

Derecho Penal y Derecho Penal Económico

Introducción

El “Derecho Penal Económico”, según se sostiene en doctrina, participa solo en parte de los principios del derecho penal y en ciertos aspectos se separa de éste. En general esa separación implica la relajación de ciertas reglas del derecho penal común. Tal separación suele justificarse en razones de política criminal, como así también en el carácter dinámico de la actividad que se intenta regular.

La existencia misma de tal rama del Derecho ha sido puesta en discusión desde antaño. Así, Soler, por un lado, ha sostenido que “...*la noción de delito económico es falsa porque no está construida sobre la noción de bien jurídico...*” frase de la que se ha concluido en que, para dicho autor “...*las acciones reprimidas por esta rama del derecho penal no son diz valiosas desde el punto de vista ético social...*”¹.

Por otro lado se dijo que “... *podemos afirmar que el derecho penal económico existe,que es una especialidad, porque tiene características propias que no son las comunes en los restantes delitos. Que ellos se verifica porque las soluciones tradicionales de la dogmática penal, si bien son aplicables en gran medida, no dan respuestas adecuadas a algunos problemas que son propios de esta rama del Derecho Penal...*”²

Este trabajo, no pretende ahondar en dicha polémica, sino que, tomando como ejemplo de los delitos económicos al régimen penal cambiario intenta, modestamente, examinar el estado actual de algunos de esos problemas a los que se aludiera. En ese sentido se prestará atención a tres cuestiones: el principio de legalidad; la inversión de onus probandi; y la autoría.-

El Derecho Penal Económico y el Régimen Penal Cambiario.

1 Righi, Esteban J.A.; “Derecho Penal Económico”. El autor cita a Soler, Sebastian, en su exposición en las primeras jornadas nacionales de derecho de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, publicado en el diario “La Razón” el 8 de octubre de 1964.-

2 Righi, Esteban J.A.; op. Cit.

En la doctrina jurídico penal se reconoce la existencia de un derecho penal económico al que se ha caracterizado como *“los comportamientos descriptos 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.”*³

Así también se ha dicho que el derecho penal económico está determinado por la serie de normas destinadas a tutelar la actividad interventora del Estado en la economía.⁴ Entre los autores que proponen esta distinción se encuentra, entre otros Righi, quien sostiene que el Derecho Penal Económico se trata de una especialidad del Derecho Penal que en gran medida encuentra solución en la dogmática general de éste, pero que además requiere soluciones no prevista por dicha dogmática, en función de características especiales de los delitos de ésta clase.⁵

La dogmática jurídico penal recurrió a la distinción del **bien jurídico tutelado** para establecer una categoría de delitos económico, entendiéndolo como una conducta que sea capaz de poner en peligro la vida económica como orden general⁶.

Desde esta óptica se pretende establecer una diferencia entre la comisión de un delito de estafa o hurto y ataques contra el orden económico entendido como un bien jurídico no individual.

Se ha intentado, de un aspecto sociológico, establecer una distinción entre la delincuencia penal económica y la delincuencia “común”, sosteniéndose *“que mientras que al delincuente contra la propiedad suele considerársele un marginado y como un problema individual frente al orden social, el delincuente económico por el contrario ni es marginado ni se enfrenta individualmente contra el sistema, al que por otra parte, pertenece. En efecto los delincuentes pertenecientes a grupos socioeconómicos*

3 Gerscovich, Carlos A. “Derecho Económico, Cambiario y Penal” pags. 290; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires; 2006.-

4 Molinas, Fernando H. “Delitos de Cuello Blanco en la Argentina” citado por Gerscovich en op. cit.

5 Righi, Esteban; “los Delitos Económicos” Ed. Ad Hoc; pags. 41; Buenos Aires; 2000.-

6 Lo hace así Klaus Tiedemann en Poder Económico y Delito, citado por Gerscovich en la obra de referencia.

superiores no son marginados, sino aceptados y tolerados.”⁷

Este último argumento a mi juicio, lejos de establecer la especificidad de esta rama del derecho penal, explicita la curiosa tolerancia que las sociedades muestran ante determinada categoría de delitos, más sofisticados, más alejados de otras formas de criminalidad más básicas.-

Dentro del derecho Penal Económico podemos encontrar, entre otros, delitos Aduaneros; Fiscales y delitos Cambiarios.-

El Regimen Penal Cambiario, se erige a los efectos de proteger la regulación del mercado de cambios. El Régimen Penal Cambiario no se compone ni es solamente constitutivo del control de cambios, y que se compone del “conjunto de normas de Derecho Público y naturaleza penal que tipifican las conductas ilícitas y prevén las responsabilidades en relación a los sujetos que intervienen en operaciones cambiarias.” Dicho Régimen se integra con la Ley Penal Cambiaria; con el Código Penal y el Procesal Penal.⁸

El bien jurídico que protege el régimen penal cambiario en forma genérica es **el control de cambios**.

