

“LA PERSONA JURÍDICA REBELDE”

AUTOR: FERNANDO AZNAR.-

INDICE

I. Introducción.....	3
II. Aclaración Previa.....	6
III. El derecho Constitucional de defensa en juicio y La Ley 27.401.....	9
IV. Teoría del Órgano en la legislación societaria.....	14
V. La declaración del imputado como Derecho de Defensa.....	24
VI. La Rebeldía de la Persona Jurídica en el ámbito Penal.....	29
VII. Conclusiones.....	33
VIII. Alternativas.....	38
IX. Aclaración Final.....	40

“LA PERSONA JURIDICA REBELDE”.-

I.- INTRODUCCION.

Desde hace algún tiempo, no tanto, tras numerosos debates en torno a la posibilidad o no de la regulación, se encuentra vigente la novedosa ley que recepta la *Responsabilidad penal de las personas Jurídicas*, Ley N° 27401.

Como es sabido, dicho ordenamiento fija cuales son los tipos delictivos que de ser cometidos por una persona jurídica, serán objeto de persecución penal en su contra, disponiendo sanciones penales específicas de diversa naturaleza tales como: Multa; Suspensión total o parcial de actividades; Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos; Disolución y liquidación del ente social; etc.

Esa ley incluye un amplio espectro normativo destinado a la aplicación de la legislación penal en el supuesto de que una Persona Jurídica realice alguna de las conductas descriptas y por ende genere una responsabilidad pasible de reproche penal.

Dentro de todo ese plexo normativo, la ley legisla sobre una cuestión que es la que ha generado un interés especial en el presente.

Concretamente se trata de la *declaración de rebeldía de la persona jurídica en caso de inasistencia a la citación* realizada por la Fiscalía.

Dicha solución está prevista en la norma del **artículo 14 de la citada ley 27.401**, el que expresamente dispone lo siguiente: *ARTÍCULO 14.- Rebeldía. En caso de incomparecencia a la citación, la persona jurídica será declarada rebelde por el juez, a requerimiento del fiscal. El juez que disponga la rebeldía deberá informar dicha resolución a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos. Además, deberá disponer de inmediato todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la oportuna continuación y finalidad del proceso, de conformidad con el último párrafo del artículo 23 del Código Penal.*

Tras una primera y tal vez apresurada lectura de la norma puede conducir al convencimiento de que la solución dada por el legislador es adecuada, que cumple acabadamente con el test de constitucionalidad y que respeta el sistema normativo societario.

Sin embargo, si se hace una un análisis más detenido y profundo las conclusiones podrán cambiar diametralmente.

La interpretación de la norma no puede ni debe ser realizada de forma aislada, el ordenamiento jurídico es una unidad, el derecho es uno solo.

Analizando esta norma del art. 14 ley 27.401, pero ahora sí, como formando parte del el sistema Jurídico como unidad, se advierte como la solución adoptada por el legislador puede ser catalogada de “liviana”, toda vez que admite tener por Rebelde a la persona jurídica

que no hubiese asistido a la citación por parte de la fiscalía sin permitir medida de coerción alguna, por el solo hecho de que es una persona jurídica y no humana.

Entendemos que no solo viola principios constitucionales sino que además vulnera expresamente el sistema societario argentino. Ambas cuestiones serán desarrolladas más adelante.

Para abordar de la mejor manera posible la problemática en cuestión, se propone primeramente analizar la relación de la norma del art. 14 de la ley 27.401 con la normativa constitucional.

Seguidamente proponemos analizar como regula la legislación societaria la actuación de los administradores para luego sí, poder llegar a alguna conclusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de permitir la continuidad del proceso penal en contra de la persona jurídica rebelde sin procurar ninguna medida tendiente a la asistencia de la misma.

Anticipamos nuestra opinión en el sentido de que una solución que NO violente las garantías constitucionales ni el ordenamiento jurídico societario debe *respetar e imponer* el comparendo por el Órgano Societario competente ante la citación por parte de la Fiscalía, incluso mediante el uso de la fuerza pública.

Entendemos que la legitimidad de un proceso criminal supone necesariamente que la persona, ya sea humana o jurídica, CONOZCA FEHACIENTEMENTE los hechos que se le imputan para así poder defenderse, circunstancia que obviamente no se consigue incorporando el instituto de la Rebeldía como primera y única solución posible.

II. ACLARACIÓN PREVIA.-

Debemos hacer una aclaración previa.

No podemos siquiera comenzar un estudio serio sobre la temática bajo estudio si no se dejan sentadas ciertas cuestiones que, si bien se presentan como inherentes a la materia estrictamente societaria, van a incidir directamente sobre nuestro análisis y sobre las conclusiones pues, justamente es sobre una cuestión vinculada a una persona de carácter Jurídico sobre la que se ha legislado la aplicación de la materia penal.

En tal sentido cabe aclarar que la óptica de estudio sobre la que se centrará este trabajo (durante todo el desarrollo) será enfocada sobre la premisa de que la persona jurídica es para nuestro ordenamiento un verdadero sujeto de derecho, *independiente y autónomo* de los miembros que la componen, sujeto que actúa a *nombre propio y por derecho propio* cuando quienes actúan en su nombre son sus órganos.

El considerar de ese modo a la persona jurídica puede parecer una, verdad de Perogrullo y de hecho lo es. Sin embargo esa verdad tan clara NO ha sido considerada de esa forma por la legislación penal al momento de fijar una solución adecuada frente a la inasistencia de la persona jurídica al acto de indagatoria. Dicha circunstancia motivó que el legislador de la ley 27.401 aplicara esta solución inadecuada y, porque no, antijurídica.

Para quienes transitamos la dinámica del derecho societario en nuestro día a día, considerar de ese modo a las personas de carácter jurídico puede resultar una obviedad, nadie que tenga conocimientos básicos de la normativa societaria podría imaginar la actuación de una persona jurídica de un modo diferente a la actuación orgánica y en nombre propio. Mucho menos creer que la actuación del órgano de administración de un ente deba

subsumirse bajo la normativa de la teoría del mandato o de la representación reguladas ambas en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Sin embargo, esa obviedad tan clara para quienes vivimos en la habitualidad de la legislación societaria, esa cuestión tan básica, parece haber sido ignorada por el legislador de la ley 27.401.

De haber tenido claro todo ello, seguramente no hubiese dispuesto en el art. 14 la Rebeldía de la Persona Jurídica que insistiera al acto de indagatoria sin ninguna medida previa que procure la asistencia del órgano competente.

Para que sea comprendido acabadamente el objeto del presente debemos advertir al lector, aunque será desarrollado a lo largo de todo el trabajo, el hecho de que las personas jurídicas actúan, obviamente a través de personas humanas, pero que esos seres vivos que actúan por la persona no humana, lo hacen en el carácter de *órgano* de la Persona Jurídica.

