

Derecho Penal

AÑO II NÚMERO 4

Delitos Económicos

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar



Ministerio de

Justicia y Derechos Humanos

Presidencia de la Nación



AÑO II - NÚMERO 4

Derecho Penal

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA

JURÍDICO LEGAL

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-7558
Revista Derecho Penal
Año II - N° 4 - Abril 2013
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.
Directora: María Paula Pontoriero
Directores Editoriales: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Penal y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alejandro Alagia - Javier De Luca
Alejandro Slokar

Directores

Ernesto Kreplak - Franco Picardi
Rodolfo Tailhade - Renato Vannelli Viel

Secretarios de Redacción

Mariela Barresi - Francisco Figueroa
María Ángeles Ramos - Carlos Christian Sueiro

Colaboradores

Diego García Yomha - Juan Pablo Iriarte
Santiago Martínez- Nahuel Martín Perlinger

Colaboradores
Sección Organización Judicial

Consejo Académico

Eduardo Aguirre
Ricardo Álvarez
Gustavo Bergesio
Alberto Binder
Cristian Cabral
Carlos Caramuti
Mariano Ciafardini
María Graciela Cortázar
Carlos Cruz
Martín Degoumois
Gabriel Di Giulio
Daniel Erbetta
Martín García Díaz
Adriana Gigena de Haar
Edmundo Hélder
Lucila Larrandart
Stella Maris Martínez
Luis Niño
Carlos Ochoa
Omar Palermo
Lucila Pampillo
Daniel Pastor
Jorge Perano
Alfredo Pérez Galimberti
Marcelo Riquert
Norberto Spolansky
Fernando Valsangiacomo Blanco
Gustavo Vitale
Raúl Zaffaroni

Editorial

Los lectores se encontrarán aquí una buena muestra del estado actual de las discusiones y temas fundamentales de los llamados delitos económicos.

La concreción legal del amplio espectro que estos delitos comprenden, siempre ha sido de difícil entrada en el horizonte de los penalistas, porque aparecen bienes jurídicos colectivos y diferentes formas de afectación que se alejan del núcleo individual y de lesión de las figuras tradicionales.

Por otra parte, la imagen del Estado poderoso que esquilma a los ciudadanos se ha ido transformando en una verdad relativa porque la corrupción no proviene solamente del sistema público sino de los particulares —que logran, inclusive, desviar las políticas de gobierno o conformarlas a su propia medida—. Los Estados ya no tienen el poder de otrora y son los grandes grupos económicos transnacionales quienes cuentan con mayores elementos para realizar conductas que producen daños masivos y una creciente desigualdad en la distribución de la riqueza; todo ello, con total impunidad.

Por otra parte, asistimos a un fenómeno novedoso, derivado de los últimos años de globalización mundial, que generó un incremento de la reglamentación de un sinfín de actividades económicas y financieras con el propósito de uniformar políticas, lo cual condujo a que los Estados ya no sean enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económica y criminal. En consecuencia, en las materias que aquí se estudian, el realismo, los hechos consumados y las decisiones tomadas en otros lares, se terminan imponiendo a la capacidad de crítica jurídica racional.

Desde un punto de vista técnico jurídico, el terreno de los delitos económicos parece llenar otro capítulo en la historia del castigo, porque se admiten las amnistías, las moratorias, el aumento de los montos para que los hechos sean punibles, la punición de las personas jurídicas, conceptos de autor basados en meras infracciones a los deberes normativos, el pago

de las pretensiones fiscales para declarar extinguidas las acciones penales en los delitos tributarios, la actualización de montos de las penas de multa y de las condiciones objetivas de punibilidad, la instauración de procedimientos administrativos previos a las causas penales que operan como cuestiones prejudiciales, etcétera.

Aparecen superposiciones de planos entre las normas del derecho administrativo, económico y las penales, lo cual conduce a la tendencia de emplear las últimas como refuerzo de las primeras.