Como se adelantara, se sostiene que el Derecho Penal Económico en general, no participa enteramente del Derecho Penal Común. Así se ha dicho que el derecho penal económico no responde exactamente a los conceptos y principios básicos, ni a la mecánica de funcionamiento del derecho Penal Común⁹.

En este punto, la presentación abordará la distinción que se ha formulado, en especial en relación al principio de Legalidad, y mas especialmente en cuanto a la tipicidad. Es en base a estas consideraciones que se ha sostenido como válidos los tipos penales en Blanco.

El principio de legalidad en materia penal cambiaria. Las leyes penales en blanco:

Para la doctrina en general las leyes penales en blanco son preceptos penales principales que excepcionalmente no expresan

7 Gerscovich, Carlos, op. Cit.

8 Gerscovich, op. Cit, pags. 325

9 Gerscovich, op cit pags. 307.

completamente los elementos específicos del supuesto de hecho que describe totalmente la conducta reprimida, sino que remiten a otro u otros preceptos y o autoridades que complementen la determinación¹⁰.

Se suele citar como ejemplo, además de las normas de derecho económico y fiscal; el caso de la tenencia de estupefacientes, regulado por la Ley 23.737, según la cual, las sustancias estupefacientes son publicadas por un listado que luego elabora el poder ejecutivo.

En relación a éste tipo de normas, el dolo debe extenderse también a la norma de complemento. En tal sentido “*en el delito fiscal, el conocimiento de la pretensión tributaria pertenece al dolo, no bastando el sólo conocimiento del procedimiento que desencadena la pretensión*”¹¹

Jurisprudencialmente, se ha justificado el dictado de normas penales en blanco con el argumento de que tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables, que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación que tendrán en los hechos no puede juzgarse inválido en principio el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida¹².

En el caso Arpemar la Corte dijo que la materia cambiaría al igual que otras formas de actividad económica presenta contornos o aspectos peculiares distintos y variables que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrán en los hechos por lo que una vez establecida la política legislativa no resulta irrazonable el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias al órgano ejecutivo.-

En ese sentido se ha dicho que no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándola sobre ella, debiéndose distinguir entre la delegación de poder para hacer una ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin

10 Mir Puig, Santiago; Derecho Penal, Parte General, 5ta Edición; pags. 35; Barcelona; 1998.-

11 Jakobs, Gunther; Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación; 2da Edición; pags. 346; Editorial Marcial Pons; Madrid, 1997

12 (CSJN “Carmelo Practico”)

de reglamentar los pormenores o detalles para la ejecución de aquella¹³.

Ahora bien, como se ve, la conformación prácticamente constante de los delitos económicos mediante el método legislativo de “ley en blanco”, no parece en principio vulnerar el principio de legalidad, siempre y cuando, el ámbito sobre el cual recae la remisión a la norma de complemento esté suficientemente determinado.-

La formulación del Régimen Penal Cambiario en su totalidad en base a normas que remiten a otra de complemento genera la existencia de planteos en base a la violación del principio de Legalidad. Ya vimos que resulta admisible la utilización de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal remite, resultando así salvaguardada la función del “tipo garantía”

Se ha dicho que “...es admisible la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco siempre que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite.”¹⁴

Para concluir en ello, no hace falta, afirmar la existencia de una rama específica del derecho penal con caracteres específicos.

Sin embargo, la implicancias de estos caracteres específicos de las normas que se analizan, si han sido tenidas en cuenta, en su momento, para minimizar el alcance de la aplicación de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, como se verá luego.

En definitiva, que se acepte como método legislativo el dictado de una ley marco que prohíba, por ejemplo, la liquidación de divisas extranjeras provenientes de operaciones de comercio exterior por fuera de los mecanismos y lugares que la autoridad administrativa establezca, no implica que las modificaciones de la ley de complemento, que por ejemplo luego habilite mecanismos de negociación que antes prohibía, no deban tener las

13 Fallos 315:908, citado por Conti y Freedman en “El principio de legalidad en el régimen penal cambiario” publicado para las Jornadas sobre Regimen Penal Cambiario, desarrolladas por el B.C.R.A. entre los días 10 y 12 de agosto de 2009.

