comparativo – los casos de la legislación brasileña y argentina.
- c) Por fin, trataremos de demostrar que la aprobación, por parte de nuestro país, de aquellas normas comunitarias conculcaría principios constitucionales; actitud que, en todo caso, no respetaría el sistema de prelación normativa que se deriva del esquema de supremacía diseñado por la Constitución Argentina.

## **II.- ¿Existen, entre los instrumentos legales del Mercosur, disposiciones que permitan aplicar sanciones penales a la persona jurídica?**

Dentro del ámbito regulatorio de la competencia en el Mercosur encontramos normas tuitivas de carácter penal.

Previo a describir tales normas, analizaremos, brevemente, el proceso de formación de las mismas:

- Según el artículo 1º del Protocolo de Ouro Preto, la estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos: Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado

---

<sup>10</sup> Cfr. Enrique Bacigalupo, “El Corpus Juris y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados miembros de la Unión Europea”, en Bacigalupo (Director), “Derecho penal económico”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 527.

Común, Comisión de Comercio del Mercosur, Comisión Parlamentaria Conjunta, Foro Consultivo Económico – Social y Secretaría Administrativa del Mercosur.

- A su vez, en el seno de la Comisión de Comercio del Mercosur “fueron creados cuatro comités técnicos encargados de identificar los problemas y, a partir de ese diagnóstico, proyectar las alternativas que la Comisión eleve mediante Propuestas al Grupo Mercado Común (órgano ejecutivo del Mercosur) para que éste dicte las correspondientes Resoluciones, obligatorias para los Estados Partes”<sup>11</sup>.
- Con relación al marco regulatorio de la competencia funcionaron cuatro comités técnicos; a saber: el n° 4, sobre “Políticas públicas que distorsionan la competitividad”; el n° 5, de “Defensa de la competencia”; el n° 6, sobre “Prácticas desleales y salvaguardias” y el Comité técnico n° 7 de “Defensa del Consumidor”<sup>12</sup>.
- En el ámbito del Comité Técnico n° 5 se analizaron las discordancias legislativas de los derechos nacionales en esta materia; concordándose en que las pautas generales de armonización debían ser implementadas como Protocolo<sup>13</sup>. Con fecha 16 de Diciembre de 1996, en la ciudad de Fortaleza (Brasil), los representantes de los Estados que integran el mercado regional, suscribieron el “Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur”; documento que, en sus 37 artículos, diseña la regulación de estos aspectos<sup>14</sup>.

Precisamente, en este texto es en donde encontramos algunas normas que permitirían construir posibles formas de responsabilidad penal en relación con la persona jurídica. En efecto:

- Por una parte, el artículo 2° dispone que: “Las reglas de este Protocolo *se aplican* a los actos *practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado u otras entidades* que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten al comercio entre los Estados partes”.

---

<sup>11</sup> Cfr. Rodolfo Schurmann Pacheco – Jorge Pereira Schurmann, “La protección jurídico – penal de la competencia en el Mercosur”, en: David Baigún – Joaquín Pedro Da Rocha [Coordinadores] , “Delitos económicos en la esfera del Mercosur”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 135.

<sup>12</sup> Cfr. Schurmann Pacheco – Pereira Schurmann, “La protección (...)”, op. cit., p. 136.

<sup>13</sup> Cfr. Schurmann Pacheco – Pereira Schurmann, “La protección (...)”, op. cit., p. 137.

<sup>14</sup> Dicho Protocolo - a la fecha de la redacción del presente trabajo - no se encuentra incorporado al derecho interno argentino, al no haberse sancionado la ley del Congreso que requiere el artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional . Por cierto que, de suceder tal incorporación, mantienen plena relevancia los argumentos jurídicos que desarrollamos en este capítulo.

- Por otra parte, y acercando más la posibilidad de esta construcción, el artículo 4° preceptúa que: “Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, *independientemente de culpa*, los actos, individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes”.
- Los textos que acabamos de transcribir, al decir de Norberto Spolansky, “no constituye[n] una propuesta para que cada Estado armonice su legislación interna, sino la formulación de (...) norma[s] de carácter comunitario, carácter que se proyecta en relación al procedimiento de aplicación en el cual se prevé la creación del Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza intergubernamental (art. 8°)”<sup>15</sup>.

