

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL ART. 304 DEL CÓDIGO PENAL¹

Por Hernán Blanco

I. Planteo de la cuestión. Posible introducción de un supuesto de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos de lavado de activos. Análisis del art. 304 del Código Penal. Posturas afirmativas y negativas.

Con toda probabilidad, las disposiciones incluidas en el nuevo art. 304 del Código Penal (C.P.) a partir de la reforma operada mediante la Ley 26.683² constituyen uno de los aspectos menos explorados de la drástica reformulación del régimen penal relativo al lavado de activos³ que consagró la referida norma. En tal contexto, la discusión respecto a si a través de éste artículo el legislador ha introducido, o no, en el C.P. un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece como la cuestión central.

Sobre el punto, ya he adelantado en un trabajo anterior⁴, mi convicción en punto a que el legislador, mediante la incorporación del art. 304 al C.P., efectivamente persiguió (y logró) introducir en dicho cuerpo legal la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas por la comisión del delito de lavado de activos.

Especial para la revista Pensamiento Penal.

1 El presente artículo tiene origen en sendas conferencias dictadas por el autor con relación a esta cuestión en las “Primeras jornadas de la UIF sobre la prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo”, organizadas por la Unidad de Información Financiera y en el “VIII Encuentro Nacional de Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo” organizado por la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (FAPLA) y en especial en el debate suscitado con el doctor Francisco D’ALBORA en el marco del último evento.

2 Sancionada el 1/6/211, publicada en el BO el 21/6/2011.

3 En mayor profundidad, sobre el impacto de la reforma operada mediante la Ley 26.683 en la régimen nacional de prevención del lavado de activos y contra la financiación del terrorismo (PLA-CFT), ver BLANCO, Hernán: “Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos”, en Revista de Derecho Penal y criminología, La Ley, Buenos Aires, Año I, N° 1 (septiembre 2011), págs. 229/243 y “La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva Ley de Lavado de Activos”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 11, Noviembre 2011, págs. 1867/1880.

4 Ver: BLANCO, Hernán: “Luces y sombras...”, cit., pág. 239 y ss.

Que esa fue la intención del Congreso de la Nación al sancionar la norma en estudio deviene evidente ni bien se analiza el contexto en el cual se dictó la Ley 26.683. Esto es: en los días posteriores a la tercera evaluación de nuestro país por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF), cuyos resultados negativos respecto del grado de cumplimiento de las “40 recomendaciones” emitidas por dicho organismo colocó en la Argentina ante la posibilidad cierta de perder su lugar como miembro pleno del GAFI, en caso de no proceder a efectuar una serie de drásticas modificaciones legales y operativas en el régimen de prevención y persecución del lavado de activos, de conformidad con las “sugerencias” de los evaluadores.

Entre las recomendaciones impartidas por el GAFI se encontraba, precisamente, la de instituir —al menos para el delito de lavado de activos— la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵, de lo que se sigue que con la sanción del art. 304 se pretendió, al igual que con el resto de las modificaciones legales concretadas mediante la Ley 26.683, adecuar el régimen antilavado de la Argentina para adecuarlo a las recomendaciones del organismo de mención. Dicho de otro modo: se introdujo la responsabilidad penal de los entes colectivos en hechos de lavado, porque así lo exigió el GAFI.

Cabe destacar, no obstante, que la referida circunstancia no resulta un elemento dirimente para establecer si el art. 304 del C.P. introdujo, o no, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento penal. Ello así, desde que los antecedentes legislativos no pueden nunca dar lugar a una interpretación “histórica” en el sentido de suplir la letra de la ley en sentido contrario a lo que ella misma expresa, toda vez que el acto legislativo corta el cordón umbilical que le une a la decisión política. Esto no significa negar que la investigación metódica de los antecedentes legislativos, en tanto que sirve a la interpretación, pueda resultar útil y necesaria; sólo reafirma que lo que está vedado es

5 Cfr. HAVA GARCÍA, Esther: “La influencia internacional en el blanqueo de capitales y el lavado de activos. Algunas reflexiones en torno a su regulación en España y Argentina”, en *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal de los negocios y de la empresa-II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2014—I, pág. 61 (citas omitidas).

sustituir, por dicha vía, el texto de la ley. Por el contrario, debe estarse siempre a la *mens legis* y no a la *mens legislatoris*. La voluntad que debe buscarse es la de la ley, y no sustituirla por la del legislador⁶.

Sobre el punto, es importante recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra⁷, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos⁸. En la misma dirección, ROXIN explica, con relación a los límites que impone el principio de legalidad en orden a la interpretación del alcance de los tipos penales, que el legislador crea, con el tenor literal de un precepto, un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. A ese respecto el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, de modo tal que el juez efectúa *dentro de ese marco* la interpretación⁹.

Por consiguiente, y siendo consecuente con los parámetros enunciados precedentemente, corresponde iniciar el análisis tendiente a determinar si se ha consagrado realmente un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica tomando como punto de partida la propia letra del art. 304 del C.P.

El artículo en cuestión dispone que “*Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:*

6 Cfr. DE LUCA, Javier Augusto / LÓPEZ CASARIEGO, Julio E.: “Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales”, en *Revista de Derecho Penal. Delitos contra la administración pública II*, Rubinzal-Culzoni, 2004-2, pág. 121 (citas omitidas—énfasis en el original).

7 Fallos: 304:1820; 314:1849.

8 Fallos: 313:1149; 327:769.

9 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* —2ª edición actualizada—, Civitas, Madrid, 1997, págs. 148/149 (énfasis añadido).

1. *Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.*
2. *Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.*
3. *Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.*
4. *Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.*
5. *Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.*
6. *Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica*¹⁰.

El análisis del texto del art. 304 del C.P. de conformidad con los parámetros mencionados *supra*, permite inferir, a partir de la inclusión de la fórmula “con la intervención”, que en este caso el legislador ha introducido un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Más aún: puede afirmarse razonablemente que la inclusión de dicha fórmula *impide, en forma definitiva, que la norma sea interpretada en sentido opuesto* sin rebasar el límite que impone el sentido literal posible de los textos empleados en el artículo.

Ello así, desde que la única, entre las múltiples acepciones que presenta el término “intervenir”, que resulta aplicable a la situación descrita en el art. 304 del C.P. es aquella que lo define como “tomar parte en un asunto”¹¹, circunstancia que vincula en forma

10 Énfasis añadido.

11 Las otras acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española son: Examinar y censurar las cuentas con autoridad suficiente para ello; Controlar o disponer de una cuenta bancaria por mandato o autorización legal; (dicho de una tercera persona): Ofrecer, aceptar o pagar por cuenta del librador o de quien efectúa una transmisión por endoso; (dicho de una autoridad): Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones; espiar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada; fiscalizar la administración de una aduana; (dicho del Gobierno de un país de régimen federal): Ejercer funciones propias de los Estados o provincias; (dicho de una o de varias potencias): En las relaciones internacionales, dirigir temporalmente algunos asuntos interiores de otra; Hacer una operación quirúrgica; (dicho de una persona): Interponer su autoridad; interceder o mediar por alguien; Interponerse entre dos o más que riñen; Sobrevenir, ocurrir, acontecer.

inescapable a dicho concepto con el de la participación criminal, definida en el propio código de fondo como “tomar parte” en la ejecución de un hecho¹².

Como ya he señalado con anterioridad, lo expuesto no permite abrigar duda alguna de que la Ley 26.683 viene a tipificar una actividad delictiva *desarrollada por una persona jurídica*, y no una simple extensión de las sanciones a la sociedad *en razón de los delitos cometidos por los integrantes de su órgano de dirección*, como se preveía en el art. 23º, inc. 1 (primer y segundo párrafo) de la Ley 25.246¹³.

Si bien en lo tocante al art. 304 del C.P., como se ha demostrado *supra*, el uso de la fórmula “con la intervención” por parte del legislador permite descartar —a mi juicio, de modo terminante— aquellas interpretaciones que niegan que lo que se ha consagrado en la norma de referencia es un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica en la comisión de las conductas previstas en el art. 303 del C.P., existe un sector de la doctrina que sostiene la postura contraria a la que aquí se postula.

En esta última tesis se enrojan, por ejemplo, autores del calibre de Francisco D’ALBORA (h). Éste autor afirma que “[e]l nuevo artículo 304 contempla la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a personas jurídicas, cuando el delito de lavado de dinero hubiere sido realizado en su nombre, con su intervención o en su beneficio”¹⁴; añadiendo que a su entender, la naturaleza administrativa de las sanciones establecidas en dicho artículo “no admite discusión” y que su imposición “...presupone que en el proceso penal se hubiere sustanciado el juicio y que, al menos una de las personas físicas imputadas, hubiese sido condenada, circunstancia vicariante, a nuestro modo de ver, con las suscitadas en torno a las previsiones del Código Aduanero”.

12 Bajo el título “Participación criminal”, el art. 45 del C.P. establece que “**Los que tomasen parte en la ejecución de un hecho** o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo” (énfasis añadido).