Hoy corren los tiempos del delito llamado “lavado de dinero”, el cual debe ser analizado con muchas precauciones para evitar presunciones en contra de los sospechosos y la legitimación de un entramado de normas de inferior jerarquía a las leyes, que se traducen en un control de todas las actividades imaginables de los habitantes —que, además, ha sido delegada en bancos, entidades financieras y otras personas jurídicas privadas—. Además, porque la selectividad del sistema punitivo se hace presente también en este ámbito y las consecuencias del control preventivo devienen absurdas e injustas.

Esta entrega intenta mostrar la mayor cantidad de miradas distintas sobre los diversos temas que componen este siempre cambiante universo.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

Responsabilidad penal de personas jurídicas: un compromiso internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada

por LUIS F. AROCENA y JUAN P. GARCÍA ELORRIO p. 3

El lavado de activos en la jurisprudencia argentina

por NICOLAS F. BARBIER p. 33

Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (*whistleblower*) como estrategia político criminal

por MATEO G. BERMEJO p. 49

Conflictividad y finanzas

por PEDRO M. BISCAY p. 77

Políticas de seguridad y neoliberalismo

por MARÍA LAURA BÖHM p. 101

La culpabilidad de la empresa en el nuevo régimen penal tributario

por MARIANO H. BORINSKY p. 137

El administrador como autor: la validez del criterio de la pertenencia del hecho

por SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA p. 163

Breves notas en torno al delito de “desbaratamiento de empresa”

del art. 174, inc. 6 del Código Penal

por DIEGO HERNÁN GOLDMAN p. 195

ÍNDICE GENERAL

El Ministerio Público Fiscal frente a los delitos económicos
por CARLOS GONELLA p. 217

El delito de lavado de activos y la garantía constitucional del *ne bis in ídem*.
Reflexiones sobre el fallo de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal
en “Jiménez, Jancy s/recurso de casación”
por CARLOS GONELLA y DIEGO LUCIANI p. 221

El delito de lavado de activos: consideraciones
sobre su autonomía y cuestiones procesales controvertidas
por MARCELO LUIS JAIME p. 233

Delitos Económicos y crisis político-económica mundial
por CARLOS CHRISTIAN SUEIRO p. 265

El deber de informar y el Régimen Penal Administrativo en la ley 25.246
por NICOLÁS DANIEL VERGARA p. 321

Delito de lavado de dinero.
Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo
por CRISTIAN J. CABRAL p. 335

Proyectos de investigación p. 351

Protocolo de preguntas para relevar investigaciones en las cátedras
por CRISTIAN J. CABRAL y JAVIER I. LORENZUTTI p. 353

Entrevistas p. 365

Criminalidad económica, poder y criminología pública
Entrevista a VICENZO RUGGIERO p. 366

Economía política y delito desde una perspectiva socialdemócrata
Entrevista a ROBERT REINER p. 375

ÍNDICE GENERAL
Delitos económicos e investigación estatal: herramientas y desafíos	
Entrevista a ALEJANDRA GILS CARBO	p. 380
Delitos Económicos y Globalización	
Entrevista a MARCO ANTONIO TERRAGNI	p. 384
Organización judicial	p. 387
Diseño organizacional para la Fiscalía Regional 2da. de la provincia de Santa Fe	
por JORGE C. BACLINI.....	p. 391
Servicios de Defensa Pública. Apuntes ante el nuevo paradigma adversarial	
por SEBASTIÁN R. NARVAJA y FRANCISCO G. MARULL	p. 423
Fuentes citadas	p. 453
Índice temático	p. 473
.....	

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Doctrina





Responsabilidad penal de personas jurídicas: un compromiso internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada⁽¹⁾

por LUIS F. AROCENA⁽²⁾ y JUAN P. GARCÍA ELORRIO⁽³⁾

I | Introducción

1.1 | La responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de la agenda internacional sobre lucha contra la corrupción

Los suscriptos somos agentes de la oficina anticorrupción, que fue creada a través de la ley 25.233 dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y tiene la función de elaborar y coordinar programas de

(1) Este artículo fue publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Derecho PCP, n° 63, Lima, 2009, pp. 95/138.

(2) Abogado. Investigador y Asesor de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción (DIOA).