14 Cita del Tribunal Constitucional de España hecha por Conti y Freedman en op. Cit.

consecuencias que normalmente conllevan la derogación o atenuación de una norma penal de derecho “común”. Ello así porque, si la aplicación de la ley penal más benigna reconoce como fundamento la innecesariedad de sancionar con pena, conductas que al momento de la sentencia dejaron de ser consideradas disvaliosas por la sociedad, esto mismo ocurre cuando la modificación proviene de una norma complementaria al tipo, en la medida en que ambos casos varía la apreciación ontológica de la acción en estudio-

En torno a esto, la jurisprudencia ha variado a lo largo del tiempo, recogiendo recientemente la postura que aquí se postula.

Veamos.

En el caso ARGENFLORA¹⁵, se discutió la aplicación de una ley penal más benigna porque al momento del fallo se había derogado la obligaciones de negociar e ingresar divisas en el mercado oficial de cambios. La Corte Suprema allí sostuvo que las variaciones de la ley extra penal que complementa la ley penal en blanco no da lugar a la aplicación de la ley penal más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable.

Se dijo además que si se aplica indiscriminadamente el principio de retroactividad de la ley penal más benigna del artículo 2 del Código Penal se despojaría a priori de toda eficacia de este tipo de normas puesto que, dado el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico, se desactualizarían rápidamente las disposiciones que intentaban protegerlo.

En relación a la modificación reglamentaria se dijo que se mantuvo la incriminación legal. *Así, se produjo la subsistencia del tipo penal más allá de la situación fáctica que motivó la reglamentación complementaria*, lo que indica claramente que en el caso no se configura un supuesto en el que pueda resultar de aplicación una ley más benigna que la vigente en el momento que se cometieron los hechos. Ello porque no fue dictada una nueva norma que desincriminara esa conducta o redujera las penas previstas. De ello se sigue que la Corte Suprema interpretó que en este caso no era aplicable el principio de retroactividad de la Ley penal más benigna, porque no se produjo una desincriminación de la conducta.

15 Fallos 320:763

Durante el año 2006 se dictó el fallo CRISTALUX, allí se discutió una cuestión análoga a la ya vista en ARGENFLORA. El Banco central instruyó sumario respecto a una sociedad y sus directivos imputando la omisión de ingresar y negociar en el mercado único de cambios en tiempo propio el contravalor en divisas de diversas exportaciones de productos de vidrio entre los años 1982 y 1991.

La sentencia de primera instancia dispuso la absolución al declarar prescripta la acción penal con relación a la casi totalidad de las infracciones imputadas a excepción de una respecto de la cual aplicó el decreto 530/91, que por ser la ley penal más benigna. Mediante dicho decreto se derogaba la obligación de negociar las divisas en el mercado único de cambios. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia en aplicación de la doctrina que la corte sentó en ARGENFLORA.

La Corte admitió el recurso y dejó sin efecto la sentencia. Lo hizo en aplicación del voto del doctor Petracchi en AYERZA¹⁶.

En este último fallo el primer voto en disidencia sostuvo que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna tenía jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, y que debe ser aplicado a las leyes penales en blanco. De ello se sigue que sólo puede admitirse la ultraactividad de la ley penal en las leyes temporales o de emergencia. La disidencia de Petracchi parte de esta premisa y sostuvo que la modificación introducida por el decreto 530/91 introdujo una considerable ampliación de la esfera de libertad de comportamiento en el campo del tráfico exterior de divisas y la revocación del concreto fin de protección al que respondía el sistema de clausura dado por el decreto 2581/64, razón por la cual la modificación cae con relación al imputado en el ámbito de aplicación directa de la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna. En definitiva se sostiene que el giro de divisas reprimido por aplicación del artículo 1 de la Ley 19.359 ha dejado de estar prohibido y por ello debe beneficiarse al imputado.

Sostiene que el régimen cambiario del decreto 2581/64 no tuvo carácter temporario o eminentemente variable razón por la cual su modificación por el decreto 530/91 importó mucho más que la mera alteración de elementos circunstanciales.

16 Fallos 321:824

No puede pretenderse que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía de la ley penal más benigna, ya que de otro modo el camino de una interpretación amplia de ésta última, supuesta en el propósito de que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquiera modificaciones ulteriores de la legislación, se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular que podría revelar arbitrarios.-

En definitiva, Cristalux sostuvo que la modificación de la norma reglamentaria *importó mucho más que la alteración de elementos circunstanciales*. Ello implicaría que si la modificación se ciñe a elementos circunstanciales, tal aplicación retroactiva no sería posible.

Como corolario de lo que se viene sosteniendo, pareciera entonces que puede concluirse en que la aplicación de la retroactividad de la ley penal más benigna debe tener lugar, pero no corresponde prever una aplicación general o automática, puesto que la misma será procedente siempre que la modificación no sea de elementos circunstanciales y no implique algún tipo de valoración.

¿Que pasa, entonces, en los casos de que la modificación de la norma de complemento, sólo se refiere al plazo en que resulta obligatorio liquidar las divisas provenientes de operaciones de comercio exterior?