¿Qué significa esto?, significa que al actuar los miembros de los diversos Órganos, lo hacen en tal calidad y no *en representación de*, sino que *es la propia persona jurídica la que está actuando* cuando alguna de las personas humanas que integran el Órgano realiza alguna acto jurídico.

Asimismo, para que la tarea propuesta en el presente sea lograda, deberá despojarse el lector de la *falsa* creencia de que los órganos societarios actúan en *representación o como mandatarios* del ente societario. Deberán comprender que justamente actúan como *órganos* de un *organismo* llamado persona jurídica.

Con fines didácticos, si pudiéramos hacer un paralelismo del funcionamiento de una persona jurídica en relación al funcionamiento de un ser humano, diríamos que al actuar el Órgano de representación, es asimilable a la boca de un ser humano cuando exterioriza la voluntad generada en el cerebro. De modo que jamás podría sostener la persona humana que lo dicho por su boca no le es imputable a él porque en realidad no quiso decir eso o que su cerebro quería en realidad otra cosa.

Al manifestarlo con su voz, fue él mismo quien lo dijo. Utilizando uno de sus órganos manifestó la voluntad gestada por otro de sus órganos (cerebro).

No es una posición caprichosa o antojadiza la que se propone, es la posición que prevé y recepta la legislación societaria, que es en definitiva la que regula el funcionamiento de los entes sociales sometidos, en el caso que nos ocupa frente a un proceso penal.

Aparentemente la confusión respecto a que el administrador de una persona jurídica cuando actúa en su calidad lo hace *en representación* de aquella y no como órgano de la Persona, sería la causa que habría llevado al legislador a cometer el error conceptual y determinar así la posibilidad de declarar Rebelde a una Persona Jurídica que no asiste a una persecución penal en su contra y continuando el proceso sin ningún otro fundamento de que la persona encargada de asistir no quiso o no pudo hacerlo.

No existe otra explicación posible que justifique la solución adoptada por el Legislador, quien frente a la inasistencia física de algún Órgano societario, dispuso la aplicación del instituto de la Rebeldía, continuando el proceso si dar posibilidad al ejercicio del derecho de defensa al ente societario.

III.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA EN JUICIO Y LA LEY 27.401.-

No pretendemos en el presente realizar un estudio exhaustivo en relación al derecho de defensa en juicio previsto por nuestra Constitución Nacional, pues ello importaría un trabajo específico para tratar esa temática.

Nos detendremos sí en el análisis de su contenido ya que interpretando adecuadamente al mismo, se evidenciaran más claramente las falencias que, creemos, presenta la norma del art. 14 de la ley 27.401 al vulnerar el art. 18 de la Constitución Nacional.

El derecho de defensa en juicio encuentra su recepción constitucional en la norma del art. 18 que textualmente dice: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”*

De la norma citada emergen diversos derechos y garantías. Tan solo con la intención de mencionarlos, aunque no agotar su estudio, nombramos al principio de “**presunción de Inocencia**”, que se traduce en la condición de “no autoría” del hecho por parte del imputado; El derecho al “**Debido Proceso**”, este refiere a los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado; el **Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva** por el cual se reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella; entre otros.

En materia penal de nuestra provincia, dichos derechos constitucionales han sido expresamente reconocidos en la norma del art. 1 de Código Procesal Penal que expresamente prevé lo siguiente: “*Artículo 1.- Garantías Constitucionales. Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso previamente tramitado con arreglo a éste Código, ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho y designados de acuerdo con la Constitución Provincial; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso anterior o se hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción. El proceso no podrá durar más de dos años, pero si concurrieren las circunstancias previstas en la última parte del Artículo 337, el plazo podrá extenderse hasta un año más, previo el trámite legal previsto en el Artículo 283 inc. 4).*”

Como se ve, la aplicación plena de las garantías constitucionales ha sido expresamente reconocida incluso legislativamente. Como indica respetada doctrina *“Este sistema constitucional diseña un esquema de garantías para los derechos que reconoce, las que se proyectan sobre el proceso penal...Porque tienen como fundamento los atributos de la persona humana y emanan de su “dignidad inherente” tales derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas, y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación...”*¹

Sin embargo, como adelantáramos, no nos detendremos en el análisis exhaustivo de todos y cada uno de los derechos que emergen de la norma constitucional y de la norma citada ya que excede nuestro objetivo. Nos ocuparemos específicamente del contenido del Derecho de Defensa por ser este el derecho que entendemos, vulnera la norma del art. 14 de la ley 27.401.

En líneas generales el Derecho De Defensa en Juicio hace referencia a la garantía que posee ***toda persona*** (advírtase que incluimos solo la palabra persona, sin distinción entre humana o jurídica) que detente un interés directo en la resolución judicial en un proceso penal para comparecer a estar a derecho por ante los órganos de persecución, tanto en la citación inicial como así también durante *todo* el proceso para así proteger sus intereses comprometidos en el mencionado proceso.

¹ CAFFERATA NORES Jose y TARDITTI Aída “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado” Pg. 5.

Se ha indicado que el derecho de defensa se bifurca en un doble sentido: a) *la Defensa Material*, esto es, la defensa que realiza el propio imputado ante el interrogatorio inicial o luego durante el proceso, haciéndose oír y; b) *La Defensa Técnica*, que es aquella que ejerce el letrado que asume la defensa del acusado, organizando y conduciendo una estrategia defensiva.

En otras palabras, el derecho de defensa se traduce en la posibilidad que debe otorgarse a todo *acusado* (Se reitera, sea este persona física o jurídica) de asistir al proceso penal, de conocer y entender tanto fáctica como jurídicamente los hechos que se le imputan para poder luego decidir el modo en que va a defenderse de dicha acusación.

¿Se respeta ese derecho en la ley 27.401?. Entendemos que NO. Veamos el porqué.

De acuerdo surge de la propia letra de la ley de 27.401, la norma del art. 14 expresamente dispone que “*en caso de incomparecencia a la citación, la persona jurídica será declarada rebelde por el juez, a requerimiento del fiscal*”, a lo que suma otra serie de medidas tales como comunicación a la AFIP, a la inspección de personas Jurídicas, posibilidad de Decomiso de bienes conforme art. 23 del Código penal, etc.

Ello se traduce entonces en que, para el supuesto de que la persona jurídica decidiera o simplemente no pudiera comparecer, el proceso penal proseguirá en su ausencia, sin que el ente social pueda defenderse, sin que pueda ser oído, sin que pueda contar con un asesoramiento técnico que le brinde una estrategia defensiva (como si diera igual que se defienda, total no es un ser humano que pueda ir a la cárcel).

No resulta difícil advertir que la ley 27.401 con la solución adoptada, priva a la persona jurídica del ejercicio del Derecho de defensa, solución que NO adopta respecto a las personas biológicas ¿y el principio de igualdad?, ausente.

Como se ve, la ley hace un distingo conforme la naturaleza del sujeto que ni la constitución nacional hace. ¿Haría falta algún otro elemento para sostener que la norma es inconstitucional?, aparentemente no.