### **III.- Las normas Constitucionales de los Estados partes y la posibilidad de tensión: los casos de Brasil y Argentina.**

#### **1.- Introducción.**

La posibilidad de construir una responsabilidad penal del ente ideal que surge, para las hipótesis delictuales en el ámbito de la competencia, de las normas del Protocolo, no produce, empero, entre los distintos Estados partes, idénticos efectos. Habrá algún caso en donde, tal responsabilidad, no ofrezca ningún reparo constitucional; otros, en cambio, si presentan muy serias dificultades. Ejemplificaremos estas situaciones con el caso de la República Federativa del Brasil y la Argentina.

#### **2.- La responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema jurídico brasileño.**

Expresa Joao Marcello de Araujo que Brasil fue pionero en América Latina cuando la Constitución de 1988 “otorgó autorización al legislador ordinario para la institución de (...) [esta] forma de responsabilidad”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. Norberto Eduardo Spolansky, “Integración regional y delitos económicos”, en A.A. V.V., “Teorías actuales en el derecho penal”, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1998, pp. 463/464.

<sup>16</sup> Cfr. Joao Marcello de Araujo Junior, “Integración regional y delitos económicos. Societas delinquere potest. Estado actual”, en “Teorías actuales (...)”, op. cit., p. 535.

En efecto, en relación a nuestro tema, la Constitución de la República Federativa del Brasil<sup>17</sup>, contiene dos disposiciones en donde, en forma directa, se refiere a la responsabilidad penal de los entes ideales.

La primera de ellas se ubica en el Título VII, Capítulo 1, destinado a reglar los principios generales de la actividad económica. Allí, luego de preceptuar en el inciso 4°, del artículo 173 que “La ley reprimirá el abuso de poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y al aumento arbitrario de los beneficios”, en el inciso siguiente especifica: “La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular”.

Y, por su parte, cuando en el título VIII, Capítulo VI, prevé normas tuitivas del medio ambiente, en su artículo 225, inciso 3°, establece: “Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado”.

Obviamente, a partir de preceptos tan claros, ningún reparo constitucional podría presentarse frente a normas infraconstitucionales que incluyeran este tipo de responsabilidad. De hecho, así ha ocurrido en relación con el régimen penal de tutela ambiental establecido por la ley 9.605 (del 12 de Febrero de 1998), cuyo artículo 3° la consagra<sup>18</sup>.

En esa orientación resultaba evidente que, normas como las del artículo 2° y 4° del Protocolo de Fortaleza, tampoco serían objeto de discusión ante la posibilidad de que consagren una tal forma de responsabilidad. De esta manera, ninguna sorpresa puede causarnos que, dicho Protocolo, fuese aprobado (y por ende, incorporado al derecho interno) por el Decreto Legislativo n° 6/2000, publicado en el Diario Oficial del 16 de Febrero de aquél año.

---

<sup>17</sup> Para su texto, Cfr. Roberto Pedro Lopresti, “Constituciones del Mercosur”, Ediciones Unilat, Bs. As., 1997.

<sup>18</sup> Dice el precepto: “As pessoas jurídicas serao responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto en esta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisao de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Para el texto del Código Penal Brasileño, Cfr. Código Penal, 5ª. edição actualizada até 31 – 12 – 1999, Editora revista dos tribunais, Sao Paulo, 2000.

### 3.- Los artículos 2 y 4 del protocolo y el modelo constitucional argentino: un caso de tensión.

En nuestro país, en cambio, las cosas no parecen tan simples. Veamos:

A) Cuando se modificó la Constitución Nacional en 1994, se diseñó un nuevo orden de prelación normativa. Por de pronto, junto con la Constitución formal, se incorporó, con igual jerarquía (es decir: *jerarquía constitucional*), los Tratados de Derechos Humanos que enumera el artículo 75, inciso 22, 2ª cláusula, de nuestra Ley Fundamental (por ejemplo: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.)<sup>19</sup>. A su vez, el inciso 24, del mismo artículo, estableció entre las atribuciones del Congreso, la de “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