Las disposiciones de plazo tienen por objeto regular el mercado de cambio, evitando la especulación de la liquidación en función de la cotización del tipo de cambio.

En principio se puede pensar que, siendo el plazo una cuestión circunstancial, la variación del mismo en función de la coyuntura del mercado cambiario no podría dar lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna.

En abril de 2008, y con posterioridad a Cristalux, la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico tuvo que fallar en el caso *DOCUPRINT*. Allí se impuso una pena de multa a una sociedad anónima y a su presidente por infracción a ley penal cambiaria. La norma Penal Cambiaria se intergró en el caso con las disposiciones de los decretos 1606/01 1638/01 y las comunicaciones A 3473 y 3590 del BCRA. Una de ellas fue liquidada fuera de término. La sala A, con voto del doctor Repetto, sostuvo que *si bien existen normas posteriores estas solo modificaron los plazos y no el tipo penal*

y las penas a aplicar. Se hizo incapié en que las nuevas normas se encontraban reglamentadas por la comunicación B 7997 del BCRA que determinó que los nuevos plazos se aplican a las operaciones de exportación embarcadas a partir de la vigencia de la mencionada resolución, como así también a las anteriores que no se encontraran vencidas al momento de la publicación. Por ello confirmó la condena reduciendo la pena.-

La CSJN revocó el fallo sosteniendo que la cuestión planteada es análoga a la examinada y resuelta por el Tribunal en los Autos Cristalux.-

De ello se sigue que la doctrina del citado fallo es aplicable tanto a la desincriminación de conductas por la derogación de la prohibición, como a los casos de extensión del plazo para proceder a la liquidación de las divisas. No existe habida cuenta de los fallos citados, ningún motivo para excluir tampoco los casos de ampliación de monto.-

Lo que se sigue de esto es que aquellos principios que se juzgaban privativos del derecho penal económico y en función de los cuales se permitía una mayor laxitud en la aplicación de garantías constitucionales que no admitirían discusión en otras áreas del derecho penal se han puesto en crisis, y en definitiva las cuestiones planteadas encuentran su respuesta dentro de institutos propios del derecho penal sin recurrir a teorías especialmente edificadas para justificar determinado accionar estatal.-

Inversión del Onus Probandi:

De antiguo se solía sostener que dado el carácter formal de las infracciones cambiarias, en éstas la culpabilidad se presume estando a cargo de los imputados la carga de la prueba que los exima de culpabilidad. Así Gerscovich cita la causa Banco Tornquist de 1977 en donde se había expresado que las medidas de la ley cambiaria integran un sistema represivo formal que si no llega a consagrar la responsabilidad sin culpa la presupone obligando al infractor a probar su inocencia. Vigente ya la actual ley se ha sostenido que “... *aceptado que indicios y presunciones graves, precisas y concordantes constituyen prueba de un delito no hay óbice constitucional para que sea el legislador el que suministre pautas objetivas para establecer en que casos podrán tenerse por acreditados ciertos aspectos de la conducta*”

ilícita mediante presunciones, siempre que estas se sustenten razonablemente en las circunstancias fácticas contempladas en la Ley... ”¹⁷.

Así la inversión de la carga probatoria debe entenderse en cada caso, como la necesidad de acreditar que los argumentos de defensa tienen visos de seriedad suficiente para desvirtuar la prueba de cargo.

A nuestro juicio, el caso en el que más claramente se nota ello, se relaciona, nuevamente con la obligatoriedad del ingreso de divisas, que deviene de la existencia de un contrato de venta al exterior siendo el exportador el más interesado en recibir el pago de los productos vendidos. Y por tanto quien debe activar el ingreso de las divisas correspondientes.

Las normas de complemento establecen un deber jurídico consistente en la obligación de realizar las gestiones necesarias tendientes al ingreso de las divisas correspondientes.

Lo que genera la ley, a mi juicio, no es un deber de *diligencia exigible al hombre de negocios*, sino que se asume dicha diligencia como práctica de uso, y en función de dicha práctica se establece una presunción de negociación clandestina, que para superar la crítica constitucional, debe admitir prueba en contrario. Esto no quiere decir que estén prohibidas la liberalidades, pero la misma deberá ser acreditada fehacientemente.-

En el caso SURREY se consideró que la obligatoriedad de ingresar al país el contravalor de toda exportación se refiere a la obligación que se tiene con relación al cobro del crédito no pudiendo sostenerse que sea aplicable cuando la falta de ingreso se produce por el incumplimiento de las obligaciones del deudor que impide cumplir al exportador a su vez con sus deberes al respecto. En tal caso lo contrario importaría responsabilizar al imputado por la actividad de un tercero ajeno a su voluntad.