Se ha indicado que el fundamento jurídico por el cual se sostiene la declaración de rebeldía de una persona jurídica que no asiste a la indagatoria radica en que no podría conducirse por la fuerza pública a un sujeto incorpóreo como así tampoco a su administrador ya que el sujeto a indagar es la persona jurídica y no el administrador en forma personal, por lo que no resultaría viable el sometimiento del administrador por un hecho que se imputa a un sujeto distinto, o sea la persona jurídica.

¿Es válido el argumento vertido precedentemente?

Para contestar este interrogante entendemos necesario previamente analizar cómo es que regula la legislación societaria al vínculo entre los administradores y la persona jurídica ya que dependiendo de la naturaleza jurídica que posea ese vínculo el fundamento será o no válido el fundamento.

Si la conclusión a la que se llegue es que los administradores actúan como terceros extraños a la persona jurídica, por más que lo hagan en su nombre, entonces el fundamento es válido y deberá reconocerse el acierto del legislador en tanto que jamás podría someterse a una indagatoria por la fuerza pública al miembro del órgano de administración, por ser un sujeto *distinto* al imputado.

Si, por el contrario, se concluye que el vínculo entre el administrador y la persona jurídica es distinto, si cuando actúa en su calidad de órgano no lo hace por cuenta y en nombre de otro, si lo hace como instrumento para que la persona jurídica actúe por sí misma y en nombre propio, entonces la solución legal de la ley 27.401 se vislumbra como apresurada e ignorante del vínculo que une al administrador con la persona jurídica.

Sigamos con el razonamiento entonces, veamos cómo es que regula la ley societaria ese vínculo entre la persona humana administrador y la persona jurídica de la cual forma parte como órgano ese ser humano.

Pasemos al estudio de la normativa societaria. Sería apresurado y hasta necio afirmar que un administrador puede o no ser sometido a una indagatoria y considerarlo como tercero en relación al ente societario si no se tiene conocimiento de cuál es el verdadero vínculo que detenta con la sociedad cuando realiza actos en su calidad de administrador.

IV.- TEORÍA DEL ORGANISMO EN LA LEGISLACION SOCIETARIA.-

Es la legislación societaria la que se ocupa de receptar y *profundizar* los alcances de la *personalidad jurídica* de las sociedades (reconocida previamente en el Código de Fondo).

Para comprender el vínculo que une tanto a los socios entre si y a los administradores con la sociedad, debe entenderse la naturaleza jurídica misma del contrato que da origen a la persona jurídica.

El contrato social reviste características especiales que lo identifican y distinguen de los contratos de cambio (ej. Compraventa). En estos últimos hay intereses recíprocamente obligados entre sí, pero en el caso de las sociedades se trata de un contrato en donde se hallan presentes una multiplicidad de voluntades (la de cada uno de los socios) que se unen y se yuxtaponen entre sí, formando una voluntad superior que es distinta a la sumatoria de todos los intereses individuales, es un interés que se independiza que al gestarse la unión de voluntades y pasa a ser el interés de la persona jurídica, es el denominado interés social. Se trata de los denominados plurilaterales de organización.

En tal sentido se ha sostenido que *“La primera clasificación, según las partes contractuales, es entre contratos bilaterales y plurilaterales. Los contratos bilaterales son aquellos en los que existen solamente dos partes con obligaciones recíprocas. Los plurilaterales en cambio, siempre en un sentido estricto, son aquellos con más de dos partes...Respecto de los contratos plurilaterales funcionales la doctrina nacional concuerda en cuanto a la necesidad de que participen más de dos partes...todas las partes se encuentran en un plano de igualdad jurídica y que no existe contraposición de intereses sino una comunidad de fines entre las partes”*.²

Por supuesto que al receptor la legislación societaria la naturaleza plurilateralista y de organización al contrato que da origen al ente social, ella supone ciertos efectos que resultan determinantes en cuanto a la regulación específica de las personas jurídicas sociedades. A saber son: *“Efectos: El art. 1 de la LSC en concordancia con muchos otros artículos, se define por la doctrina neocontractualista (contrato plurilateral de*

² Lorenzetti Ricardo L. “Tratado de los contratos – Parte General” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2004 Pg. 215

organización)...Dicha posición doctrinaria implica las siguientes consecuencias: a) todos los contratantes son titulares de derechos y obligaciones, las que pueden ser requeridas por la sociedad o por los consocios; b) Necesidad de dos partes por lo menos y la posibilidad de que el número de ellas sea mayor. Esto entendido como centro de intereses distintos, ya que en los contratos de cambio no pueden existir mas que dos partes...c)Yuxtaposición de voluntades que permanecen perfectamente discernibles; d) Adecuada composición de intereses contrapuestos, evitando cláusulas leoninas o desnaturalizadoras; e) Régimen específico de nulidad que distingue la invalidez del vínculo de una de las partes y la nulidad de la sociedad; f) Régimen particular para el incumplimiento de las obligaciones de los socios por vía de exclusión del socio como forma de resolución parcial del contrato social; g) Efecto especial de la resolución en cuanto es ex nunc, atendiendo el nacimiento de una persona jurídica cuyo patrimonio no puede ser afectado por esa resolución sin desinteresar a los terceros que se vincularon con el nuevo ente; h) las prestaciones no se presentan – consideradas aisladamente – en relación de equivalencia, por lo que no se aplica la teoría de la lesión frente a la sociedad persona; i) no cabe aplicar la exceptio non adimplenti contractus; j) En torno a las relaciones asociativas, concebido el ente personificante, resultan de relativa aplicación las normas sobre afectación vinculara a la sociedad de un solo socio.”³

Conforme su condición de sujetos de derecho, la ley de sociedades dispone en la norma del art. 2, que *las sociedades son sujetos de derecho pero con el alcance fijado en dicha ley. ¿Qué significa esto?; Significa que la legitimación que se reconoce a los entes*

³ Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño “Derecho Societario”. Ed. Astrea. Pg. 80 -81

societarios no podrá extenderse más allá de lo expresamente permitido y reglado por la ley societaria.

*“Hemos señalado también que el sistema argentino, de inspiración francesa, no reconoce la distinción entre sociedades con y sin personalidad jurídica. El art. 2° LS establece que las sociedades comerciales son sujeto de derecho, en consonancia con lo dispuesto por los arts. 33, 39 y 41 CC...Es a partir del acuerdo de voluntad de las partes que la sociedad adquiere su existencia, sin requerir de la inscripción o publicación del negocio constitutivo, y siempre y cuando el mismo sea válido...La sociedad tiene personalidad jurídica dentro de los límites que establece la LS. Es persona jurídica para satisfacer los fines tenidos en cuenta por la ley al conceder la personalidad, lo que pone en relieve el carácter de relativa o instrumental de la personalidad jurídica de las sociedades”.*⁴

Como puede advertirse del propio texto de la ley 19.550; tanto el modo como los límites de actuación de las personas jurídicas están perfectamente predeterminados en la ley por lo que no debería generar duda alguna la posibilidad jurídica y fáctica que posee toda persona jurídica de estar en ante un proceso, ya sea éste civil como penal.