B) Esta última disposición hace necesario realizar, al menos, dos precisiones:

a) En primer lugar, en el caso de tratados de integración (como ocurre con las normas del Mercosur), la Constitución “*los desiguala*” respecto de los Tratados de Derechos Humanos que menta el inciso 22, del artículo 75, “dándoles un distinto orden en la jerarquía del art. 31”<sup>20</sup>.

b) En segundo término, el mismo precepto constitucional (es decir: el inciso 24 del artículo 75) condiciona la aprobación de la norma comunitaria a que respete, entre otros aspectos<sup>21</sup>, los “derechos humanos”. Esta previsión no es original sino que, por el contrario, como lo demuestra claramente Pinard, caracteriza a la mayoría de los textos constitucionales de los

<sup>19</sup> De esta manera se conformó un “bloque de constitucionalidad federal”. Esta tendencia (de constitucionalizar el Derecho internacional de los Derechos Humanos), por lo demás, no es algo inédito. Por el contrario, tanto en el constitucionalismo latinoamericano como europeo, encontramos muy buenos ejemplos de esta orientación. Sobre la tendencia en nuestra región, Cfr. el exhaustivo estudio de Ariel E. Dulitzky, “Los tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Estudios especializados de Derechos Humanos”, Tº I, San José de Costa Rica, 1996, p. 129 y ss.

<sup>20</sup> Sobre este punto, hay acuerdo en nuestra doctrina. Cfr., al respecto, Roberto J. Dromi – Miguel A. Ekmekdjian – Julio C. Rivera, “Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur”, 2ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, p. 43. También, en idéntico sentido, Carlos E. Colautti, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, Ed. La Ley, Bs. As., 1999, p. 69.

<sup>21</sup> En rigor, de la norma Constitucional (artículo 75, inciso 24) se desprende un doble condicionamiento; a saber: 1º) condiciones de reciprocidad y 2º) respeto del orden democrático y de los derechos humanos. Sobre estos condicionamiento, Cfr. Eve I. Rimoldi de Ladmann, “Los tratados, la integración y el nuevo orden constitucional argentino”, en Germán J. Bidart Campos – H. R. Sandler, “Estudios sobre la reforma Constitucional de 1994”, Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 292.

países que integran el Mercado Común del Sur; cual es el caso de las Leyes Fundamentales de Brasil y Paraguay<sup>22</sup>.

C) Sobre esta base, ya podremos intuir cuáles son las dificultades de carácter constitucional que se pueden presentar frente a normas que hacen posible formas de responsabilidad penal de la persona jurídica. En efecto:

a) Uno de los obstáculos constitucionales más difíciles de superar reside en la indiscutible tensión que provoca esta forma de responsabilidad en relación al principio de culpabilidad. En tal sentido Schünemann ha expresado que “La problemática constitucional de un específico Derecho Penal de la empresa consiste (...) en que, al sancionar a las personas jurídicas, se grava evidentemente a personas inculpables y no partícipes”<sup>23</sup>. Y, enseguida agrega: “(...) si de acuerdo con la teoría de la ficción, se aíslan como personas naturales los miembros que están tras la persona jurídica, por ejemplo los accionistas de una sociedad anónima, entonces deviene totalmente evidente que los efectos perjudiciales, que sobrevienen, por ejemplo, con la imposición de una multa en forma de recorte de los dividendos a repartir, afectan a personas no culpables; quienes, por regla general, ni siquiera tuvieron la posibilidad de evitar la infracción cometida, por ejemplo, por los miembros de la dirección de la sociedad anónima. Según el derecho constitucional (...), se cierne entonces (...) un peligro de lesión del principio de culpabilidad (...)”<sup>24</sup>.

b) Sí se está de acuerdo con el razonamiento anterior, poca duda puede haber en relación a qué, en tanto nuestro sistema positivo reconozca a la culpabilidad como un principio de naturaleza Constitucional, no es factible que normas comunitarias habiliten esa forma de responsabilidad.