13 Cfr. BLANCO, Hernán: “Luces y sombras...”, cit., pág. 239.

14 Cfr. D’ALBORA, Francisco J. (h): “La nueva ley de lavado de dinero”, en EIDial.com, Editorial Albremática, Junio 2011 (documento informático).

Previo a analizar la tesis reseñada en el párrafo precedente, cabe señalar que —tal como se desprende de la referencia del doctor D'ALBORA al Código Aduanero— no es esta la primera vez que en el orden nacional se suscita la discusión en orden a si una determinada disposición legal consagra, o no, un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica. Ello, toda vez que, desde antiguo, se han sancionado normas que parecieron contravenir la convicción de un extenso sector de la doctrina vernácula en punto a la imposibilidad de que los entes de existencia ideal puedan ser responsabilizados o sancionados por la comisión de delitos.

La referida postura se asienta en el principio '*societas delinquere non potest*', de gran arraigo en la tradición jurídica de los países cuyos sistemas penales se basan en los principios del Derecho Continental Europeo. Dicha tesis, que incluso encontró su correlato legal en el art. 43 del Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD, en el que se establecía la incapacidad penal de las personas colectivas, contó históricamente con el apoyo de la doctrina tradicional al citado principio, según se refleja en las palabras de Sebastián SOLER, quién señaló que el principio '*societas delinquere non potest*' no solo es sustancialmente justo, sino también sustancialmente adecuado a la realidad de las relaciones penales. Ello, habida cuenta que la sociedad es una persona distinta de la de los socios y su personalidad consiste en un mero centro imputativo, carente de todo sustrato psíquico, motivo por el cual —a su entender— resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente¹⁵.

II. La controversia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento nacional. Evolución de la discusión en la doctrina y la jurisprudencia.

15 Cfr. SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988, T. 1, pág. 330.

Aunque el dogma '*societas delinquere non potest*' predominó durante casi todo el siglo XX tanto en las leyes como en la doctrina europea continental, lo cierto es que la opinión general respecto de la vigencia del referido principio, que muchos consideraban casi inalienable, comenzó a cambiar notoriamente a partir de los años '90 del siglo XX. Sobre todo debido al incremento alarmante de la criminalidad a través de empresas, así como a la consiguiente obligación contraída por los países en distintos instrumentos de Derecho Internacional Público, aspectos que han determinado que la balanza se inclinase hacia la situación exactamente contraria. Esto es: que '*societas delinquere et punire potest*'¹⁶.

De esta manera, fue imponiéndose a nivel mundial una postura mucho más cercana a la que rige en las naciones cuyos ordenamientos penales se enrolan en la tradición del Derecho Penal de cuño anglosajón, en los que desde hace años se acepta la posibilidad de reprimir penalmente a las personas jurídicas¹⁷. Ello, de la mano de la poderosa influencia que ejercen los Estados Unidos de Norteamérica en todas aquellas cuestiones que se vinculan con la persecución al crimen organizado (entre ellas, la prevención y represión del lavado de activos), fundamentalmente en lo que atañe a la elaboración de los instrumentos multilaterales que rigen la respuesta internacional frente a esos fenómenos delictivos.

Es así que incluso en Europa, cuna de la tradición jurídica que acuñó el principio '*societas delinquere non potest*', actualmente es creciente la tendencia hacia afirmar la vigencia del principio contrario¹⁸. En tal sentido, apuntan ZABALA DUFFAU y VICENTE que naciones como Holanda, Francia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica y Suiza ya prevén

16 Cfr. ABASTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Responsabilidad penal de los entes colectivos: Una revisión crítica de las soluciones penales", en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal de los negocios y de la empresa-II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2014-I, págs. 103 y 109.

17 En los Estados Unidos, ya es pacífica la postura que sostiene que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas penalmente por delitos cometidos en su nombre por aplicación de la doctrina de '*respondeat superior*'. La idea básica es que aunque las sociedades son ficciones legales, pueden ser tratadas como "personas" bajo la ley y por consiguiente considerarlas capaces de cometer ilícitos o actuar con intención (cfr. BRICKEY, Kathleen F.: "*Perspectives on Corporate Criminal Liability*", Washington University in St. Louis School of Law - Legal Studies Research Paper Series, Paper No 12-01-02, 2012, pág. 2). La Suprema Corte de los Estados Unidos reconoció formalmente la doctrina de '*respondeat superior*' en el precedente *New York Central and Hudson River Company v. United States* (212 U.S. 481 -1909).

18 Cfr. RIGHI, Esteban: *Los delitos económicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 124.

sanciones propias del Derecho Penal para las personas jurídicas, mientras que Alemania e Italia aún rechazan la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas de existencia ideal¹⁹.

En tal sentido, se advierte que en nuestro país la controversia en orden a esta cuestión se manifestó tempranamente, toda vez que a pesar de la resistencia de gran parte de la doctrina tradicional, desde bien temprano en el siglo XX el legislador puso en crisis la vigencia del principio '*societas delinquere non potest*'. Puntualmente, sancionando normas que parecen destinadas a introducir la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, ya sea por actos de personas físicas cometidos en su seno, o directamente por acciones u omisiones consideradas como *propias* de la sociedad. Algunas de estas normas aún se encuentran en vigencia, destacándose las leyes 12.906 (monopolios)²⁰, 14.878 (vinos)²¹, 19.359 (Régimen Penal Cambiario)²², 20.680 (abastecimiento)²³, 22.262 (defensa de la competencia)²⁴ y 22.415 (Código Aduanero)²⁵, entre otras²⁶.

En algunos de estos casos, se hizo uso de la figura del “actuar en lugar de otro”, de modo tal que quien posee el status que fundamenta el delito especial es el ente ideal, pero el destinatario de la sanción penal es la persona física que integra los órganos de gobierno y representación²⁷. Otras normas, en cambio, constituyen ejemplos del modelo de “responsabilidad vicaria o vicariante” (*vicarious responsibility*), propio del Derecho anglosajón, según el cual se imputa a la persona ideal transfiriéndole las conductas

19 Cfr. ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: “Persona jurídica: Aspectos introductorios sobre su responsabilidad penal” en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, págs. 606/607.

20 Sancionada el 11/6/1946, publicada en el BO el 22/2/1947.

21 Sancionada el 23/10/1959, publicada en el BO el 25/11/1959.

22 Sancionada el 9/12/1971, publicada en el BO el 10/12/1971.

23 Sancionada el 20/6/1974, publicada en el BO el 25/6/1974.

24 Sancionada el 1/8/1980, publicada en el BO el 6/8/1980.

25 Sancionada el 5/2/1981, publicada en el BO el 23/3/1981.

26 Cfr. PERILLI DE COZZI, Karina Rosario: “Nociones sobre los entes ideales como sujetos de imputación criminal”, en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, pág. 597.

27 Cfr. PERILLI DE COZZI, Karina Rosario: “Nociones sobre los entes ideales...”, cit., pág. 597 (citas omitidas).

realizadas por un agente suyo que ha obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de favorecerla²⁸. Entre estas se encuentran el Art. 3 de la Ley 12.906 (Ley de Monopolios), el art. 2 inc. f) del Régimen Penal Cambiario, y el art. 14 de la Ley 24.769 (Régimen Penal Tributario)²⁹, que utilizan la fórmula de prever la responsabilidad de los representantes de la sociedad por hechos cumplidos en nombre, con la ayuda o *en beneficio* de la persona jurídica.

Frente al modelo de “responsabilidad vicaria” se encuentra el de “culpabilidad de empresa”, que no se basa en la transferencia de responsabilidad de los agentes de la persona jurídica a aquella, sino en lo que se considera la conducta de la propia persona de existencia ideal ante acciones de terceros responsables, tanto antes y durante la comisión del hecho como con anterioridad a aquélla³⁰. En este último modelo se enrolaría, a mi entender, el artículo 304 del C.P., en cuanto alude al hecho de lavado de activos cometido “con la intervención” de la persona jurídica.

En efecto, si bien existe una gran similitud entre el art. 304 del C.P. y la redacción del art. 2 inc. f) de la Ley 19.359 y otras normas que también prevén la responsabilidad de los integrantes de los órganos de dirección de la sociedad por cualquier hecho “...*cumplido en su nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona ideal*”, también existen diferencias sustanciales, que determinan que aún en el (hipotético) caso de aceptarse que el Régimen

28 Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego: “Responsabilidad y castigo de las personas jurídicas. Tendencias actuales del Derecho penal comparado en torno a la autorregulación empresarial”, en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, págs. 643 y 645 (énfasis eliminado).

29 Sancionada el 19/12/1996, publicada en el BO el 15/1/1997.

30 Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego: “Responsabilidad y castigo de las personas jurídicas...”, cit., pág. 646. El autor señala que el modelo de la culpabilidad de empresa es sustentado actualmente por importantes propuestas doctrinales como las de HEINE, LAMPE, FISSE y BRAITHWAITE y GÓMEZ JARA. También menciona, en nuestro medio, a la propuesta de BAIGÚN (en su clásico libro *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000) como enrolada, hasta cierto punto, en esta corriente.