Sin embargo, no desconoce nuestra legislación societaria, la evidente imposibilidad física con la que cuentan las personas jurídicas para actuar en el mundo real, por lo que estableció un sistema concreto de actuación que permita a los entes la interacción con terceros en el ámbito jurídico.

A tales fines, recepto la denominada “*Teoría del Órgano*”.

⁴⁴ ROITMAN HORACIO, “Ley de Sociedades Comerciales”, Ed. LA LEY Tomo I. Pg 96-98.-

Esta teoría se encargó de justificar la existencia de esa voluntad superior, propia del ente colectivo y que es distinta a la sumatoria de las voluntades de sus miembros. Para ello, acude nada más y nada menos que a la asimilación de las personas jurídicas con la noción de organismo biológico.

Asimila a los organismos societarios con los organismos vivos, identifica a las personas jurídicas con personas reales y por lo tanto, al igual que los seres humanos, necesita de sus órganos para tomar decisiones e interactuar.

En tal sentido se ha indicado que *“Uno de los aportes más importantes de la teoría del órgano es la noción de órgano social y su desarrollo general aplicable a todas las estructuras encargadas de la administración, gobierno y control de las sociedades. Esta teoría para justificar la existencia de una voluntad colectiva diferente a la suma de las de los individuos que componen la colectividad, recurrió a la noción de organismo biológico. Los grupos sociales revisten el carácter de grupos vivos, cuyas funciones específicas se cumplen por los diversos órganos que constituyen el cuerpo social. Se consideraba a la persona jurídica como una persona real, formada por seres humanos reunidos, de cuya unión surge una voluntad nueva y de orden superior, diversa de las voluntades de sus miembros.*

De tal modo los administradores del ente actúan como un órgano del mismo y no como representantes voluntarios de éste. Entre los administradores y la sociedad existe una relación o vínculo de carácter interno, y los actos de los órganos no se “imputan” a la

persona jurídica, sino que son propia y directamente actos de ella, como cualquier órgano de un ser vivo.”⁵.

En igual sentido señala claramente Dr. Alberto Victor Verón que *“Distintas teorías, superadas en el tiempo por la realidad socio-económica de las sociedades comerciales, trataron de explicar la naturaleza jurídica de la administración societaria. La más difundida fue la teoría del mandato, que consideraba a los administradores, o bien como mandatarios de los restantes socios o accionistas, o bien como mandatarios de la sociedad; en el primer caso era criticada con facilidad, pues los administradores actúan en la gestión de los negocios de la sociedad y no por encargo de los socios; en el segundo caso, aun aceptando que fuera la figura de la sociedad como mandante, no explicaba cómo se expresaba la voluntad de ésta...La teoría de la representación parece haber pretendido afrontar las críticas inferidas a la teoría del mandato...pero subsiste la duda: los administradores no realizan actos en representación de los socios, y si se afirma que lo hacen en nombre de la sociedad en virtud de la designación por el órgano de gobierno, subsistirán “las mismas dificultades para establecer la relación existente entre sus integrantes y la sociedad, y se completaría así un círculo vicioso que terminaría por no explicar nada”⁶.*

Como puede advertirse no es siquiera un debate de actualidad doctrinaria en materia societaria la aplicabilidad o no de las teorías del mandato o de la Representación para explicar la actuación de los administradores societarios. Ambas fueron descartadas y superadas por la Teoría del Órgano.

⁵ RIVERA JULIO C. “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”. Ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2004. Tomo II. Pg. 194.- y ROITMAN HORACIO “Ley de Sociedades Comerciales”. Ed. La Ley Tomo I. Pg. 826.

⁶ VERON Alberto Victor, “Sociedades Comerciales” Ed. Astrea. Tomo I. Pg.421-422

Ello debido a que “Un ente o persona jurídica, como la sociedad comercial, que la ley propicia, no puede actuar sino por intermedio de personas físicas. Estas personas físicas se componen de distintos pero interdependientes grupos denominados órganos, con competencia específica pero sin que ninguno de ellos se repunte símil con la sociedad, pues sólo el conjunto de órganos es lo que en definitiva da la noción de sociedad o persona jurídica”⁷... “*En la ley de sociedades desaparece la amorfa sustentación que venía del contrato de mandato y acusa la recepción del concepto de Órgano social como centro de atribución de competencia*”⁸

Esta doctrina niega todo tipo de diferenciación en los sujetos jurídicos respecto de la relación entre el órgano de la administración y la sociedad misma. Es decir, que los administradores no son mandatarios de la sociedad, son sus funcionarios, por lo que es la sociedad misma la que actúa frente a terceros, mediante la actuación de una persona física.

Adviértase que a diferencia de esta teoría del Órgano, la teoría del mandato, requiere la presencia de dos personas diversas; el mandante y mandatario, siendo el mandante titular del interés jurídico y el mandatario es quien expresa la voluntad de aquel, pero generándose efectos solo entre mandante y tercero.

En materia societaria, por el contrario, es una misma persona la que manifiesta su voluntad y se vincula con terceros en forma directa.

Sobre la base de la adopción de la Teoría del Órgano (art. 58 LS), la legislación societaria establece como obligatorios, básicos y vitales *tres* órganos sociales, estos son: a)

⁷ VERON Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales” Ed. Astrea. Tomo I. Pg.423

⁸ COLOMBRES, Gervasio R. “Curso de Derecho Societario”, Bs. As. Ed. Abeledo Perrot 1972 Pg. 153

Órgano de Gobierno, que es quien gesta la voluntad social, sería el cerebro en un organismo vivo; b) Órgano de administración, que es aquel que lleva adelante la gestión social del ente y lo vincula con terceros ya que detenta la función de representación (aclaración, la de representar o vincular con terceros es solo una función del órgano pero su actividad es mucho más amplia que esa sola función, NO SUPONE la aplicación de la normativa del contrato de representación del Código Civil y Comercial). Acudiendo nuevamente al paralelismo, sería la boca en un organismo vivo y; c) Órgano de Fiscalización, que es aquel que controla a los otros dos órganos en el ejercicio de sus funciones. Estos órganos SIEMPRE se hallan presente en la estructura del Ente puesto que sino el organismo jurídico sociedad no puede funcionar.

Siendo esto así, receptando nuestra legislación la teoría del órgano, concibiendo a los entes societarios de manera similar a los seres humanos, funcionando como organismos compuestos por Órganos, corresponde ahora entonces analizar cómo es que funcionan esos órganos tanto desde una faz interna como en relación a terceros. Concretamente veamos cómo regula la ley societaria la imputación de la actuación de esos órganos al ente social.

Y es aquí donde, entendemos, recae el meollo de la cuestión.