Desde nuestro punto de vista, es claro que, el modelo constitucional argentino al diseñar los límites del *ius puniendi*, ha consagrado a nivel de una de las máximas garantías políticas superiores, la del principio de culpabilidad.

---

<sup>22</sup> Cfr. Gustavo E. Pinard, “Los derechos humanos en las constituciones del Mercosur”, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, pp. 125 y 126. Para un amplio estudio comparativo sobre esta cuestión, Cfr. Deisy Ventura, “Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea”, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 193/232.

<sup>23</sup> Cfr. Bernd Schünemann, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en A.A. V.V., “Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 581 y 582.

<sup>24</sup> Cfr. Schünemann, “La punibilidad (...)”, op. cit., p. 582.

Antes de la reforma Constitucional de 1994, algunos prestigiosos exponentes de la dogmática vernácula, sostenían ya el carácter Constitucional de este principio; aunque, discrepaban, a veces, respecto a la concreta norma constitucional en donde reposaba la garantía. Así, el siempre preclaro pensamiento de Ricardo Núñez, asentaba la garantía en el 2º párrafo del artículo 19 de la Constitución histórica, al expresar que: “El principio *nulla poena sine culpa* ha adquirido categoría constitucional en virtud de la garantía para la libertad civil que significa la cláusula del artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe’. Tanto la obligación como la prohibición excluyen la responsabilidad objetiva y exigen la responsabilidad fundada subjetivamente”<sup>25</sup>. Otros autores, en cambio, remitían al artículo 18, apartado 1º, como base Constitucional del principio. Tal el caso, por ejemplo de Edgardo Gramajo<sup>26</sup> y Norberto Spolansky<sup>27</sup>.

Pero sí algunos muy prestigiosos autores consideraban que, estas normas constitucionales, no erigían como garantía a este principio sino que, sólo “representaban nada más que razonables apreciaciones al respecto”<sup>28</sup>, de lo que ya no puede haber discusión es de que, a partir de la reforma Constitucional de 1994 y la incorporación, con la máxima jerarquía normativa, de los Tratados de Derecho Humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, este principio tiene plurales reconocimientos que hacen *imposible* pensar hoy en su desconocimiento por instancias comunitarias o infraconstitucionales.

En este sentido, Daniel Pablo Carrera, vincula al principio con la exigencia del “respeto a la dignidad de las personas”, que cuenta con previsión expresa en el artículo 11, inciso 1º, del Pacto de San José de Costa Rica<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. Ricardo C. Núñez, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 4ª edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, p. 178. De la misma opinión, Jorge De la Rúa, “La reforma de 1994 y su influencia en las ciencias penales”, “Anales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año académico 1997, p. 191.

<sup>26</sup> Cfr. Edgardo Gramajo, “La acción en la teoría del delito”, Ed. Astrea, Bs. As., 1975, pp. 112 y 113.

<sup>27</sup> Cfr. Norberto Spolansky, “Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del Banco Santander)”, L.L. 1978 – D, p. 232.

<sup>28</sup> Así, Daniel P. Carrera, “El principio de culpabilidad”, “Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología”, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nueva Serie, N° 3, Córdoba, 2000, p. 56.

<sup>29</sup> Cfr. Carrera, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pp. 56 y 57.

Y por nuestra parte, hemos destacado este reconocimiento constitucional a partir del principio de personalidad de la pena que afirma el artículo 5º, apartado 3º, de aquél mismo documento internacional<sup>30</sup>.

c) Ahora bien: sí la Constitución, sobre todo a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los tratados que enumera el artículo 75, inciso 22, 2ª cláusula, erige en garantía constitucional al principio de culpabilidad y, por otra parte, los tratados de integración (cual sería, en nuestro caso, el Protocolo de Fortaleza), tienen (una vez incorporados al derecho interno) jerarquía superior a las leyes pero menor que el denominado bloque de constitucionalidad federal (esto es: Constitución formal y tratados de Derechos humanos constitucionalizados) resulta obvio que la posibilidad de construir una responsabilidad penal respecto de los entes ideales (que emana del Protocolo regional) estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía.