Penal Cambiario no consagra un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica³¹, dicha conclusión no puede extenderse sin más al art. 304 del C.P.

Ello así, toda vez que, en primer lugar, esta última norma no establece sanciones para los integrantes de los órganos de dirección de la persona jurídica, sino para *la propia persona jurídica*; y en segundo —y más importante aún— porque en lo que atañe al art. 304 del C.P. no existen dudas de que el ente colectivo *es sancionado por actos que le son propios*. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el art. 2 inc. f) de la Ley 19.359 —respecto del cual podría llegar a afirmarse que la última circunstancia no se verifica en tanto se alude en el texto legal a conductas realizadas “con ayuda” de la sociedad—, la mención del art. 304 del C.P. en orden a que se punen acciones llevadas a cabo “con la intervención” de la persona jurídica no admite razonablemente una interpretación contraria.

En efecto, se advierte que en el primer supuesto (Régimen Penal Cambiario) es posible interpretar que quienes realmente llevaron a cabo la conducta prohibida lo hicieron **sirviéndose** de la persona jurídica —como lo hace, por ejemplo, quien se sirve de un bastón para subir una cuesta “con la ayuda de” dicho objeto—, sin que ello implique *per se* que la sociedad haya *actuado* —esto es: desempeñado un rol activo— junto con aquellos en la comisión del delito, sino que se la utilizó, simplemente, como un instrumento para consumir el delito. Por el contrario, la referencia a la realización del hecho “con la intervención” de la sociedad contenida en el art. 304 del C.P. descarta la posibilidad de reducir el rol de la persona jurídica al de un mero instrumento en la realización de las conductas típicas descriptas en el art. 303 del C.P.

En comparación con el Régimen Penal Cambiario, aparece como mucho más clara la aceptación de la posibilidad de perseguir y sancionar penalmente a los entes de existencia ideal en el Derecho Penal Aduanero, en donde la ley vigente deja abierta la sujeción a

31 Es menester destacar, no obstante, que encuentra muy difundida, en especial entre la doctrina especializada en el Derecho Penal Económico, la idea de que las normas antes citadas prevén supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Así, por ejemplo, PERILLI DE COZZI, en “Nociones sobre los entes ideales...”, cit., págs. 597/598, afirma que entiende que tanto el art. 2 inc. f) del Régimen Penal Cambiario como el art. 888 del C.A. son supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Coinciden con esta postura ZABALA DUFFAU y VICENTE —en “Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., pág. 605—).

proceso de la empresa como aquella que puede llegar a configurar hechos ilícitos en el terreno penal aduanero, sin que la eterna antinomia influya en la mayoría de los trámites judiciales penales aduaneros que aún siguen siendo materia de conocimiento por los tribunales³². Con relación a ello, VIDAL ALBARRACÍN destaca que si bien el Código Aduanero no establece en forma expresa un criterio de imputación para las personas jurídicas, puede extraerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, de los arts. 888, 876 inc. g), 94 inc. 2º d), 98, 58 inc. 3º d) y 62 inc. 1º d) y 1026³³.

A modo de ejemplo, el art. 888 del C.A. hace expresa referencia al supuesto de que una persona de existencia ideal “...*fuere condenada por algún delito aduanero*”³⁴. La misma referencia puede encontrarse en los artículos 58, 62, 94 y 98 enumerados, mientras que el art. 1026, al dividir la sustanciación de causas a instruirse por delitos aduaneros, le reserva a la autoridad judicial la aplicación de las penas que únicamente corresponden a personas jurídicas, como el retiro de la personería jurídica³⁵. Todavía más claro es el art. 876 del C.A., que directamente alude, en su inciso g), al caso de que “...*una persona de existencia ideal fuere responsable del delito*”³⁶.

De conformidad con los parámetros reseñados *supra* en cuanto al modo en que deben interpretarse las normas penales, no cabe más que concluir que la contundencia del texto redactado por el legislador —que en forma expresa incorporó en éste último artículo la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser “responsable” de un “delito”— invalida, tal como ocurre con el art. 304 del C.P., cualquier interpretación tendiente a negar la existencia de responsabilidad penal del ente ideal, desde que no se advierte de qué modo puede afirmarse dicha inexistencia sin rebasar el límite interpretativo que impone el tenor literal de la norma.

32 En “Estado de discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, cit., pág. 670.

33 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2010, págs. 496 y 501.

34 Énfasis añadido.

35 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., pág. 501.

36 Énfasis añadido.

Cabe recordar, por otra parte, que en el ámbito del Derecho Penal Aduanero es donde históricamente se ha hecho fuerte la postura favorable a la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre el punto, VIDAL ALBARRACÍN señala que ya a finales del siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sentado la doctrina de que el principio ‘*societas delinquere non potest*’ no era aplicable en el delito penal aduanero³⁷, destacando que el máximo tribunal señaló que la primera legislación aduanera (citando los arts. 1025, 1027 y 1028 de las Ordenanzas de Aduana) responsabilizaba a las personas jurídicas, en la medida en que eran capaces de mantener relaciones con la Aduana, por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes³⁸.

De igual manera, la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico (CNAPE) ha emitido un buen número de precedentes sobre la materia. Es así que en los años 1967 y 1968, la referida cámara trató el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dos fallos plenarios: el fallo “Metron S.R.L.” del 15 de diciembre de 1967 y el fallo “Serur Hnos. y otros” del 22 de mayo de 1968. En ambos se analizaron planteos acerca de quién o quiénes debían comparecer a la audiencia indagatoria en representación de la sociedad imputada, sin entrar a discutir si era posible o no responsabilizar penalmente al ente ideal³⁹, aspecto que se dio —tácitamente— por aceptado.

Posteriormente, la CNAPE se pronunció en forma expresa a favor de la posibilidad de reprimir penalmente a las personas jurídicas, señalando que las peculiares y novedosas cuestiones propias del Derecho Penal Económico, derivadas de las notables variantes que

37 VIDAL ALBARRACÍN cita el fallo “Entre Ríos, Extracto de Carne Ltda. s/defraudación de Derecho de Aduana”, del 7/12/1894.

38 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., págs. 494/495, nota § 11 (énfasis agregado). En el mismo sentido, el autor cita los fallos “Wakin” (CNAPE, Sala A, rta. el 31/10/1989), “Loussinian” (CNAPE, Sala B, rta. el 6/9/1987) y “Comaltex” (CNAPE, Sala B, rta. el 5/3/1996), “Sevel (Peugeot Citroën)” (CNCP, Sala III, rta. el 16/11/2001) e “Indumed S.R.L.” (CFA de Córdoba, Sala B, rta. el 17/5/2002), en los que también se habría aceptado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia aduanera.

39 Cfr. ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: “Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., págs. 611/612.

este presenta respecto del Derecho Penal común, así como la aparición de intrincadas formas de delincuencia que, recurriendo a entes colectivos de diverso carácter atentan contra el ordenamiento económico-financiero del Estado, han dado lugar a que éste, en defensa de la sociedad y su seguridad jurídica, afirme la responsabilidad penal de esas personas jurídicas o entes ideales como único medio de impedir la violación de preciados bienes jurídicos por parte de sociedades, inalcanzables por las sanciones comunes⁴⁰.

La CNAPE mantuvo el referido criterio en los fallos “Loussinian, Eduardo y otra”⁴¹ y “Comaltex Comercial Algodonera Textil y otros”⁴², entre otros⁴³. Más recientemente, en un fallo vinculado a una infracción al Régimen Penal Cambiario, la Sala A del referido tribunal señaló que la responsabilidad de la persona de existencia ideal resulta ineludible en tanto la operación fue cumplida en su nombre y beneficio (art. 2 de la Ley 19.359)⁴⁴.

En igual sentido se pronunció la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en el precedente “Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación”⁴⁵, en el cual se expresó: “...que nuestra legislación positiva en determinados casos y el régimen aduanero en particular han adoptado firmemente la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas hubiesen cometido actuando en cuanto tales; y que la jurisprudencia que en consecuencia de los postulados legales ha emanado de los distintos tribunales de justicia en sus sucesivas integraciones en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador”.

40 *In re*: “Asociación de Cooperativas Argentinas s/contrabando”; CNAPE, Sala 3, Reg. 251/84, rta. el 15/10/1984 (citado por ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: “Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., pág. 613).

41 CNAPE, Sala I, Reg. 375/89.

42 CNAPE, Sala I, Reg. 88/96.

43. Cfr. PERILLI DE COZZI, Karina Rosario: “Nociones sobre los entes ideales...”, cit., pág. 596.

44 *In re*: “Converter, S.A. —Yapur, Pablo Yamil s/Régimen Penal Cambiario”, Reg. 402/2007, rta. el 7/8/2007 (citada por ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: “Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., pág. 616).