El reproche de la falta de diligencia habiéndose acreditado la existencia de tramitaciones para solucionar el problema resulta ser vago e impreciso para fundar una condena¹⁸.

La mayor o menor diligencia resulta ser un concepto subjetivo de valor ante una condena, librado a la debida valoración de las circunstancias del caso, y a la absoluta discrecionalidad del que lo aprecia. De la invocada

17 Gerscovich, Carlos; op. Cit. Pags. 337

18 idem.

inversión de la carga de la prueba no puede inferirse la posibilidad de obligar al procesado a demostrar la falsedad de cualquier imputación que se le haga cuando las defensas que se alegan tienen visos de seriedad suficiente.-

En definitiva lo que sucede es que la omisión de ingresar divisas por parte del exportador constituye una presunción *iuris tantum* de la negociación clandestina de las mismas (Sala “ CPEN “Ediciones Contabilidad Moderna”) Del mismo modo se ha sostenido que pesa sobre el exportador la responsabilidad de activar en forma diligente el cobro de las mercaderías negociadas y el consiguiente ingreso de las divisas, y que la omisión de ingreso del valor de la exportación juega como una presunción *iuris tantum* y solo puede ser destruida mediante prueba a cargo del responsable. (sala 2 “Avila Juan).

Así, contrariamente a lo que se sostiene en algunos foros *no existe un deber de diligencia de los exportadores en el sentido de realizar las gestiones necesarias para obtener el ingreso de divisas (voto de Hendler en el caso “construcciones metalúrgicas Zanella SRL)*. La omisión de negociar divisas por parte de un exportador constituye una presunción de negociación clandestina susceptible de prueba en contrario y estando implícitamente admitido que el exportador no percibió los importes que fueron denunciados por los respectivos operadores como no negociados en el mercado cambiario queda descartado que haya habido negociación alguna tratándose solo de la infracción a un deber de diligencia que no existe.

Mas aún se ha dicho que los deberes de ingresar y negociar divisas no se tratan de deberes absolutos sino condicionados al hecho de la percepción del valor de las mercaderías vendidas en el extranjero, de manera tal que la sola omisión constituye una presunción razonable de negociación clandestina *presunción basada en la experiencia y que justifica el castigo de quien no demuestre lo contrario* (CPECON Sala 2 Davidzon) Recientemente se ha dicho que *“la interpretación de las reglamentaciones con que se integra la ley penal en blanco en el sentido de que con ellas se impone un deber de diligencia y cuidado a los exportadores excede el marco de lo estrictamente cambiario y resulta en consecuencia inadmisibile en nuestro sistema constitucional”*.-

Es cierto que esto no es pacífico. La sala B de la CNPECON a sostenido

en un caso de falta de liquidación que “*como regla general en materia infraccional cambiaria, cuando se verifica la materialidad de una infracción de aquella especie la culpabilidad se presume, estando a cargo del imputado la carga de la prueba que lo exima de responsabilidad (Sala B “El Benteveo S.A.” 24/2/2010)*”. Mas aún se dijo que en los casos de hechos ilícitos contemplados por la ley 19.359 está a cargo de los imputados la demostración de las razones exculpatorias que aleguen,. Tal doctrina no importa en modo alguno dejar a un lado el principio de presunción de inocencia que tiene vigencia en materia penal, por el contrario el alcance que a ella corresponde dar es el de entender que quien frente a esta conducta, que se tiene por cierta, invoca la concurrencia de circunstancias o causales de excepción merced a las cuales se sustraería a la sanción penal, debe demostrarlas, lo que es muy distinto a que el sospechado prueba su inocencia o la falsedad de la imputación.-

Responsabilidad Penal de Personas Físicas y Jurídicas.

En relación a la atribución de responsabilidad, el artículo 2 inciso f de la ley penal cambiaria establece que cuando el hecho hubiese sido cometido por los *directores, representantes legales, mandatarios, gerentes síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin*, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal será también sancionada.- De esta redacción se ha seguido que en primer lugar se establece una responsabilidad penal de personas físicas, para lo cual debe acreditarse que el sujeto activo ha actuado en una operación de cambio, en contrario a las disposiciones legales, y que lo haya hecho a título doloso.

Esta norma ha generado un intenso debate respecto a si la responsabilidad de la persona jurídica es o no de naturaleza penal y si así fuera si no se viola el principio de culpabilidad conforme al cual solo puede sancionarse a quien realiza la acción típica quedando vedada la extensión de responsabilidad refleja hacia terceros que no tienen vinculación directa con el ilícito.