Por otra parte, la aprobación por parte del Congreso de la Nación de este documento internacional de integración en materia penal, tampoco respetaría, uno de los propios condicionamientos que nuestra Constitución exige para dicha integración. Nos referimos, concretamente, a que toda norma de integración debe diseñarse con absoluto respeto a los Derechos humanos; circunstancia que no pareciera satisfacer este aspecto del Protocolo cuando, según se viera, uno de los principios derivados de los tratados Internacionales tuitivos del sistema de Derechos humanos es el que garantiza, dentro de la esfera del ejercicio del *ius puniendi*, la plena vigencia del principio de culpabilidad<sup>31</sup>.

d) Una última cuestión: ¿a través de qué mecanismos se opera el control de constitucionalidad de estas normas de integración?

A diferencia de lo que sucede en la Unión Europea – en donde el control de las posibles tensiones entre la norma comunitaria y el derecho estatal originario son ejercidos

<sup>30</sup> Cfr. José Daniel Cesano, “Problemas de responsabilidad penal de la empresa”, en López Mesa – Cesano, “El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal”, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, pp. 277/278, en especial, nota n° 8.

<sup>31</sup> Esta condición, al decir de Rodolfo Carlos Barra, se refiere al sistema de Derechos humanos que establece y respeta la Constitución Nacional, “único punto de referencia positivo. En estos aspectos, el Tratado se subordina a la Constitución (...) [ ; con lo que] la validez de la delegación podría ser cuestionada constitucionalmente” (Cfr. “Fuentes del ordenamiento de la integración”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, p. 220).

por los órganos de la comunidad<sup>32</sup> - en el caso de nuestro país, el mismo se concretiza, principalmente, merced a controles legislativo y judicial.

El primero tiene lugar a través del rol que desempeña nuestro parlamento en la incorporación de la normativa comunitaria al derecho interno<sup>33</sup>.

Empero, la cláusula de supremacía exige, para su eficacia, “la existencia de un sistema que garantice la defensa de la Constitución y se oriente al control de la constitucionalidad. En este sentido, el principio de primacía concluye que aquellas normas o actos violatorios de la Constitución carecen de validez o, lo que es equivalente, que corresponde categorizarlos como inconstitucionales o anticonstitucionales. No obstante, esta afirmación en abstracto se hace patente a través del remedio exacto para defender y restablecer la primacía alterada. Ello así, el concepto de primacía abre camino al del control de constitucionalidad” que encarna, en nuestro modelo institucional, el Poder Judicial<sup>34</sup>.

D) No se nos escapa que el razonamiento realizado en el acápite anterior (punto “C”), puede ser susceptible de algunas objeciones. Un elemental deber de lealtad exige que nos ocupemos de ellas. Veamos:

a) Una primera objeción, podría sintetizarse de la siguiente manera: es posible que se sostenga que las sanciones previstas en el Protocolo son normas no penales y pertenecen al derecho administrativo. De hecho, esto es lo que cierta doctrina europea sostiene en orden al artículo 15, párrafo 4º, del Reglamento N° 17 del Consejo de la Comunidad Europea, destinado a regular el Cartel. Así, Dannecker, sostiene que: “Si se considera (...) que el derecho de Cartel de la C.E. no prevé penas criminales, sino sanciones equiparables a las infracciones administrativas, como las que también se imponen en Alemania, Italia y

---

<sup>32</sup> Cfr. Laura Dromi San Martino, “Derecho constitucional de la integración”, Coedición Marcial Pons – Ciudad Argentina – Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid – Buenos Aires, 2002, p. 491.

<sup>33</sup> Se discute, en la doctrina nacional, la amplitud de las facultades de control legislativo en esta materia. Así, Dromi San Martino (“Derecho constitucional...”, op. cit., p. 497) describe dos posturas: una de ellas (a) considera que la función del Congreso se agota al aprobar o desechar el tratado; la segunda (b), en cambio, se inclina por extender las atribuciones del parlamento al extremo de poder modificar el texto de los tratados sometidos a su consideración.