Como vimos, de acuerdo al sistema jurídico vigente, los administradores de la persona jurídica actúan como *órganos* de ésta, son órganos pertenecientes a un organismo que al actuar lo hacen como un miembro del mismo y no en calidad de representantes. Lo mismo que acontecería con un órgano de un ser humano, no podríamos sostener que no se es responsable de un homicidio porque fue la mano la que disparo pero que el cerebro estaba en desacuerdo, son ambas partes de un mismo organismo.

En este sentido se ha entendido que entre los administradores y la sociedad existe un vínculo de carácter interno, de modo que los actos realizados por ellos (en cuanto conforman el órgano de administración) NO SE IMPUTAN a la a la persona jurídica, sino que SON PROPIA Y DIRECTAMENTE ACTOS REALIZADOS POR ELLA.

El texto de la norma del art. 58 de la ley 19.550 expresamente dispone que *“El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social...”*. Adviértase que no establece la ley que la actuación del administrador se imputará a la sociedad sino que dice “obliga a esta”, o sea, son considerados como realizados por ella misma.

En este sentido cabe tener en claro que *“el órgano de administración y representación se ocupará de la gestión operativa de los negocios sociales, la organización y dirección de la empresa, el cumplimiento en general del estatuto y la representación de la sociedad frente a terceros”*⁹

Cuando actúa el órgano en su calidad de tal, el acto es reputado como realizado por la persona jurídica a nombre propio. Diferente sería la solución si se aplicara la teoría de la representación en donde el representante si actúa por cuenta y orden del representado pero reiteramos, los órganos de la persona jurídica no son los exponentes de un interés ajeno, sino que son el vehículo de transmisión de la voluntad del propio ente al que pertenecen.

⁹ OTAEGUI Julio C. “Administración societaria”. Ed. Abaco Pg. 52

Para comprender más acabadamente el funcionamiento del sistema orgánico societario y entender por qué NO resulta aplicable la teoría de la representación en la materia, vale recordar que la función de representación es una función inherente al órgano de administración, pero es tan solo una de las funciones.

El órgano de administración se integra con dos elementos, *el objetivo*: que incluye todo el conjunto de funciones y atribuciones inherentes al órgano (en donde se incluye la función de representación) y *el subjetivo*: que hace referencia al conjunto de personas que ejercen esas funciones y atribuciones.

De modo que, si Juan Pérez en su calidad de Presidente del Directorio de una Sociedad Anónima (elemento subjetivo del órgano de administración), incurrió en alguno de los delitos incluidos y sancionados por la ley 27.401 y lo hizo en beneficio de la sociedad, entonces quien realizó el hecho reprochable y por la cual podrá ser imputada fue (conforme la legislación societaria) *la propia sociedad* y no Juan Pérez en forma personal, ya que actuó en su calidad de órgano y no como representante o a nombre personal.

Esto debe ser claramente entendido ya que por confundir el funcionamiento de la actuación de los administradores de una persona jurídica, por desconocer que no actúan como mandatarios del ente, nuestros legisladores sancionaron una norma como la del art. 14 de la ley 27.401 que por ignorancia de la materia societaria resulta a todas luces violatoria del ordenamiento societario y asimismo inconstitucional.

Teniendo claro que la persona jurídica SI puede ser compelida a asistir y que tiene el derecho presenciar la indagatoria, que es capaz de escuchar, hablar y defenderse pues lo hace con sus órganos (igual que una persona humana), pasaremos ahora a analizar

concretamente el acto procesal de defensa en juicio previsto para el proceso penal, la declaración del imputado.

V.- LA DECLARACIÓN DEL IMUPUTADO COMO DERECHO DE DEFENSA.-

Pasemos entonces a analizar en que consiste ese acto jurídico de la declaración del imputado, acto por intermedio del cual ha de ejercer su derecho de defensa.

Resultará sumamente útil tener bien claro en qué consiste y para qué se hace el acto de indagatoria. Ello nos permitirá determinar si es que hay o no violación al derecho de defensa de la persona jurídica al declararsele la rebeldía por el hecho de que su administrador no quiso o no pudo asistir.

Como sabemos, en el ordenamiento jurídico argentino el imputado tiene deberes que cumplir durante el proceso penal. Uno de ellos consiste en el comparendo personal ante el tribunal que requiera su presencia, garantizándola incluso mediante el uso de la fuerza pública.

Ese comparendo, también llamado indagatoria es *“El acto predispuerto por las leyes procesales para darle al imputado la oportunidad de que ejercite su defensa material”*¹⁰, pudiendo el imputado ejercer su derecho a través del silencio o por medio de manifestaciones verbales referidas al hecho que se le atribuye, que se le ha hecho conocer junto con las pruebas existentes destacando que, si el imputado guarda silencio, ello no puede

¹⁰ CAFFERATA NORES Jose y TARDITTI Aída “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado” Pg.607

ser presunción de culpabilidad, lo que debe ser informado por el órgano que desarrolla el acto.

Aclara el Dr. Cafferata que la declaración del imputado es un medio de defensa y no un medio de prueba, aunque eventualmente pueda resultar fuente de ella.

En similar sentido se ha indicado que: *“la defensa material se realiza mediante manifestaciones que el imputado puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera...Pero también puede abstenerse de declarar, de modo que, en ese caso, la defensa se efectúa por simple silencio. De aquí surge el concepto primario de que la declaración del imputado es un medio de defensa”*.¹¹

Por su parte Claria Olmedo manifestó: *“la declaración indagatoria es un acto del proceso de realización imperativa para proveer a la defensa material del imputado; le proporciona la oportunidad de contestar la imputación formulada en su contra y de indicar elementos de convicción útiles para su descargo. Es esencialmente un medio de defensa, y nunca puede ser utilizado como medio de prueba, a lo menos en su contra”*¹².

Asimismo se indicó que *“...la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando, incluso, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección) o inhibir la persecución penal.”*¹³

¹¹ VELEZ MARICONDE, Derecho Procesal Penal II. P 378

¹² CLARIA OLMEDO “Tratado de derecho procesal Penal” IV pag. 498.-

¹³ MAIER, D

Resulta claro, y no hay discrepancias en tal sentido, que la base sustancial del derecho a defenderse supone dar la posibilidad al imputado (persona física o jurídica) de expresarse libremente, ya sea por manifestaciones o guardando silencio. Esta premisa aplica tanto para las personas humanas como así también y de idéntico modo, aunque por intermedio de su órgano de administración, en el caso de las personas jurídicas.

Debido a la importancia que ese acto reviste dentro del proceso es que se encuentra vinculado a una serie de formalidades tendientes a garantizar de modo amplio el derecho de defensa de la persona (física o jurídica), sometida a proceso y evitando que ese instituto sea utilizado como vehículo coercitivo de adquisición probatoria.