(3) Subdirector y Coordinador de Investigaciones, respectivamente, de la oficina anticorrupción, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina.

lucha contra la corrupción en el sector público nacional. Para cumplir con la misión asignada, se fijaron las competencias del organismo mediante el decreto PEN 102/1999, donde se estableció que estaban dentro del ámbito de su incumbencia: la recepción de denuncias, investigación preliminar, denuncia en intervención judicial por hechos dentro de su competencia material; llevar el registro y el control de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios de la Administración Pública Nacional obligados a presentarla, como así también elaborar programas de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la gestión pública y asesorar a los organismos del Estado para implementar políticas o programas preventivos de hechos de corrupción.⁽⁴⁾

La corrupción es un fenómeno mundialmente esparcido que presenta consecuencias tan nocivas como la corrosión de la legitimidad de las instituciones públicas, que conlleva a un estado de desconfianza en los sistemas democráticos, la afectación en el orden moral y en la justicia; asimismo atenta contra el desarrollo integral de los pueblos, posterga el desarrollo económico de los sectores menos favorecidos, distorsiona los mercados competitivos, entre otras consecuencias.⁽⁵⁾

Dado el carácter trasnacional de la lucha contra la corrupción, el Estado argentino participa en diversos espacios o foros específicos donde se han asumido diversos compromisos internacionales, que buscan afrontar y contrarrestar este problema a través de la prevención, la punición de diversas conductas, el fortalecimiento de los sistemas de investigación, enjuiciamiento y cooperación entre Estados. Para lograr una mejor presencia en esos espacios internacionales, mediante el decreto PEN 466/2007 se consolidó y se amplió las competencias de la oficina anticorrupción en el plano exterior, se fijó como uno de sus objetivos principales el "Velar por el cumplimiento de las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional".⁽⁶⁾ En cumplimiento de ese objetivo, la oficina anticorrupción viene representando al Estado

(4) Para mayor información sobre las misiones y funciones. Ver "Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción, el rol de la oficina anticorrupción", Oficina Anticorrupción (OA)/PNUD, p. 17 y ss. Ver texto en: <http://www.anticorrpcion.gov.ar>

(5) Para profundizar sobre este tema puede consultarse OA/PNUD, *Íbid*, p. 44 y ss.

(6) Ver Anexo II, punto 2, del decreto PEN. 466/2007.

argentino, ya sea de manera autónoma o conjunta con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en la Organización de Estados Americanos (OEA), donde se ratificó la “Convención Interamericana contra la Corrupción”; en la Organización para el Crecimiento y Desarrollo Económico (OCDE), donde se ratificó la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”; en las Naciones Unidas, donde se ratificó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” y del G20.⁽⁷⁾ Asimismo puede mencionarse que la oficina anticorrupción es miembro de la Asociación Internacional de Autoridades Anticorrupción (IAACA), que ha tenido participación en distintas etapas de la revisión sobre la implementación de las Recomendaciones contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI-GAFISUD) y a asesorado y participado con otras áreas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el Grupo de Trabajo sobre Delincuencia Organizada Trasnacional de la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB) en el abordaje de temas propios de su competencia.

Además del carácter transfronterizo de la corrupción, en las últimas décadas, al igual que la evolución de los demás delitos de la criminalidad económica, se comenzó a percibir al delito de corrupción como un fenómeno que adquiría mayor complejidad y en el cual las corporaciones mercantiles comenzaron a tener un creciente protagonismo. Frente a ese escenario, muchos sistemas jurídicos, alentados por aquellos instrumentos internacionales comenzaron a percibir en la criminalización de las personas jurídicas una herramienta eficaz para la prevención y la sanción efectiva contra esos delitos.

De ese modo, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se ha instalado en la agenda internacional de la lucha contra la corrupción como uno de sus ejes principales.⁽⁸⁾

(7) Ver OA, “Informes de gestión periódico”, sección Actuación Internacional, en www.anticorruption.gov.ar

(8) Junto a la responsabilidad de las personas jurídicas pueden mencionarse también la recuperación de activos, la criminalización del soborno trasnacional, los mecanismos de preventión del lavado de dinero, la cooperación internacional y los aspectos preventivos como el control de declaraciones juradas, la prevención de conflictos de intereses, etc.