45 Causa N° 2984, Reg. 715, rta. el 16/11/01.

Como se advierte fácilmente, la posibilidad de responsabilizar a los entes de existencia ideal por la comisión de delitos encuentra el mayor grado de consenso en la doctrina y la jurisprudencia vinculada con el Derecho Penal Económico, en donde las posturas que defienden esta posibilidad han ganado terreno en los últimos treinta años, a medida que el Derecho penal ha ido avanzando sobre cuestiones vinculadas a la actividad empresarial que antes le eran ajenas⁴⁶. En este campo militan, a su vez, la mayoría de los autores que han apoyado dicha postura, entre los cuales ZABALA DUFFAU y VICENTE mencionan a AFTALIÓN, CUETO RÚA, VIDAL ALBARRACÍN, CHICHIZOLA y BAIGÚN⁴⁷.

Ello obedece a que el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos se encuentra relacionado, fundamentalmente, con el ámbito de los delitos económicos⁴⁸, en el cual resulta de especial importancia el fenómeno de la criminalidad de empresa⁴⁹, comprensivo de los ilícitos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la misma⁵⁰.

Por consiguiente, la discusión acerca de la vigencia del principio '*societas delinquere non potest*' reviste gran importancia en este campo, toda vez que los delitos económicos tienden a hallar su caldo de cultivo ideal en el seno de las empresas con forma de sociedad

46 Ver, al respecto: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*" (2ª ed.), Ed. BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006.

47 Cfr. ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: *Persona jurídica: Aspectos introductorios...*", cit., pág. 602.

48 Según explica Enrique BACIGALUPO (*Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 23), son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. Por tanto el Derecho Penal Económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.

49 Cfr. BACIGALUPO, Silvina: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un problema del sujeto del Derecho Penal", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Vol. 9-A, pág. 207 (énfasis eliminado). A su vez, el concepto de delitos económicos refiere a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico (ibídem).

50 Cfr. BACIGALUPO, Silvina: "La responsabilidad penal...", cit., pág. 208 (citas omitidas).

comercial⁵¹. A punto tal que, según apunta SCHÜNEMANN, el interrogante respecto a sí la criminalidad de empresa puede ser combatida con suficientes perspectivas de éxito se erige en una de las más importantes y a la vez más difíciles cuestiones del moderno Derecho Penal Económico⁵².

Es allí también donde hoy en día, el enfoque político-criminal tiende a sostener que los entes colectivos *pueden* delinquir (y ser sancionados por ello), y que la pretensión de satisfacer las necesidades político-sociales de prevención general con la mera punición de las personas físicas que cometen ilícitos en el marco de la gestión de la persona jurídica debe ser rechazada. Ello así, en el entendimiento de que la tesis contraria no toma en cuenta la complejidad de las nuevas organizaciones empresarias, que favorecen la despersonalización de las decisiones y la intervención fragmentada de varios agentes, generando, asimismo, límites insuperables para detectar al sujeto responsable del ilícito⁵³.

En igual sentido, apunta PERILLI DE COZZI que si las personas jurídicas poseen el “bill de indemnidad” que les otorga el principio *‘societas delinquere non potest’*, y sólo las personas físicas pueden recibir el reproche criminal, es muy fácil seguir operando con la empresa organizada y colocar a otros en los lugares que ocuparan aquellos que fueran sancionados cuando los actos ilícitos se cometen en nombre y representación de la organización empresarial⁵⁴.

51 Cfr. HERNÁNDEZ GALARZA, F. R.: “Breves consideraciones acerca de los aportes del funcionalismo sistémico al problema de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, págs. 621/639. Pág. 622.

52 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2001, pág. 61.

53 Cfr. RUSCONI, Maximiliano A.: “Comentario a Título VII del C.P.”, en AAVV: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, T. 2 (arts. 35/78 Parte General), págs. 181/182 (énfasis en el original). Coinciden con esta postura ZABALA DUFFAU y VICENTE (“Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., págs. 618/619), en cuanto señalan que a partir del proceso de evolución que ha dado lugar al moderno concepto de persona jurídica, en virtud del cual resulta difícil determinar e individualizar en cabeza de quién se reúne la acción motivo de reproche, resulta innegable que debe responsabilizarse penalmente a los entes ideales, pues de otra forma, quedarían impunes gran parte de los delitos relacionados con intereses netamente económicos.

54 Cfr. PERILLI DE COZZI, Karina Rosario: “Nociones sobre los entes ideales...”, cit., pág. 598.

Cabe tener presente, asimismo, que el reproche penal en el marco de la criminalidad de empresa se ve dificultado por factores como la influencia criminógena de una “actitud criminal de grupo”, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico penal, y los problemas que implica la determinación de quién es el verdadero responsable⁵⁵. Al respecto, SCHÜNEMANN advierte que la “organización de la responsabilidad” dentro de la empresa amenaza con convertirse en una “organizada irresponsabilidad”. Y añade que desde el punto de vista jurídico-penal, esta transformación se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia los miembros de la organización que están *más abajo*, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo⁵⁶.

La gran aceptación de esta postura en el ámbito del Derecho Penal Económico quedó de manifiesto en el citado “Loussinian”⁵⁷, en el cual los jueces de la Sala I de la CNAPE afirmaron que la polémica teórico-doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas en causa criminal, *ha sido superada en los hechos por la ley y la jurisprudencia*, pues ambas han terminado por admitir que la persona jurídica puede padecer multas y otras sanciones por hechos de naturaleza penal, como consecuencia del accionar de sus órganos, lo que permite concluir que puede sancionarse con pena a la persona jurídica, aunque no se haya aplicado pena a una persona física, si se demuestra la

55 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial*, cit., pág. 18.

56 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial*, cit., pág. 25 (citas omitidas —énfasis añadido). Ejemplo de estas dificultades son las notorias dificultades que han surgido para responsabilizar a corporaciones por la posible comisión de hechos de lavado de activos, a pesar de que es en dicho ámbito donde se concretan la inmensa mayoría de las maniobras delictivas de este tipo. Y ello, incluso en países donde se acepta la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ver, al respecto: Hernán BLANCO, *Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, págs. 17 y ss., y “Looking past Contrived Ignorance: Assessing the Value of the Willful Blindness Doctrine to Prove Individual Knowledge of Money Laundering within Banks”, en Social Science Research Network (SSRN), marzo 2014, documento informático disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2408998>.

57 *Supra*, nota § 41.

existencia del ilícito y que el mismo fue llevado a cabo por uno o dos de los integrantes de ella, en ciertas condiciones y formas que permitan atribuírselo a la persona ideal⁵⁸.

III. El fallo “Fly Machine”: interpretaciones negadoras de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Crítica.

Lo cierto, sin embargo, es que la cuestión acerca de la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica está lejos de ser pacífica como afirmaron los integrantes de la Sala I de la CNAPE, puesto que fuera de la esfera del Derecho Penal Económico persisten aún numerosas voces, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que —aun reconociendo la necesidad o conveniencia político-criminal de perseguir penalmente a los entes de existencia ideal— se aferran a la vigencia del principio ‘*societas delinquere non potest*’. Así lo ratifica en forma enfática ZUGALDÍA ESPINAR, en cuanto afirma que frente a la extendida idea de la conveniencia y necesidad de reconocer responsabilidad criminal a las personas jurídicas en el terreno de la política criminal, se alza el *obstáculo insalvable* de las objeciones dogmáticas⁵⁹.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la Sala I de la Cámara del Crimen desestimó una denuncia por inexistencia de delito sosteniendo que las personas jurídicas carecen de capacidad de conducta, en tanto el concepto de delito, según surge de la ley de fondo, se construye sobre la base de una acción humana individual lo cual se advierte de los distintos supuestos contenidos en el art. 34 de dicho ordenamiento, que se refieren a conductas humanas dando una acabada muestra de la adopción del principio *societas delinquere non potest* en ese cuerpo legal⁶⁰.

58 Cfr. ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: “Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., pág. 614 (énfasis añadido).

59 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*” en AAVV: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1980, N° 11, pág. 80 (énfasis eliminado).

60 *In re*: “Penna, Alfredo J. y otros”, causa N° 25.507, CNACC, Sala I, rta. el 24/4/2006 (citada por ZABALA DUFFAU, Andrea Mariana / VICENTE, Eduardo Javier: “Persona jurídica: Aspectos introductorios...”, cit., pág. 616).

En igual sentido, frente a la postura sostenida por la CNAPE en los precedentes citados, y por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en “Peugeot Citroën”, se alzó la Sala I de este último tribunal en el conocido precedente “Fly Machine S.A.”⁶¹, criterio que se vio posteriormente reflejado en el voto (minoritario)⁶² del doctor Eugenio ZAFFARONI en el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la misma causa⁶³, en el cual se intensificó la negativa a interpretar aduaneramente que la legislación vigente se dirigía a describir directamente la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho propio⁶⁴.