Ahora bien, cabe preguntarnos en este momento, ¿Cómo debe declarar válidamente en una indagatoria la persona jurídica?. Si nos atenemos a la letra de la ley de responsabilidad de la persona jurídica, advertimos que el Legislador no sólo dio una solución arbitraria y antijurídica frente a la incomparencia de un ente social al acto de indagatoria sino que además evidenció un claro desconocimiento al funcionamiento del Órgano de administración societario, pues de haberlo conocido, la solución hubiera sido otro y no hubiera aplicado la “Rebeldía” en los términos en que lo hizo sin ninguna duda.

Para comprender como es que debe participar una persona jurídica en el acto de indagatoria, debemos remitirnos a la legislación societaria.

Debemos recordar la división orgánica previamente desarrollada, siendo el órgano de Administración quien *“se ocupará de la gestión operativa de los negocios*

*sociales, la organización y dirección de la empresa, el cumplimiento en general del estatuto y la representación de la sociedad frente a Terceros*¹⁴.

De modo que es el Órgano de Administración (quien a su vez detenta la función de representación) el encargado de llevar adelante la gestión social tanto en su faz interna como en la relación del ente con terceros. En este sentido se tiene dicho que *“Si bien lo más frecuente es que el Órgano de administración también ejerza la representación de una sociedad, dichas funciones no son equivalentes. La representación es el medio en cuya virtud la sociedad se manifiesta frente a los terceros, mientras que la administración es un concepto que abarca las relaciones internas de organización societaria.”*¹⁵... *“Una de las funciones del órgano de administración es aquella de expresar la voluntad social capaz de obligar al ente respecto de terceros”*¹⁶.

Y es el acto de indagatoria un típico acto de representación en el cual el Órgano de Administración del ente debe ejercer la función de representación propiamente dicha. La sociedad debe expresar su voluntad ya sea manifestándose o guardando silencio, pero debe participar de ella para poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

Sorprendentemente la ley 27.401 no lo ha considerado así, ha restado importancia que la sociedad (imputado) participe del acto, dando igual si ejerce o no su defensa en juicio.

¹⁴ OTAEGUI JULIO C. “Administración societaria” Ed. Abaco Pg. 52

¹⁵ SCBA, Bali S.R.L c/ Rodriguez Cecilia y otros S/ ejecución. 03/03/1998

¹⁶ ROITMAN HORACIO, “Ley de Sociedades Comerciales”, Ed. LA LEY Tomo I. Pg 835

Siempre, absolutamente siempre, el órgano encargado del vínculo con terceras personas será el de Administración. Sin embargo, lo que variará será la organización interna, conforme cada estructura societaria.

Si quien debe comparecer a la indagatoria se trata de una sociedad de las denominadas *Personalistas*, quien es el sujeto legitimado para comparecer a la indagatoria lo determinará el contrato social, revistiendo cualquiera de los socios la facultad de representar al ente en caso de silencio en el contrato. Sin embargo, no debemos confundirnos (en las que incurrió el legislador de la ley 27401), en estas estructuras societarias, el hecho de que cualquier socio pueda representar a la sociedad, no supone que no actúen como órganos del ente. Significa tan solo que la ley ha dispuesto un sistema orgánico particular para estos casos el denominado “*auto organicismo*”, aplicándose la misma teoría del órgano y surtiendo los mismos efectos previamente señalados en este trabajo.

Para el caso de que la sociedad citada a indagatoria sea una de las denominadas *mixtas*, o sea una SRL, quien deberá acudir a la indagatoria será el o los Gerentes (el órgano que detenta la facultad de representación es la Gerencia), determinando el contrato social cual o cuales de los Gerentes podrán acudir válidamente al acto de Indagatoria.

Si quien es citada a indagatoria es una sociedad *capitalista*, o sea una Sociedad Anónima, quien detenta la representación legal es el Presidente del Directorio, pudiendo otro de los Directores ejercer también la función de representación en caso de que el Directorio sea plural y el Estatuto así lo disponga.

VI. LA REBELDIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL AMBITO PENAL.-

Como dijimos, en el sistema jurídico penal argentino, a partir del momento en que una persona (física o jurídica) es imputada por la supuesta comisión de un hecho delictivo, nacen para él ciertos deberes que deberá respetar durante todo el proceso. El primero de ellos desde una óptica temporal es el comparendo personal ante el tribunal que lo requiera. Aunque pueda ser sobreabundante se reitera que desde nuestra postura el comparendo personal de la persona jurídica es absolutamente posible, por intermedio de su órgano de administración.

Surgen asimismo con la imputación, las denominadas medidas coercitivas para garantizar el progreso del proceso jurisdiccional. En tal sentido, el imputado se encuentra sometido a éstas ya que promueven el desarrollo del procedimiento, en el cual él debe intervenir.

En otras palabras, el imputado DEBE comparecer el día y hora que sea citado para participar del acto de indagatoria, pudiendo incluso ordenarse su detención en caso de inasistencia injustificada.

Es en este aspecto tal vez el de mayor punto de conflicto entre la doctrina penalista y la solución que se propone en el presente ya que es en este elemento donde podrá exclamarse ¡Pero como va a ordenarse al detención de una persona jurídica! ¡Cómo se va a efectivizar la detención de una persona incorpórea!. Frente a esas exclamaciones acudimos a la teoría del órgano para responder.

Siendo las personas jurídicas organismos no biológicos pero que funcionan de modo similar a los seres humanos, por intermedio de sus órganos, entonces ¿Cuál sería el limitante para detener al órgano de administración y representación (persona física) de la persona jurídica y procurar que ésta participe obligatoriamente del acto de indagatoria?. A no equivocarnos, la persona física que acepta ser designado como órgano de una persona jurídica sabe o debería saber que su vínculo con el ente NO es de mero representante, es parte orgánica de un sistema orgánico y conlleva ese estatus derechos y obligaciones, inclusive según nuestra postura, la de ser detenido por la autoridad para prestar declaración indagatoria, como órgano de persona jurídica que és. Será este aspecto desarrollado en las conclusiones.

El imputado será declarado rebelde cuando se resistiere a someterse a la autoridad jurisdiccional. Ello supone una incomparencia deliberada e injustificada, eludiendo la acción de la Justicia.

Concretamente el Código Procesal Civil de Córdoba dispone en su art. Art. 271 *“La comparencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos previstos en el artículo siguiente. Si el citado no se presentare en el término que se le fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención”*.

Frente a la inasistencia a la citación a indagatoria el código dispone

La Rebeldía ha sido definida como *“Una situación en la que se coloca voluntariamente el imputado cuando, sin que exista un obstáculo (impedimento) grave y legítimo, elude el deber de comparecer en el proceso, se ausenta sin autorización del lugar*

*en donde cumple el encarcelamiento cautelar domiciliario o del lugar fijado como residencia, o se fuga del establecimiento o lugar de detención”.*¹⁷

La declaración en Rebeldía supone ciertos efectos sumamente trascendentes para la continuidad del proceso penal.

Al respecto la legislación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas dispone (art. 14) *“El juez que disponga la rebeldía deberá informar dicha resolución a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos.*

Además, deberá disponer de inmediato todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la oportuna continuación y finalidad del proceso...”