Ahora, se ha señalado que las potenciales violaciones al principio de culpabilidad no son patrimonio de la cuestión relativa a las personas de existencia ideal sino que también puede presentarse cuando se imputa a una persona en función de su posición institucional sin prueba de una efectiva participación en el hecho punible.-

En tal sentido si la acusación solo se dirige a quienes ocupan determinado lugar en el organigrama de la empresa, en función de esa posición institucional, se produce una inversión tal de la carga de la prueba que puede ser objeto de críticas constitucionales.

Desde la normativa interna del BCRA se refiere al poder de decisión dentro de cada empresa como una pauta a tener en cuenta a los efectos de formular imputaciones . Se ha planteado *“que un criterio amplio conduciría a la conclusión de que todas aquellas personas que ostentan un cargo jerárquico tienen poder de decisión sobre cualquier acto que realicen las personas a ellas subordinadas. Uno restrictivo podría derivar en que nunca se pueda sancionar a los responsables jerárquicos quedando las sanciones reservadas a empleados que suelen estar a cargo de la ejecución de los actos pasibles de configurar un ilícito cambiario.”*¹⁹

Todo esto, mas allá de que la noción poder de decisión tiene alguna simetría con el concepto de dominio del hecho establecido en las teorías de la autoría penal.

Recuerdese que la teoría el dominio del hecho sostiene que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el contro final del hecho²⁰. Se requiere además una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. En este sentido según Jescheck *“es coautor quien realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho) aunque su aporte no sea un acto típico en sentido estricto pero participando en todo caso de la común resolución delictiva.”*²¹ Una forma de establecer en que consiste el dominio del hecho es entender que concurre en el sujeto el

19 Saravia, Bernardo y Mazzinghi, Marcos “la aplicación de los principios generales del derecho penal a la materia penal cambiaria. El fallo Cristalux” publicado para las Jornadas sobre Régimen Penal Cambiario citadas.

20 Mir Puig, Santiago; op. Cit., pags. 365

21 idem.

pode de interrumpir la realización del tipo, algo que sin duda concurre respecto del gerente que se encuentra en conocimiento de la negociación clandestina de divisas.-

Existe cierta fundamentación que alude a la “culpa in vigilando” de los miembros de la persona jurídica.-

En función de esta idea cuando se verifica la falta de ingreso de divisas provenientes de exportaciones, los gerentes, por ejemplo para ser imputables, deben haber dejado de hacer algo que fuera exigibles según sus deberes societarios. Es necesario, a partir de la participación de una operación cambiaria, establecer que recaudos se tomaron. La intervención de la que habla la ley puede ser omisiva. De hecho se establece que la multa se haga efectiva sobre los patrimonios particulares de las personas que menciona y que hubiesen intervenido en el hecho punible.-

En definitiva parece existir una posición de garante que surge de la posición institucional que ocupan las personas que son nombradas por la Ley y que serán imputables cuando el hecho se verifique con la participación activa de alguno de ellos o con la omisión de ejecutar deberes tendientes a evitar el resultado típico.-

En relación a las personas jurídicas aparece la discusión acerca del “societas delinquere non potest” o “societas delinquere potest”. Quienes sostienen que las personas jurídicas no son susceptibles de ser responsabilizadas penalmente, en síntesis se han basado en la imposibilidad de estas de realizar acciones y de tener una relación psicológica con el hecho. Es decir, entendiendo al delito como acción, típica, antijurídica y culpable, el primer elemento de la teoría del delito no puede verse satisfecho.

Así Zaffaroni sostiene que la falta de capacidad de actuar de los entes jurídicos es el principal fundamento por el cual estas no pueden ser consideradas como autores de un delito. Su motivación es que para los mismos puedan expresarse necesitan recurrir y servirse de acciones humanas, de lo que deduce la falta de capacidad de acción propia. Soler sostenía que nada es tan específicamente humano como la capacidad de hacer y crear cosas sirviéndose de los elementos naturales, de fuerzas externas y de la propia acción. De la misma manera Roxin señala que una persona de existencia ideal no puede delinquir porque para él la acción es una manifestación de la

personalidad. Al carecer de una sustancia psíquico espiritual, los entes colectivos no pueden manifestarse a si mismo y deben recurrir a órganos humanos que actúen en su representación, siendo a éstos a quienes se debe penar y no a la persona de existencia ideal²².

El otro argumento rodea la falta de capacidad de culpabilidad.