Es este voto, precisamente, el que a mí modo de ver sintetiza del modo más transparente el enfoque que adoptan los que sostienen el principio ‘*societas delinquere non potest*’ a la hora de interpretar las distintas disposiciones legales en las que —contrariando dicho principio— el legislador nacional pretende regular la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas. Es así que se lleva a cabo, si se quiere, una aproximación “teleológica” a la interpretación de las normas en juego, que parte de la base de que la pretensión de reprimir a los entes colectivos contraviene la Constitución Nacional y pone en jaque principios básicos del Derecho Penal “liberal” y, por consiguiente, busca acomodar el texto legal para eludir el conflicto, aunque a costa de tergiversar la letra de las normas al punto de hacerlas decir lo que *claramente no dicen*.

Esto es, precisamente, lo que ocurre en el fallo “Fly Machine”. En efecto, en los considerandos 5° a 8° de su voto en minoría, y luego en el 11°, el doctor ZAFFARONI desarrolla los motivos por los que entiende que la introducción de la responsabilidad penal

61 CNCP, Sala I, Causa n° 4951, “Fly Machine s/ recurso de casación”, Reg. 6368, rta. el 28/11/03.

62 La mayoría resolvió no hacer lugar al recurso, sin dictaminar sobre el fondo del asunto.

63 Cfr. sentencia N° F.572. XL de la CSJN, en autos caratulados: “Fly Machine S.R.L. s/rec. extraordinario”, resuelta el 30/5/2006.

64 Cfr. RODRÍGUEZ FONTELA, Ximena M. / MEIROVICH, Gustavo D.: “Estado de discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina: Incidencia del fallo “Fly Machine S.R.L.””, en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, pág. 666.

de las personas jurídicas contravendría la Constitución Nacional, a la vez que hace mención a la circunstancia “...de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso”⁶⁵.

Planteado así el conflicto, ZAFFARONI intenta sortearlo afirmando que la doctrina que sostiene la plena vigencia del principio ‘*societas delinquere non potest*’ armoniza plenamente con la fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 321:2926 y 323:637, oportunidades en la cuales se sostuvo que del ordenamiento aduanero (art. 1026) surge que las sanciones del art. 876, ap. 1, son accesorias de la pena privativa de la libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo⁶⁶.

De igual manera, respecto de las normas aduaneras mencionadas supra, ZAFFARONI asevera en el Considerando 10° de su voto en “Fly Machine” que “...el art. 887 del ordenamiento jurídico aduanero se limita a establecer una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con sus dependientes por las penas pecuniarias; mientras que el artículo siguiente, si bien refiere al supuesto en que un ente ideal resulte condenado por algún delito aduanero, ello no implica per se el reconocimiento legal de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos. Ello es así porque la norma admite una exégesis diferente que de acuerdo a las apreciaciones efectuadas sería respetuosa del texto constitucional que consiste en relacionar la expresión ‘fuere condenada’ con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican las penas pecuniarias —interpretación

65 “Fly Machine”, Considerando 12°.

66 “Fly Machine”, Considerando 14°.

ésta que resulta extensible a la norma del art. 94, ap. 1, inc. d, 1º, según la remisión que surge del ap. 2º, inc. 'd', del citado precepto legal”.

Las soluciones que propone ZAFFARONI para el conflicto constitucional que, en su opinión, se deriva de la aceptación de que una norma penal efectivamente reprime a una persona jurídica por la comisión de un delito, son las que habitualmente se postulan desde este sector de la doctrina a la hora de interpretar “teleológicamente” las disposiciones con las que el legislador controvierte el principio ‘*societas delinquere non potest*’. Esto es: catalogar a las sanciones dirigidas a las personas jurídicas como meras “consecuencias accesorias” de las penas impuestas a las personas de existencia real y/o considerarlas como sanciones “administrativas”, derivando de ello que no están sujetas a los principios del Derecho Penal.

Tal es la postura que se adoptó con relación a los arts. 876 y 888 del Código Aduanero, la que en la actualidad se reproduce en la interpretación de D’ALBORA (reseñada *Supra*) en orden a lo establecido en el art. 304 del C.P. Cabe destacar, sin embargo, que en cuanto atañe, puntualmente, al fallo “Fly Machine”, la lectura ensayada por ZAFFARONI respecto de las normas del Código Aduanero que introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dicho ámbito, como así también la afirmación de que la misma encuentra sustento en la jurisprudencia de la Corte, han sido cuestionados por la doctrina especializada en Derecho Penal aduanero.

En particular, VIDAL ALBARRACÍN rechaza la idea de que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorice a extraer que las penas del art. 876 del Código Aduanero son administrativas, y afirma que la postura de ZAFFARONI se basa en una “particular interpretación” del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “De la Rosa Vallejos”. Al respecto, explica que el precedente de mención sólo dice que aquellas son accesorias de las penas privativas de la libertad. Así, los delitos aduaneros están castigados con penas compuestas y, en virtud de la doble jurisdicción y para evitar un

escándalo jurídico, la Corte ha establecido la distinción entre principal y accesorias, correspondiendo la aplicación de la primera al juez y, supeditadamente, la imposición de las segundas a la Aduana⁶⁷.

VIDAL ALBARRACÍN tampoco comparte la postura de ZAFFARONI en cuanto a que el sumario a sustanciarse en sede aduanera tiene como objeto la aplicación de sanciones reparadoras o administrativas y que, al aceptar la plena defensa, puede arribarse a una absolución. Por el contrario, el autor citado en primer término entiende que dicha interpretación colisiona con el texto de la ley, toda vez que resulta forzado considerar que las actuaciones que se sustancian ante la autoridad aduanera y se rigen por el procedimiento para las infracciones, cuya naturaleza penal nadie discute, pueden perseguir aplicar una sanción reparadora o administrativa⁶⁸.

En igual sentido, considero que las soluciones de mención tampoco pueden ser aceptadas respecto del art. 304 del C.P. En primer lugar, porque afirmaciones como la que ensaya D'ALBORA, en punto a que se trata de simples “sanciones administrativas”, no solucionan los conflictos constitucionales que se derivan de la presunta incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, la cual —según entienden quienes sostienen dicha postura—

67 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., pág. 497. Sobre el punto, el autor citado explica también que el juzgamiento judicial debe determinar quién o quiénes son los responsables, ya sean personas físicas o ideales, pues el servicio aduanero no tiene facultades para ampliar ese espectro. Si el imputado (en este caso, la persona jurídica) no está condenado judicialmente, la Aduana no puede aplicarle las penas accesorias.

68 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., págs. 500/501. VIDAL ALBARRACÍN afirma, asimismo, que es equívoco sostener que en materia de contrabando, la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo, ya que una cosa es que ambas jurisdicciones estén separadas —de modo que a cada una le corresponda imponer una especie de pena— y otra que la pena principal sea independiente de las accesorias. Por el contrario, existe entre ellas una suerte de supeditación: la autoridad aduanera no puede imponer las penas que se denominan “administrativas” hasta que en sede judicial no se determine la materialidad del ilícito y la individualización de sus responsables, por tratarse del mismo hecho típico que sólo puede ser calificado por el órgano judicial competente. Y explica que en caso de aceptarse la postura opuesta, luego de sustanciado el sumario aduanero, las actuaciones deberían volver a sede judicial para que el juez imponga dicha pena, lo cual constituye un contrasentido que no cabe atribuir al legislador (ibídem, pág. 501).

redundaría en que la eventual imposición de una sanción vulnere el principio de culpabilidad.

Sobre el punto, he señalado ya en un trabajo anterior⁶⁹ que la circunstancia de que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial respecto del principio de culpabilidad provenga del Derecho Penal no es óbice para que dicho principio, al igual que el resto de los principios fundamentales del ámbito penal, resulte de aplicación en la esfera del denominado “Derecho Penal administrativo” o “Derecho administrativo sancionador”. Ello así, desde que esta última rama del Derecho no configura una disciplina autónoma⁷⁰ respecto del Derecho Penal, sino que —por el contrario, y habida cuenta de que la naturaleza represiva de las sanciones— se advierte que las contravenciones, por menos graves que sean, contienen idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración, sino del Estado⁷¹.

Es claro entonces que debe aceptarse, como regla general en nuestro país, que son de aplicación al Derecho administrativo sancionador los principios del Derecho penal que se hallan expresamente previstos en los arts. 18° y 75°, inc. 22) de nuestra Constitución Nacional⁷², así como de las reglas y principios que prescribe el Código Penal⁷³, los que comprenden a los principios capitales de la ciencia penal: legalidad, tipicidad, imputabilidad y *culpabilidad*, proporcionalidad, *ne bis in idem*, etc.⁷⁴.

Así lo entiende ROLDÁN, quien —en referencia a otro ámbito en el que se presenta esta discusión, que es el del Régimen Penal Cambiario— apunta que en lo que atañe a las

69 Ver: Hernán BLANCO: “La relación entre el Estado y los sujetos obligados...”, cit., pág. 1873 y ss.

70 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: “En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal.”, en *El Derecho*, tomo 143 A, 1992. Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, pág. 940.

71 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: “En torno de las sanciones administrativas...”, cit., pág. 940 (citas omitidas).