Asimismo, dicha norma debe ser compatibilizada con las disposiciones del Código Procesal Penal (de Córdoba en nuestro caso), el que expresamente dispone: **“Artículo 87.- DECLARACIÓN.** *En los casos en que proceda, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, declarará la rebeldía del imputado, por resolución motivada, y expedirá la orden de detención si antes no se hubiere dictado.*

Artículo 88.- EFECTOS SOBRE EL PROCESO. *La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con*

¹⁷ CAFFERATA NORES Jose y TARDITTI Aída, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado”. Pg. 289

respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensable conservar. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

Como se advierte ambos regímenes guardan coherencia, resultando similares los efectos producidos.

De modo que, los efectos de la Rebeldía dependerán de la etapa del proceso en la que ésta fuera declarada. Si es declarada en la etapa de la investigación penal preparatoria (tal es el caso de la indagatoria), el proceso NO se suspende, *“ya que su paralización conllevaría el riesgo de pérdida de pruebas útiles para la consecución de sus fines”*¹⁸.

En cambio cuando la declaración de rebeldía sea dictada durante el juicio, el proceso se suspende, *“ya que entre nosotros no puede haber juicio en rebeldía”*¹⁹.

En lo que a nuestro trabajo interesa, hacemos foco en el primer supuesto, esto es, la declaración de Rebeldía en la etapa de investigación penal preparatoria ya que el acto de indagatoria pertenece a esta etapa.

Y como vimos, en esta etapa el proceso penal no se suspende, continuarán las tareas investigativas tendientes a determinar la existencia o no de un posible hecho delictivo.

Sin embargo, debemos hacer aquí un distingo, para el caso de que se trate de persona humana, la Rebeldía será dispuesta ante la incomparencia injustificada del imputado

¹⁸¹⁸181818 CAFFERATA NORES José y TARDITTI Aída. “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado” Pg. 291

¹⁹CAFFERATA NORES José y TARDITTI Aída. Op. Cit. Pg. 292.

pero previamente y con la intención de procurar que el imputado esté presente y pueda hacer uso de su derecho de defensa en juicio, en este supuesto podrá ordenarse la detención del ausente.

No sucede lo mismo en el caso de las personas jurídicas. En estos casos, frente a la incomparencia de la persona física que resulte legitimada por ser órgano del ente, inmediatamente podrá resolverse la declaración de Rebeldía, no se admite la posibilidad de ordenar la detención de la persona física (Órgano Societario) en miras de procurar la presencia del imputado persona jurídica en el acto de indagatoria.

Como pudimos ver en apartados anteriores, el yerro conceptual pasa por considerar a esa persona física (administrador) como representante y no como órgano.

Si fuera representante podría entenderse que no pueda detenerse a una persona por “*el delito ajeno*” presumiblemente cometido por parte de quien ella representa.

Pero no es el caso, nuevamente debemos volver a centrarnos en el funcionamiento de la materia societaria, debemos entender que en la legislación que regula los entes ideales rige la “*teoría del órgano*”, motivo por el cual esa persona física al actuar en su calidad de órgano, hace que quien esté realizando el acto sea la persona jurídica *por derecho propio*.

VII.- CONCLUSIONES.

Hemos trazado un camino a lo largo del presente en el que procuramos incorporar los diversos aspectos de cada rama del derecho que confluyen en el objeto de estudio propuesto.

Se expusieron primeramente los derechos constitucionales comprometidos en el acto de declaración del imputado en un proceso penal, receptados todos en la norma del art. 18 de la Constitución Nacional.

Seguidamente se hizo enfoque en la regulación societaria de la actuación de las personas jurídicas ya que la cuestión de estudio radica en la declaración indagatoria de estos sujetos incorpóreos.

Asimismo se expusieron las bases del instituto de la Rebeldía en materia penal, instituto éste aplicado por el Legislador de la ley 27.401 como solución a la incomparencia del Órgano societario encargado de acudir al acto, sin aplicar media de coerción alguna y resultando indiferente si es o no justificada la inasistencia.

Nos encontramos en una instancia en la que podemos expresar ciertas conclusiones que derivan del análisis de la conjunción de los institutos en cuestión.

Procuraremos arribar a una armónica solución que resulte superadora, según nuestra visión, de la solución brindada por el Legislador en la norma del art. 14 de la ley 27.401.-

No nos quedan dudas en sostener que la solución dada por la norma del art. 14 de la ley 27.401 no supera el test de constitucionalidad y resulta violatoria del ordenamiento societario vigente.

Conforme lo normado por la Constitución Nacional, **TODO** sujeto que se halle sometido a un proceso penal debe tener el derecho a defenderse.

En tal sentido, se incluye:

a) El derecho a ser oído ya que, *“La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, ella incluye, también la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal”*²⁰ .

b) Imputación Necesaria, *“para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse, esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico”*²¹;

c) Conocimiento de la Imputación, *“Nadie puede defenderse de algo que no conoce”*²². Este aspecto resulta sumamente importante ya que la solución dada por la norma del art. 14 de la ley 27.401, fácilmente podrá vulnerarse este derecho para las personas jurídicas en caso de que despreocupados representantes legales no quisieran asistir en calidad de Órgano social al acto de indagatoria.

e) Audiencia, *“el derecho a ser oído alcanza su expresión real en la audiencia del imputado ante el tribunal.”*²³. Si esto es así, si el derecho a ser oído reposa en el derecho a declarar en la audiencia, no resulta lógico admitir tan ligéramente la continuación de la investigación por aplicación de la Rebeldía en caso de personas jurídicas sin procurar alguna medida para que el órgano social se encuentra presente el día y hora indicados para ser llevada a cabo la audiencia.

²⁰ MAYER Julio B. “Derecho Procesal Penal” Pg. 552.

²¹ Op. Cit. Pg. 553.

²² Op. Cit. Pg. 559.

²³ Op. Cit. Pg. 562.

f) Correlación entre la imputación y la Sentencia.

Aunque parezca nuevamente una obviedad decirlo, NO están exentas las personas jurídicas de gozar de esos mismos derechos constitucionales, justamente ese núcleo de principios básicos debe proteger a toda persona, tanto física como jurídica, más aún si se halla sometida a un proceso penal en su contra.

Legislar la irrelevancia de la participación de una persona en un proceso penal en el que se le imputa un delito por revestir el carácter de Jurídica y no Humana; Solucionar livianamente la inasistencia a la indagatoria por parte del imputado declarando su rebeldía y que todo siga "*como si diera igual*", no nos parece en absoluto una solución adecuada. Por el contrario, entendemos que resulta inconstitucional por violar el derecho de defensa en juicio

Hay quienes, en protección de la solución dada por la ley, sostendrán que al administrador societario podría compelérselo a participar del proceso penal *tan solo si* la acción fuese intentada en *su* contra en forma personal pero no por el delito cometido por otra persona.