Así se sostiene que la teoría psicológica de la culpabilidad, que se basa en la existencia de una relación psicológica entre el autor y su hecho no puede verificarse en las personas jurídicas, ya que estas no son susceptibles de psicología alguna. También se ha sostenido, que no puede predicarse la culpabilidad de las personas jurídicas desde una teoría que entienda a la culpabilidad como reprochabilidad, puesto que el reproche esta compuesto por la autodeterminación, moral, libre y responsable del ser humano, capaz para decidirse por el derecho y contra del injusto.-

Por el otro lado, quienes sustentan que es posible responsabilizar penalmente a las personas jurídicas sostienen, como lo hace Hirsch que la acción penal relevante a los efectos es la que realiza el órgano de la persona jurídica en el marco de sus competencias y por lo tanto, ostentando su representación.

Hirsch sostiene que las personas jurídicas pueden vulnerar normas porque son destinatarias de normas jurídicas. Sostiene que existe una aceptación social de la culpabilidad de las personas jurídicas cuando se hacen reproches éticos por ejemplo por daños belicos a tal Estado o tal empresa.-²³

En un antiguo trabajo sostuve que no se puede sostener que la culpabilidad este configurada por la relación psicológica entre el autor y su hecho, puesto que en la culpa inconsciente no existe esta relación y sin embargo se predica de todos modos la culpabilidad del autor.

Tampoco puede sostenerse exclusivamente la culpabilidad erigida solo sobre el libre albedrío del autor, concepto por cierto de imposible verificación empírica, que persigue el desvaloramiento del individuo. Si lo que se persigue es el aseguramiento social, de lo que debe tratar la culpabilidad es de si del autor tiene una alternativa de organización preferible en general y será responsable cuando tenga libertad de adecuar la organización de su actuación

22 Roxin, Claus; citado en Fellini, Zulita “Temas de Derecho Penal Económico” Tomo I, pags. 167; Ed. Grun; Buenos Aires; 2004.-

23 Fellini, Zulita, op. Cit.

de manera esperada normativamente.

La libertad aquí juega el papel de la posibilidad de evitar la injerencia de terceros en su organización. Así conceptualizada, las personas jurídicas son capaces de culpabilidad.-

Claro que se han propuesto modelos específicos. Así Baigun establece una categoría denominada “acción institucional” que concibe a la acción de la persona jurídica como producto de una decisión institucional que se basa en una decisión normativa y categoriza la responsabilidad social²⁴.-

Silvina Bacigalupo redefine el concepto de sujeto de derecho penal. Así define la acción ya no como un comportamiento humano y voluntario, sino como comportamiento exterior evitable, desde la organización de la actividad exterior. Desde el funcionalismo la persona es entendida como un subsistema que actúa en la sociedad. La acción no es entendida como expresión de voluntad final sino como comportamiento jurídicamente relevante en el ámbito comunicativo. El concepto de culpabilidad puede ser reconsiderado como imputación a la persona jurídica sobre la base que este ente como las personas naturales es capaz de desarrollar normalidad motivacional, y será imputado en tanto tenga libertad para adecuar su comportamiento al esperado normativamente. Dicha libertad esta determinada por la posibilidad de rechazar la intervención de terceros dentro de su ámbito de gobierno²⁵.-

También se intentó fundamentar la responsabilidad de personas jurídicas mediante sistemas de atribución por el hecho de otro por el cual se debe responder. Así se ha sostenido que la responsabilidad pasa a la persona jurídica mediante una transferencia a esta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cima de la organización (órganos o representantes).

El hecho se transfiere a la persona jurídica por considerarse que los actos de sus órganos son también actos de la persona jurídica (teoría del órgano). Se ha advertido como crítica que este sistema no fundamenta satisfactoriamente como autoriza la sanción al órgano y a la persona jurídica por un único hecho. También puede pensarse que implica una clara la violación al principio de culpabilidad. Además se presentan las siguientes

24 Baigún, David; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, pags. 11, Editorial Depalma; Buenos Aires, 2000.-

25 Bacigalupo, Silvina, citada por Fellini, Zulita en op. Cit., pags. 291.

críticas: 1) Cuando el hecho lo realiza una persona física de rango inferior de manera tal que no puede comprometer la voluntad societaria. 2) Cuando no se identifica a ninguna persona física como autora del hecho. 3) cuando la persona física actuó de manera inculpable.

En los modelos de responsabilidad por defecto de organización la responsabilidad es directamente atribuida a la persona jurídica. Así que la responsabilidad surge de la estructuración anómica de la propia organización. Existe un deber de vigilancia de los órganos. Se ha establecido una responsabilidad por una culpa in vigilando de los estamentos responsables de la persona jurídica.-

Esta es la idea que como se vió, se utiliza para fundamentar la responsabilidad de ciertas personas físicas, saliendo así de la eventualidad de una responsabilidad objetiva.

Sobre esta idea se ha sostenido en la doctrina nacional que existe un delito impropio de omisión.