72 Cfr. MALJAR, Daniel E.: *Derecho administrativo sancionador*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 72 (citas omitidas).

73 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: “En torno de las sanciones administrativas...”, cit., pág. 940.

74 Cfr. MALJAR, Daniel E.: *Derecho administrativo sancionador*, cit., pág. 75 (énfasis agregado).

consecuencias prácticas, que solían justificarse a partir de la clásica diferenciación entre *infracciones* y *delitos*, se encuentra consolidada la opinión de que entre ellos no existe otra diferencia que la puramente cuantitativa⁷⁵ y en consecuencia, que para ambos rigen por igual los principios y garantías de rango constitucional que limitan el poder penal del Estado⁷⁶.

De hecho, el propio ZAFFARONI, en su tratado, ratifica que *el derecho contravencional es Derecho Penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste*⁷⁷, no pudiendo desconocerse en su ámbito ninguno de los principios a los que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución Nacional y al derecho internacional de los derechos humanos⁷⁸. Así lo ha establecido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reconoció de modo expreso la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo en el fallo “Cristalux”⁷⁹ y, especialmente, en “Losicer”⁸⁰.

Lo expuesto en orden a la imposibilidad de negar el carácter penal que revisten sanciones como las previstas para las personas de existencia ideal ya sea en el Régimen Penal Cambiario como en el Código Aduanero, en especial mediante el recurso de calificarlas como “administrativas”, se torna aún más patente en lo que atañe a lo establecido en el art. 304 del C.P. No sólo por qué incluso las sanciones supuestamente “administrativas”

75 Respecto de la diferencia existente entre delitos y contravenciones existen en la doctrina y la jurisprudencia dos teorías en pugna. La primera, que se ha dado en llamar *teoría cualitativa*, afirma que entre delito y contravención existe una diferencia esencial porque los hechos desaprobados por el derecho tienen una sustancia diversa. La segunda, la *tesis cuantitativa*, hace fincar la cuestión en la cantidad de pena, y no en el acto punible (Cfr. MALAMUD GOTI, Jaime E.: *Persona jurídica y penalidad. El estado actual del Derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de sus agentes*, Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 54 —énfasis en el original—). Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales adhieren, mayoritariamente, a la tesis cuantitativa.

76 Cfr. ROLDÁN, Federico: “Los tipos penales del Régimen Penal Cambiario” en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, pág. 946 (citas omitidas —énfasis en el original).

77 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 177 (énfasis en el original).

78 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., pág. 179.

79 Fallos: 329:1053, Dictado el 11/4/2006.

80 L. 216. XLV. “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 70BI)”, rta. el 26/6/2012.

previstas en el Capítulo IV de la Ley 25.246 (identificado por el legislador, de hecho, como “Régimen *penal* administrativo”) tienen un indudable carácter penal⁸¹, sino porque ello se desprende en forma manifiesta de la naturaleza de las consecuencias establecidas en el citado art. 304 del C.P.

Al respecto, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado, de manera uniforme, que deben estimarse penales las multas aplicables a los infractores cuando ellas, en vez de poseer carácter retributivo del posible daño causado, tienden a prevenir la violación de las pertinentes disposiciones legales⁸². En tal contexto, se advierte que la multa prevista en el inciso primero del art. 304 del C.P., que va “*de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito*”, trasciende en forma ostensible el propósito de reparar el daño causado (el cual, por otra parte, es casi imposible de estimar cuando se trata de lavado de activos) y se convierte en un verdadero castigo. Tanto más en cuanto atañe al resto de las sanciones, que incluyen la suspensión (total o parcial) de las actividades de la sociedad o de la actividad vinculada con el Estado por hasta *diez* años⁸³, la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere⁸⁴ e incluso la cancelación de la personería⁸⁵, que equivale a una virtual condena a muerte de la persona jurídica.

Todo esto demuestra, a mi juicio, que objeciones como las que postula ZAFFARONI al señalar que “...conforme a la incorporación del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que sólo pueden configurar delitos las acciones u omisiones”⁸⁶; o en orden a la “...imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta

81 En punto al carácter penal del Capítulo IV de la Ley 25.246, ver Hernán BLANCO: “La relación entre el Estado y los sujetos obligados...”, cit., pág. 1876.

82 Cfr. MALAMUD GOTI, Jaime E.: *Persona jurídica y penalidad...*, cit., pág. 51 (citas omitidas).

83 Art. 304, incs. 2° y 3°.

84 Art. 304, inc. 5°

85 Art. 304, inc. 4°

86 Considerando 6°. ZAFFARONI cita el art. 11, 2° párrafo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 15, párrafo 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 40, párrafo 2°, ap. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche”; no pueden ser sorteadas con el recurso de calificar a las sanciones del art. 304 del C.P. como meramente “administrativas”, ya que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador también rigen los institutos que dan sustento a dichas objeciones.

Por otra parte, en lo tocante a la posibilidad de interpretar a las sanciones previstas en el art. 304 del C.P. como simples “consecuencias accesorias de la pena” (impuesta a las personas de existencia real), aplicadas a la persona jurídica, es menester distinguir, en primer término, entre lo establecido en dicha norma y en las previsiones del Código Aduanero reseñadas por ZAFFARONI al pronunciarse en “Fly Machine”, respecto de las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo —en el precedente “De la Rosa Vallejos”— que se trataba, precisamente, de consecuencias accesorias de las penas privativas de la libertad.

Cabe destacar, en tal sentido, que —a diferencia del Código Aduanero— el *art. 304 del C.P. no establece que las sanciones que prevé deban ser impuestas en una sede administrativa distinta* o independiente de la judicial. Tampoco puede afirmarse sin más que la decisión de legislador de eliminar las consecuencias que preveían los artículos 23° y 24° de la Ley 25.246 con anterioridad a la reforma, sancionando la intervención de los sujetos obligados (fueran estos personas de existencia real o ideal) en hechos de lavado de activos⁸⁷, implique que las consecuencias introducidas en el art. 304 del C.P. hayan venido

87 El art. 23 establecía lo siguiente: “1. Será sancionada con multa de dos (2) a 10 (diez) veces del valor de los bienes objeto del delito, la persona jurídica cuyo órgano o ejecutor hubiera aplicado bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito, en el sentido del artículo 278, inc. 1) del Código Penal. El delito se considerará configurado cuando haya sido superado el límite de valor establecido por esa disposición, aun cuando los diversos hechos particulares, vinculados entre sí, que en conjunto hubieran excedido de ese límite hubiesen sido cometidos por personas físicas diferentes, sin acuerdo previo entre ellas, y que por tal razón no pudieran ser sometidas a enjuiciamiento penal;... 2. Cuando el mismo hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos o ejecutores suyos **en el sentido del artículo 278, inc. 2) del Código Penal**, la multa a la persona jurídica será del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito;.. 3. Cuando el órgano o ejecutor de una persona jurídica hubiera

a reemplazar a aquellas, y que —por consiguiente— sea la Unidad de Información Financiera (UIF) la encargada de imponer dichas consecuencias a las personas jurídicas. Ello así, toda vez que el legislador tuvo la oportunidad de conferirle en forma expresa dicha facultad a la UIF (la reforma de la normativa antilavado, comprensiva del C.P. y de la Ley 25.243, se llevó a cabo en simultáneo), y optó por no hacerlo.

Por otro lado, cabe señalar que el recurso de considerar que las sanciones establecidas en el art. 304 del C.P. son simples consecuencias accesorias de la pena no resuelve los problemas procesales derivados de su aplicación a personas jurídicas, sino que genera nuevos interrogantes, en especial en orden al rol que debe desarrollar la sociedad (como ente distinto de las personas físicas, integrantes de la misma, a las que se responsabilizó penalmente por la comisión del delito) en el proceso que puede derivar en que se le apliquen dichas consecuencias. En tal contexto, cabe preguntarse si el hecho de que se considere que la sociedad no puede estar “imputada” en el proceso —por carecer de responsabilidad penal— implica también que no puede defenderse para evitar la imposición de las consecuencias accesorias.

Esta conclusión es difícil de aceptar, ya que dichas consecuencias no habrán de impactar sobre el imputado, sino sobre un ente distinto (la persona jurídica), que es *un ente colectivo en el que está involucrado un grupo de personas distintas del autor “material”* (socios, empleados, etc.). Sin embargo, si se opta por la solución contraria (que la persona jurídica sí puede concurrir a defenderse por sí misma en el proceso penal), entonces cabe preguntarse en qué carácter lo hace, ya que no puede ser “imputada”. ¿Se trata, pues, de una suerte de “potencial afectada” (no imputada) por el proceso? Y, en ese caso: ¿Qué

cometido en ese carácter el delito a que se refiere el artículo 22 de esta ley, la persona jurídica sufrirá multa de diez mil pesos (\$ 10.000) a cien mil pesos (\$ 100.000)”. En tanto que el artículo 24 disponía: “1. La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera creada por esta ley será sancionada con pena de multa de una a diez veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave... 2. La misma sanción sufrirá la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor... 3. Cuando no se pueda establecer el valor real de los bienes, la multa será de diez mil pesos (\$ 10.000) a cien mil pesos (\$ 100.000)”.

diferencias existen entre ser “potencial afectada” y estar formalmente imputada? ¿Cómo debe actuar esta “potencial afectada” para eludir la imposición de las consecuencias accesorias?