Y es ahí donde, estamos convencidos, incurre en un tremendo yerro quien sea que defienda esa tesitura.

No señor, cuando se cita a una persona de carácter jurídico a comparecer a una indagatoria *quien debe comparecer de acuerdo a la normativa societaria necesariamente es uno de sus órganos, el de administración.*

Al hacerlo es la propia persona jurídica la que está declarando, el Administrador societario no está declarando por un hecho ajeno, es la propia persona jurídica la que se está defendiendo por la imputación de un hecho delictivo presuntamente por ella cometido. Absurdo sería sostener que el ente social compareció por otra vía que no sea la orgánica, pues es una persona incorpórea que se transforma “por la ficción legal” en corpórea (por intermedio de su órgano) en el acto de la declaración indagatoria.

Reiteramos, cuando se haga presente el administrador societario en el acto de la indagatoria NO lo hará en nombre y por cuenta de la persona jurídica de la cual es administrador, *ES LA PROPIA PERSONA JURÍDICA* por intermedio de su órgano competente quien está sentada frente al instructor de la causa.

Si esto es así, entonces la normativa de responsabilidad penal de la persona jurídica, al permitir la declaración de rebeldía en los términos que lo hace resulta violatoria del orden constitucional por disponer el avance de un proceso penal sin la intervención del imputado y sin procurar ninguna medida para garantizarlo, circunstancia que sí hace con las personas humanas.

Aparentemente la solución legislativa se funda en el hecho de que el legislador penal (tal vez por ignorancia de la materia societaria) partió desde una premisa falsa como fue creer erróneamente de que el administrador societario es un mero mandatario de la persona jurídica, que los efectos de la imputación le exceden y que por ende no puede ser compelido a comparecer por ante el Fiscal interviniente porque quien resulta imputado es un sujeto distinto a la persona humana administrador.

Por lo expuesto, la conclusión no puede ser otra que la norma del art. 14 de la ley 27401 *debe* ser inminentemente modificada por resultar inconstitucional y contraria al ordenamiento societario.

Deberá el legislador advertir que el derecho es una unidad. Deberá dejar de crear leyes considerando al derecho penal como un compartimento estanco. ¿Cómo no incluir los principios y normas del derecho societario al regular la responsabilidad de personas jurídicas?. Incomprensible.

Para ello parecería acertado convocar a una comisión compuesta por especialistas de ambas ramas del derecho que puedan compatibilizar principios y fines propios de cada legislación, aplicando las reglas de la responsabilidad penal pero sin desconocer el funcionamiento propio de los entes societarios.

VIII.- ALTERNATIVAS.

Las conclusiones han sido lapidarias en relación a la validez y legitimidad de la norma del art. 14 de la ley 27.401.

Ahora bien, ¿cuál es el camino a tomar?, ¿Cuál es la mejor alternativa?. Si bien no ha sido el objetivo del presente dar una solución única y definitiva sino tan solo exponer la inconsistencia de la solución adoptada en la norma del art. 14 de la ley 27.401, igualmente nos parece oportuno brindar algunas alternativas que creemos superadoras del conflicto normativo.

En tal sentido, vemos como una alternativa viable, la modificación del artículo 14 de la ley 27.401 disponiendo en su reemplazo *la obligación* de asistir al acto de indagatoria

considerando la asistencia como “por derecho propio” de la persona jurídica al hacerlo el administrador.

En un todo de acuerdo con el funcionamiento orgánico de los entes sociales, entendemos que sería absolutamente viable legislar la posibilidad que la persona jurídica sea llevada por la fuerza pública para asistir al acto de indagatoria. Obviamente que quien sería trasladado por la fuerza pública sería la persona física en su carácter de órgano del ente y no a nombre propio.

Entendemos que de este modo, se garantizará a las personas jurídicas el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio y se incorporará adecuadamente la sistemática organicista societaria al proceso penal.

Otra alternativa, mucho más virulenta es cierto, sería la lisa y llana eliminación de la normativa penal aplicable a las personas jurídicas.

Como argumento defensivo de la supresión del régimen penal de las personas jurídicas puede invocarse que, con tal solo releer el articulado de la ley 27.401 se advierte que la finalidad última de dicha legislación no es otra que la recomposición económica generada por el hecho ilícito.

Sobre esa base sirve recordar que existen ya institutos propios de la legislación civil y comercial que persiguen los mismos fines y que, de haberse tenido en cuenta, habrían evitado el dictado de una ley que ha sido y continúa siendo objeto de numerosas críticas, tal es el caso del instituto de la Inoponibilidad de la Persona Jurídica previsto en la ley de sociedades e incorporado al código Civil y Comercial el cual, creemos, persigue fines

similares y no requiere acudir a una legislación como la penal para resolver cuestiones de índole netamente económicas.

Sin embargo, destacamos que no nos parece la más adecuada, teniendo en cuenta la utilización cada vez mayor de personas jurídicas con finalidades extralegales o delictuales.

VI. ACLARACION FINAL.-

No queremos concluir este trabajo sin exponer una aclaración final.

Como podrá observar el lector, el objeto del presente ha sido en todo momento lograr la compatibilización de regímenes jurídicos sumamente disimiles, que atienden a realidades distintas, con fines distintos y que se basan en principios diversos.

Estamos convencidos que el derecho, en tanto regulador de conductas sociales, debe dar adecuadas soluciones a problemáticas actuales.

Nadie puede desconocer la inmensa utilización de sociedades con finalidades delictuales, motivo por el cual debe procurarse un adecuado sistema jurídico penal y societario que brinde adecuadas respuestas a nuevas problemáticas.

No ha sido nuestra intención brindar soluciones omnicomprendivas a la totalidad de cuestiones penales vinculadas con personas jurídicas.

Tan solo pretendemos ser un disparador de inquietudes referidas a temáticas vinculadas con las personas jurídicas pero sobre la base de tener conciencia de que todas estas cuestiones, todas, deben ser abordadas de modo interdisciplinario.

El funcionamiento interno societario es sumamente complejo y aplicar la normativa penal (compleja de por sí) a ese organismo ficticio lo es más aún, motivo por el cual jamás será cumplida la tarea si pensamos que la solución pasa por aplicar las normas penales en forma directa a las personas jurídicas, sin tener en cuenta su regulación.

Para el caso de que al lector le genere inquietud, haya una toma de conciencia de la necesidad de armonizar ambos regímenes previamente a cualquier nueva legislación de la materia, entonces habremos logrado nuestro objetivo.

No tenemos dudas que la legislación de la ley 27.401 debe ser modificada, el instituto de la rebeldía debe ser legislado correctamente e incluso, creemos que podrían incluirse en una nueva legislación figuras delictuales que pueden ser cometidas por personas jurídicas y que no han sido incorporadas por desconocimiento de la materia societaria.

El desafío está hecho, es este trabajo tan solo un mero disparador de la problemática y una invitación a avanzar en el sentido señalado.