<sup>34</sup> Cfr. Dromi San Martino, “Derecho constitucional (...)”, op. cit., p. 499. Para algunos casos de contralor constitucional de normas comunitarias (aún cuando no referidas al Derecho penal) por parte de los tribunales locales de los Estados que integran el MERCOSUR, Cfr. el “Primer informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2003)”, Coedición de la Secretaría del MERCOSUR – Foro permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados – Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 100/105 (en donde se analiza el caso “PAKSA”, vinculado a la materia aduanera y resuelto por los tribunales de la República del Paraguay).

Portugal contra las empresas en caso de comportamiento culpable, es enteramente defendible entonces, a la vista de la situación jurídica de los Estados miembros, el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad de las agrupaciones por el Derecho Comunitario y por los órganos de la C.E.”<sup>35</sup>.

No compartimos, por cierto, esta tesis. En efecto, consideramos que “Un argumento de esta clase pretende modificar las características de un objeto cambiando su nombre y por eso se ha dado en llamar a esta manera de abordar el tema un Derecho Penal de etiquetas. En efecto, los órganos de aplicación pueden disponer orden de cese, y en caso de violación a las normas, multas, prohibición de participar en regímenes de compras públicas y prohibición de contratar por parte de instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados Partes. Curiosamente, se dice de manera nítida, que ‘las penalidades previstas en este artículo serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora’, con lo cual se advierte que el mismo Protocolo habla de penalidades y no de meras sanciones administrativas”<sup>36</sup>.

b) La segunda objeción, en cambio, sería más bien pragmática: que sentido tiene que nos opongamos a que, en el derecho comunitario, se admitan estas formas de responsabilidad sí, en nuestro propio derecho penal especial vigente encontramos ejemplos de ello.

---

<sup>35</sup> Cfr. Gerhard Dannecker, “Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas”, en “”, en A.A. V.V., “Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 559.

<sup>36</sup> Cfr. Spolansky, “Integración regional y delitos económicos”, op. cit., p. 468. Por su parte, y respecto a la legislación de la C.E. en materia de Cartel, Schünemann, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. cit., pp. 582 y 583, expresa: “(...) naturalmente, con semejante nomenclatura acrobática, no se puede obviar la problemática constitucional de si estas sanciones se asemejan en cuestiones relevantes a las penas y si por eso están también sujetas a las mismas garantías. Más bien es evidente que la cuestión de si en un Estado de Derecho sólo se puede proceder a su imposición con sometimiento a aquellas cautelas que se han desarrollado en el modelo del Derecho Penal tradicional, no depende de la denominación, sino del contenido y efecto de las sanciones. Para ello no cumplen un papel esencial las explicaciones sobre la presunta diferencia esencial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador o entre la multa penal y la administrativa; sobre todo porque tampoco han conducido hasta hoy a ninguna diferenciación convincente. Así la diferenciación tradicional entre Derecho Penal y derecho Administrativo sancionador contiene puntos de vista constitucionalmente obsoletos, que postulan, bajo el aspecto de la vinculación jurídica, una diferencia entre Justicia y Administración, y por ello no pueden seguir siendo defendidos en un Estado de Derecho moderno”. Igual criterio hemos sostenido nosotros en relación al sistema que rige en el Derecho penal alemán; en donde, si bien se sostiene el principio “societas delinquere non potest”, sí se admite en el artículo 30 del Código Contravencional Federal, esta forma de responsabilidad. Al respecto, Cfr. “Problemas de responsabilidad penal (...)”, op. cit., pp. 282 a 287.

En efecto, dentro de la “jungla del Derecho Penal Económico”, como gráficamente lo denomina Shünemann<sup>37</sup>, en esta particular materia, nuestro derecho se caracteriza por su “promiscuidad”. Es que - y de allí que utilicemos este calificativo - junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia con instrumentos de imputación propios de derecho penal convencional (por ejemplo: la cláusulas del actuar en lugar de otro o autoría mediata) - rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal - se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el artículo 888 de la ley 22.415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la ley 25.156, su artículo 47).

Más allá de que reconocemos esta realidad, no por ello debemos claudicar y sumarnos a este indiscutible retroceso que significa la consagración de este tipo de responsabilidad para el Derecho penal contemporáneo.