Veamos. Según cierta doctrina nacional para que la responsabilidad penal cambiaria sea atribuible al ente se requiere, además la individualización de una persona física que habiendo actuado en las condiciones descriptas se encuadre entre las que taxativamente determina la ley como las únicas cuyas conductas son susceptibles de comprometer en la materia a la persona jurídica.

Se exige además que la actuación haya tenido lugar con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulta cumplido en nombre con la ayuda o en beneficio de la persona ideal.

Ahora bien, cuando esto se verifica, la persona jurídica es responsable, y lo es, entiendo, por su propio hecho, en función de los defectos de organización.-

La jurisprudencia

En julio de 2006, se dictó el fallo Fly Machine (CSJN). Se trató de un recurso extraordinario contra la nulidad parcial del requerimiento del elevación a juicio respecto de contrabando agravado, en relación a la persona

jurídica, sobre la base de que la misma no puede ser enjuiciada. El tribunal declaró mal concedido el recurso sin adentrarse en el fondo. El voto separado del doctor Zaffaroni sostuvo que las personas jurídicas no pueden ser responsabilizadas penalmente porque existe una imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad en tanto no es factible la alternativa de exigirles un comportamiento diferente al injusto —dada su incapacidad de acción y de autodeterminación—, negando así la base mínima del juicio de reproche. (Del voto en disidencia del doctor Zaffaroni).

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 está condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se descata el *nullum crimen sine conducta*. (Del voto en disidencia del doctor Zaffaroni).

No obstante dicho fallo existe una gran cantidad de precedentes jurisprudenciales que avalan la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, en el caso *Arriete Fernando y otros*, la sala B de la CPECon se sostuvo que es posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas sobre la base de la realización del hecho presuntamente delictivo por parte de alguna persona física que ostente el carácter de órgano societario de la persona de existencia ideal y por resultar ésta beneficiara del delito investigado.

La participación de una persona de existencia ideal en un hecho delictivo en el caso *contrabando de estupefacientes*, se fundamenta en la imputación de un quehacer específico al ente como consecuencia de concluir que determinada actividad llevada a cabo materialmente por una persona física pertenece a la persona jurídica.-

En el caso *Vitale* se planteo una situación que merece atención. Los gerentes de sucursales fueron imputados por haber realizado varias ventas de dólares, cuyo tope se había fijado en la reglamentación en 10.000 unidades. Ninguno de ellos había excedido el tope para la maniobra en conjunto si. Se le imputó a todos los gerentes y al Banco Frances. La Sala A sostuvo que al haberse fraccional las adquisiciones hechas por cada persona cada fracción estaba entro del límite permitido por la reglamentación, no contraviéndose sus

explicaciones en relación a que cada venta fue legítima, por lo que revocó la condena a las personas físicas. Pero confirmó la condena a la sociedad anónima, Banco Central, dado que distintas sucursales del Banco celebraron ventas de cambio excediendo el límite de diez mil dólares por persona al haber fraccionado las adquisiciones hechas por cada persona de manera que cada fracción estuviera dentro del límite permitido por la reglamentación.-

Lo curioso del caso es que se condenó a la persona jurídica sin que hubiera personas físicas responsabilizadas.-

A modo de conclusión

Se han repasado ciertos aspectos del Régimen Penal Cambiario, cuya resolución, tradicionalmente, implicaban apartamientos de las normas de Derecho Penal Común. En cuanto a la aplicación del principio de benignidad a las normas penales en blanco, se vio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha variado su posición, plasmando la receptación de tal manda a los casos de variaciones de la norma de complemento, restando aún establecer cual es el límite de tal aplicación.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, la cuestión es aún debatida, pero puede establecerse que tal presunción, en cuanto se la conciba como susceptible de admitir prueba en contrario, supera las críticas constitucionales que pueden formularsele.

En relación a la cuestión de la responsabilidad penal de los integrantes de las personas jurídicas y de éstas en particular, la discusión aún persiste. A mi juicio, la respuesta a estos interrogantes puede encontrarse dentro de las concepciones de la dogmática jurídico penal, sin recurrir a teorías especiales, que por lo general, propugnan soluciones que pueden entrar en colisión con el principio de culpabilidad de acto.-

En efecto, ya sea que se recurra a las teorías del dominio del hecho y de la voluntad, como así también a aquellas que permiten responsabilizar a las personas jurídicas sobre la base de una reconceptualización de las categorías dogmáticas tradicionales, lo cierto es que siempre un análisis de este tipo exigirá la efectiva comprobación de un aporte concreto o una conducta en particular a partir de la cual erigir el juicio

de reproche, y aún cuando dicho extremo pueda estimarse comprobado a raíz de la infracción de un deber determinado (lo que lleva la discusión al campo de la apreciación de la prueba), ello debe ser fundamentado suficientemente.-