Sin perjuicio de lo expuesto, y regresando a la cuestión dogmática, cabe aclarar que en modo alguno se niega, desde la postura que aquí se sostiene, que la imposición de las sanciones previstas en el art. 304 del C.P. tenga carácter accesorio. Ello así, toda vez que aun admitiendo que sea posible la intervención de una persona jurídica en un hecho delictivo, parece claro que dicha intervención habrá de requerir, forzosamente, que concurra también la de una o varias personas físicas, habida cuenta de que la sociedad no puede realizar, por sí sola, las transacciones necesarias para que pueda cometerse el delito de lavado de activos.

Es decir que la imputación de la persona jurídica tiene, por la propia naturaleza de la persona imputada, un carácter accesorio respecto de la de las personas físicas a través de las cuales actúa la sociedad, puesto que sólo estas pueden ser autores materiales de las conductas prohibidas, en las que la persona jurídica, según el caso, “interviene” junto con aquellos.

En efecto, habida cuenta de que el art. 304 del C.P. hace responsable a la persona jurídica por haber *tomado parte* en un hecho realizado materialmente por una persona física (ya sea beneficiándose con él, prestando su nombre o *interviniendo* en su comisión), resulta aplicable la regla de la accesoriedad en la participación, según la cual el hecho de los partícipes (en este supuesto, la persona jurídica) depende del hecho del autor o de los autores⁸⁸. Así, la regla de la accesoriedad externa remite a la exigencia de cierto grado de realización en el autor del hecho punible para habilitar las compuertas de la ilicitud —o, quizá mejor, las de la punibilidad— del hecho del partícipe: se requiere que el autor haya

88 Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 519.

dado comienzo a la ejecución⁸⁹. De lo contrario, los partícipes quedan, en principio, impunes (accesoriedad cuantitativa), ya que su responsabilidad está ligada a la de los autores⁹⁰.

Por consiguiente, la diferencia entre las dos posturas reside en si el carácter accesorio de la imposición de las sanciones previstas en el art. 304 del C.P. lo es respecto *de la pena* impuesta al autor material del lavado de activos o a la efectiva comisión (o tentativa) *del hecho típico* por parte de esta. Siendo que, en el segundo supuesto, lo que habrá de exigirse para imputar a la persona jurídica y eventualmente imponer las sanciones contempladas en la norma es que se acredite la existencia de un hecho (conducta u omisión) típico y antijurídico por parte de uno de sus integrantes, en el cual la propia sociedad haya “tomado parte”⁹¹ también, sin que haga falta que se *haya impuesto una pena al autor material* por dicho hecho.

Así las cosas, los presupuestos establecidos en el art. 304 del C.P. pueden ser considerados como “hechos de conexión”, según la caracterización desarrollada por Silvina BACIGALUPO. Esto es: hechos o circunstancias que permiten conectar a la sociedad con los hechos de sus representantes o de los integrantes de sus órganos de gobierno, habilitando la imputación de la persona jurídica. Así, la persona jurídica puede ser responsabilizada por un hecho realizado materialmente por sus directivos cuando aquél ha sido realizado en su nombre, o se ha beneficiado con él, o cuando *ha intervenido* en su comisión.

Con relación a este último supuesto (la “intervención”), lo relevante son aquellas conductas reguladas por el Derecho Penal en las cuales la persona jurídica aparece como la figura central de la imputación penal, y cuyos actos tienen trascendencia hacia afuera de la

89 Cfr. RUSCONI, Maximiliano A.: “Comentario a Título VII del C.P.”, en AAVV: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, T. 2 (arts. 35/78 Parte General), pág. 165.

90 Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general*, B de F, 2008, pág. 950.

91 O se haya beneficiado, o haya prestado su nombre para la realización (“en nombre de”).

empresa⁹². De allí que para poder imputar en forma directa de un delito a la persona ideal se exige que ésta realice la conducta que constituye el antecedente normativo de la sanción, lo que ocurre cuando las acciones cumplidas por sus representantes pueden ser consideradas como “voluntarias”, responsabilizando a la sociedad⁹³.

De igual manera, el requisito de la obtención de un beneficio social adquiere relevancia como criterio razonable de imputación a las personas jurídicas. Pero ello, siempre que tales ventajas sean en favor de la entidad, pues aun cuando el autor material sea un miembro competente de los órganos de dirección, que actúe dentro del giro de la empresa, si las acciones son realizadas en interés propio no son imputables a la sociedad. En otros casos, son sus dependientes quienes realizan actos ilícitos que benefician al ente, extrayéndose de esa “comunidad de intereses” la presunción de su participación criminal⁹⁴.

IV. Obstáculos dogmáticos y procesales a la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento nacional. Análisis.

Sin perjuicio de lo expuesto en los acápites anteriores, considero importante destacar que la postura que pretende negar que el legislador haya incorporado supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento parte de una premisa que resulta, a mi juicio, inexacta. Esto es: que la introducción de dichos supuestos supone un conflicto *insuperable* tanto con las garantías establecidas en la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional, como respecto de los principios fundantes del Derecho penal de corte liberal.

En efecto, se afirma que la razón fundamental de que todavía no se haya derogado el principio ‘*societas delinquere non potest*’ se debe a lo arraigado de los conceptos de acción, culpabilidad y pena impuestos por la teoría del delito, ya que desde el punto de vista penal clásico, se argumenta que la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exigen la

92 Cfr. BERRUEZO, Rafael, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pág. 43.

93 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., pág. 502 (citas omitidas).

94 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., pág. 503 (citas omitidas).

presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales⁹⁵. Siendo que, precisamente, la mayoría de las críticas provenientes de la doctrina penalista a las posturas que buscan responsabilizar penalmente a las personas jurídicas se centra en señalar que las personas de existencia ideal no tienen capacidad de acción, ni capacidad de culpabilidad, ni tampoco se cumple con el principio de personalidad de las penas al aplicarles una sanción de carácter penal a los entes de existencia ideal⁹⁶.

Esta tesis se puso de manifiesto en el voto de ZAFFARONI en “Fly Machine”, en el cual el Ministro afirmó que “...más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el ‘*nullum crimen sine conducta*’”⁹⁷. Como así también que “...la operatividad de la máxima constitucional ‘*nulla injuria sine actione*’ impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas”⁹⁸.

Sin dudas, se trata de una cuestión que se discutió y se sigue discutiendo tanto en la doctrina nacional⁹⁹ como en la extranjera¹⁰⁰. En especial, según explica Silvina

95 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., pág. 492 (citas omitidas —énfasis eliminado).

96 Cfr. HERNÁNDEZ GALARZA, F. R.: “Breves consideraciones acerca de los aportes...”, cit., pág. 623.

97 Considerando 5°.

98 Considerando 8°.

99 Ver, al respecto: BAIGÚN, David: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit.; LUGONES, Narciso J.: “Conclusiones inductivas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal especial argentina. Un tema de interés para el derecho Penal en materia ambiental.”, en *Jurisprudencia*

BACIGALUPO, en los últimos 20 o 30 años la discusión sobre el tema ha sido muy fructuosa, sobre todo, en Alemania, en donde se han efectuado distintos intentos dogmáticos para superar los problemas antes mencionados. Los caminos emprendidos en este sentido se vinculan, fundamentalmente, con una reelaboración de los conceptos de acción y culpabilidad tradicionales para su adaptación a las personas jurídicas¹⁰¹.

Algunos de estos intentos, como el de la propia Silvina BACIGALUPO¹⁰², DE LA GÁNDARA VALLEJO¹⁰³ o GARCÍA CAVERO¹⁰⁴, han tomado como punto de partida el sistema funcionalista planteado por Günther JAKOBS, autor que —inicialmente— sostenía que se debía admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero luego efectuó un cambio de postura radical sobre la cuestión, señalando que las personas jurídicas no poseen

Argentina, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, volumen: 2002-II, págs. 968 a 979; TISCORNIA, Guillermo J.: “El delito económico y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.”, En La Ley, Revista Jurídica Argentina, La Ley, Buenos Aires, volumen: 2006-D, págs. 522 a 526; LASCANO, Carlos Julio (h): “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas”, en: AAVV: *Reforma penal y política criminal: La codificación en el estado de derecho*, Ediar, Buenos Aires, 2007, págs. 343 a 376; y SPOLANSKY, Norberto Eduardo: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: AAVV: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat.*, Edisofer, Madrid, 2008, Volumen: 2, págs. 1631 a 1646; entre muchos otros.