En tal sentido, hace algunos años, Julio Cueto Rúa<sup>38</sup> sostuvo que: “(...) en la realidad cotidiana del derecho (...), tanto en la Argentina como en la gran mayoría de países, se encuentran casos reiterados de sanciones aplicadas coercitivamente a las personas jurídicas, privándolas de bienes por haber incurrido en actos ilícitos, a los que se imputa como consecuencia el padecimiento de una sanción: la imposición de una multa, el decomiso de mercadería, la prohibición temporal de ejecutar ciertos actos o de realizar determinados negocios, o aún, su disolución. Se está, pues, ante una discordancia entre el enunciado de la teoría y la evidencia de la realidad. Se debe elegir entre una y la otra. Elegir la teoría no es aconsejable, porque se elige una teoría incapaz de dar razón de la experiencia. Una mala teoría es la carente de verificación intuitiva. La teoría que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas es mala teoría porque resulta ajena a los datos de la realidad”.

No compartimos, por cierto, la afirmación de tan destacado autor. Y no lo hacemos por cuanto, la verificación, en nuestro derecho interno, de normas que consagren estas formas de responsabilidad, jamás puede ser utilizada para convalidar claras hipótesis de tensión entre aquellas estructuras normativas y el sistema de garantías políticas superiores que establece la Constitución. En todo caso, que el legislador, más allá de la manda Constitucional, las haya

<sup>37</sup> Cfr. Schünemann, “La punibilidad (...)”, op. cit., p. 566.

<sup>38</sup> Cfr. Julio Cueto Rúa, “La persona jurídica en el derecho penal”, “Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, Tº XXV, año 1986, pp. 102 y 103.

establecido no hace otra cosa que no sea confirmar una apresurada e improvisada política criminal en esta materia.

#### IV.- A modo de conclusión.

Nadie puede dudar que ha sido Klaus Tiedemann quien, desde hace tiempo, viene bregando por una armonización de ciertos sectores nucleares del derecho penal económico entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>39</sup>. Y sin embargo, el autor se ha mostrado cauteloso cuando afirma que: “El Derecho penal (...) sólo puede ser objeto de negociación – desde la perspectiva de determinados aspectos económicos y de la unión entre los pueblos– hasta cierto punto. Sobre todo la Parte Especial del Derecho penal, como es sabido – y haciendo uso de una imagen a la que frecuentemente se recurre –, se presenta como espejo, formulado en negativo, en el que se reflejan los valores y las actitudes valorativas de una sociedad. Ciertamente, estos valores tienen en Europa profundas raíces comunes, y al menos en parte coinciden en sus contenidos, pero se hallan provistos de tan diversas perspectivas y acentos que en una valoración global parece difícil llegar a un acuerdo aún referido al mínimo denominador común”<sup>40</sup>.

Sí esto es así en la vieja Europa, mucho más prudentes debemos ser en relación a una tal posible armonización, por lo menos en el ámbito del Derecho penal económico, dentro de los estados que integran el Mercosur.

Es que, a la diversidad legislativa de la que hemos dado cuenta, se añade la dificultad en armonizar intereses económicos; dificultad que produce disfuncionalidades a partir de la divergencia de perspectivas en ciertas problemáticas centrales. Esto último, sin duda, no es casual. Es que, como lo señalara el historiador francés François Chevallier, en la conclusión de su obra “América Latina. De la independencia a nuestros días”<sup>41</sup>, los países de la región, “por si fuera necesario mostrarlo, (...) siguen siendo a la vez interdependientes, frágiles y *todavía diferentes*”; diferencias o “asimetrías” que, en el escenario actual, “plantan

---

<sup>39</sup> Lo reconoce Silva Sánchez, “La expansión del Derecho Penal (...)”, op. cit., p. 75, nota n° 128.

<sup>40</sup> Cfr. Klaus Tiedemann, “La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuadernos de Conferencias y artículos, N° 17, Bogotá, 1998, p. 8.

<sup>41</sup> Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999. La cita que efectuamos corresponde a la p. 638.

problemas nuevos de cuya remoción depende la profundidad y la orientación del proceso integracionista”<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr. Aldo Ferrer, “Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el Mercosur en el sistema internacional”, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 4ª reimpresión, 2001, p. 72.