100 Ver, al respecto: BACIGALUPO, Silvina: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en La Ley, La Ley, T. 48, Buenos Aires, 1947, págs. 1041-50; TIEDEMANN, Klaus: “Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas”, en: AAVV: *Dogmática Penal del Tercer Milenio : Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, ARA, Lima, 2008, págs. 397 a 417; SCHÜNEMANN, Bernd: “Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas”, en AAVV: *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*, Ed. Mave, Corrientes, 2009, págs. 301 a 335; CANCIO MELIÁ, Manuel: “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa”, en: AAVV: *Nuevas tendencias en política criminal: Una auditoría al Código Penal español de 1995*, B de F, Montevideo, 2006, págs. 3 a 16; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero derecho penal empresarial”, en: *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, Ed. Legis, Bogotá, Volumen: 15, págs. 5 a 34; entre otros.

101 Cfr. BACIGALUPO, Silvina: “La responsabilidad penal...”, cit., pág. 218.

102 En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, citado *Supra* (nota § 99).

103 Ver: DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz: “El sujeto del Derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas. Derecho vigente y consideraciones *de lege ferenda*”, en AAVV, *Curso de Derecho penal económico* (1ª Ed.), Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 60 y ss.

104 Ver: GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008.

autoconciencia ni son comunicativamente competentes, por lo cual no se puede aceptar que posean culpabilidad en el sentido jurídico penal¹⁰⁵.

Sin perjuicio de ello, la aparición de estos desarrollos doctrinarios, y la tendencia generalizada hacia la normativización del Derecho Penal, permiten vislumbrar la posibilidad de superar los obstáculos dogmáticos en los que se sustenta la máxima '*societas delinquere non potest*', restándole fuerza. A esto viene a añadirse la paulatina relación de la empresa en todos los ámbitos de la realidad social, que determina que aquélla máxima, reflejada en el criterio sentado en el voto minoritario en "Fly Machine", prolongue una restricción doctrinaria que ya no se ajustaría al funcionamiento social¹⁰⁶.

En tal contexto, probablemente el principal problema a resolver sea cuál de estos desarrollos doctrinarios aplicar en el ordenamiento penal argentino para fundar la posibilidad de sancionar a personas jurídicas por su intervención en delitos de lavado de activos, aduaneros o cambiarios. Ello así, toda vez que asiste razón a RUSCONI cuando destaca que en las reglas de autoría y de participación vigentes en el Código Penal argentino lo que brilla por su ausencia es un sistema de imputación dual que permita, sobre la base de un conjunto de criterios jurídicos y normativos, hacer responsable —ya en la Parte general— a un ente ideal por la comisión de un ilícito, más allá de su ejecución material por personas físicas (y de la propia imputación al ámbito de responsabilidad de este último tipo de autores)¹⁰⁷.

La ausencia de estas reglas determina que la cuestión de cómo imputar a la persona jurídica de conformidad con lo establecido —por ejemplo— en el art. 304 del C.P., quede librada exclusivamente al arbitrio de los jueces, los que en el caso concreto deberán resolver, según su propio criterio —toda vez que no existen parámetros legales en los que puedan

105 Cfr. HERNÁNDEZ GALARZA, F. R.: "Breves consideraciones acerca de los aportes...", cit., págs. 627/628 (citas omitidas).

106 Cfr. RODRÍGUEZ FONTELA, Ximena M. / MEIROVICH, Gustavo D.: "Estado de discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas...", cit., pág. 682.

107 Cfr. RUSCONI, Maximiliano A.: "Comentario a Título VII del C.P...", cit., pág. 179.

apoyarse—los distintos interrogantes que se vayan planteando. Entre estos cabe mencionar la determinación de cuándo existe una acción u omisión que puede atribuirse a la persona jurídica; cómo se establece si la persona jurídica actuó “voluntariamente” o si pudo “actuar de otra forma”; si actuó con “dolo” o “culpa”; quién o quiénes “conocieron” o “debieron conocer” para satisfacer el requisito subjetivo; cómo se sabe si la persona jurídica actuó como autora o partícipe del hecho; en base a qué criterios se gradúan las penas a imponer; qué atenuantes o agravantes se deben tener en cuenta; etc.

Sin duda, esto podría haberse evitado si el legislador, antes de introducir previsiones concretas de sanción a los entes ideales, se hubiese ocupado de establecer en la Parte General del Código Penal una serie de parámetros específicos para imputar, objetiva y subjetivamente, a las personas jurídicas por su intervención en hechos delictivos, distintos de los que se utilizan para las personas físicas.

Ello no significa, no obstante, que en ausencia de dichas reglas resulten inaplicables las disposiciones que imponen sanciones penales a las personas de existencia ideal, toda vez que —tal como apuntan RODRÍGUEZ FONTELA y MEIROVICH— en la experiencia diaria del fuero Penal Económico existen diariamente numerosas citaciones a indagatoria o presentaciones espontáneas que son legitimadas por las partes del proceso, y que nunca ocasionan planteos o agravios de índole constitucional. En la práctica habitual se observa que en ejercicio de su defensa, los representantes de las personas jurídicas sometidas a proceso no cuestionan la interpretación de las normas aduaneras o procesales, sino que generan verdaderas defensas, volcadas en planteos, excepciones, etc., que hacen valer a favor de sus representadas. Más aún, se observa que en muchas de las investigaciones, las empresas designan directamente sus abogados para la defensa directa de sus intereses, sin que —en muchos casos— sean compartidos por las personas físicas que hayan tenido intervención en su carácter de presidentes, etc.¹⁰⁸.

108 Cfr. RODRÍGUEZ FONTELA, Ximena M. / MEIROVICH, Gustavo D.: “Estado de discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, cit., pág. 672.

De todos modos, la inexistencia de reglas (no ya dogmáticas, sino procesales) específicas para el juzgamiento de las personas jurídicas es manifiesta tanto en el plano penal como en el administrativo sancionador. Ello así, desde que el Código Procesal Penal no contiene ninguna alusión a los entes colectivos, y lo mismo ocurre con Res. UIF 111/2012, en la que se regula el proceso sancionatorio ante la UIF, más allá de una alusión genérica a que los sumariados deben identificarse con su nombre o con su “razón social”.

Esto permite que surjan cuestiones que pueden eventualmente volverse problemáticas, y que debieron de igual manera haber sido previstas por el legislador antes de contemplar la posibilidad de sancionar penalmente a los entes colectivos. Entre estas, cabe mencionar el interrogante respecto a las diferencias que pueden existir entre la indagatoria que se le recibe a la persona jurídica y la que se le recibe a las personas físicas; o —más importante aún— en cuanto a quién debe representar a la persona jurídica en el juicio penal, en especial cuando existan potenciales conflictos de intereses entre el ente colectivo y sus representantes que sean, a la vez, imputados por el hecho de lavado de activos por el cual la sociedad puede ser sancionada. O bien puede preguntarse si los accionistas minoritarios pueden designar un defensor cuando el representante de la mayoría se encuentre imputado junto con la sociedad, o si —en su caso— debe asignársele a la sociedad un defensor oficial o curador.

V. Conclusiones

De lo expuesto hasta aquí se desprende, a mi juicio con claridad, que el art. 304 del C.P. ha venido a introducir en el ordenamiento penal nacional un *nuevo supuesto* de responsabilidad penal de las personas jurídicas (en este caso, por la comisión del delito de lavado de activos), que viene a sumarse a los que ya existían —por ejemplo— en el Código Aduanero y el Régimen Penal Cambiario. Como así también que las interpretaciones que niegan que las normas antes mencionadas prevean la imputación de delitos (y la imposición de sanciones penales) a los entes de existencia ideal rebasan el límite interpretativo

impuesto por el tenor literal posible de los términos empleados en la redacción de los distintos tipos penales, tergiversando de ese modo la letra expresa de la ley.

Ha quedado demostrado, asimismo, que aunque dichas interpretaciones apuntan a salvar el posible conflicto constitucional entre las normas en trato y la Constitución Nacional, cuyas disposiciones dan sustento —según la opinión de una parte importante de la doctrina— al principio '*societas delinquere non potest*', lo cierto es que dicho conflicto no puede superarse mediante el recurso de calificar a las sanciones establecidas en el art. 304 del C.P. como meras “consecuencias accesorias de la pena” de carácter administrativo. Ello, toda vez que en el ámbito administrativo rigen las mismas reglas y principios que en el penal (ya que ambos son, en esencia, similares), lo que determina que no puedan aplicarse sanciones sin que exista algún tipo de culpabilidad, como así también requieren que la persona jurídica tenga derecho a defenderse frente a la posible imposición de sanciones.

Finalmente, corresponde destacar que aparece como ineludible una reforma de la Parte General del C.P. en la cual se establezcan las reglas que deben regir la atribución de responsabilidad penal (tanto en el plano objetivo como subjetivo) a las personas jurídicas, atendiendo a las características específicas de las mismas (distinguiéndolas de las personas físicas). Como así también una modificación paralela de la normativa procesal para clarificar el modo en que deben intervenir los entes colectivos en el proceso penal y/o en el administrativo sancionador.