2 | Primeros planteos sobre la cuestión

Como se venía presentando, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un instrumento del derecho penal que viene cobrando mayor auge en lo que respecta al combate de la criminalidad económica. Un hito importante en la promoción de este instituto fue su consagración en el art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.⁽⁹⁾ Podríamos afirmar que, con sentido práctico, esa Convención partió de la problemática o la incapacidad del derecho en afrontar los avances tecnológicos, financieros y económicos, utilizados por las personas físicas que manipulan a las personas jurídicas de existencia ideal para cometer los delitos de criminalidad económica y, a su vez ocultar su conducta y el provecho de esos delitos.

Es indiscutible que en la actualidad las personas jurídicas son los sujetos centrales de la economía globalizada y que sus complejas estructuras, sumadas a los inconvenientes de la globalización o transnacionalidad de las compañías multinacionales, ofrece una amplia gama de dificultades para el derecho. Por ejemplo, los sistemas de organización y división de trabajo dentro de las estructuras corporativas dificultan sobremanera la atribución de responsabilidades a personas físicas. Otro inconveniente está dado por la concentración de capitales a través de los denominados grupos económicos o *holdings* donde los procesos de producción, distribución y comercialización se realizan en diferentes empresas, existiendo una empresa central y otras empresas controladas o filiales, aunque cada una mantenga su propia personería jurídica.

Recientemente, en la Circular 1/2011 emitida por la Fiscalía General de Estado del Reino de España, con motivo de la reforma del Código Penal español, relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la Ley Orgánica 5/2010,⁽¹⁰⁾ se dio cuenta de que:

"Un estudio relativamente reciente del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Instituto Max-

(9) Convención de la ONU de Palermo.

(10) Vale aclarar que, dado a la complejidad y a la problemática que este tema plantea, España ya está revisando esa última reforma de su Código Penal.

Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho penal económico, se cometían a través de empresas”.

Al igual que en el caso del Reino de España⁽¹¹⁾ y de muchos otros países de tradición jurídica continental, tal como arriba se ha señalado, la República Argentina ha asumido diversos compromisos tendientes a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas involucradas en la comisión de determinados delitos.⁽¹²⁾ Claro que no siempre se habla de responsabilidad puramente penal, sino que ésta puede ir acompañada o suplida por responsabilidades de carácter administrativo o civil, sin embargo, la tendencia se inclina cada vez más por la responsabilidad penal.

Este tipo de responsabilidad se presenta como una medida de política criminal, encaminada a lograr una mayor eficacia en la persecución de los delitos de criminalidad económica, salvando muchos de los inconvenientes prácticos planteados anteriormente.

Por otra parte, la propuesta de establecer mecanismos de responsabilidad y sanción dentro del proceso penal puede remediar las dificultades que otros mecanismos de responsabilidad como la civil o la administrativa suelen presentar. A modo de ejemplo, no todas las conductas delictivas tienen establecidos sus sanciones administrativas por parte de los órganos de control como la IGJ, la CNV, la AFIP, la Administración de Aduanas, etc. Asimismo, la doble vía de responsabilidades de las personas físicas en sede penal y de las jurídicas en sede civil o administrativa frecuentemente implica serias dilaciones de procesos y duplicación de esfuerzos.

(11) Debe destacarse que antes de la reciente reforma del Código Penal del año 2010, la legislación española mantenía incólume el principio “*societas delinquere no potest*”, previendo únicamente un modelo de sanciones económicas contra las personas jurídicas, pero como una consecuencia accesoria de la condena de sus empleados, directores o representantes. Sin embargo, este modelo fue objetado por los ámbitos multilaterales donde ese país había asumido el compromiso de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en especial, la Convención OCDE contra el soborno trasnacional

(12) Más adelante se desarrollaremos un análisis de los principales instrumentos o foros internacionales, vinculados con la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero, donde se establece el compromiso de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas.

Las posturas más rígidas, en relación a la imposibilidad de reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas, basadas en los fundamentos de la dogmática penal tradicional parten del principio de que las sociedades no tienen capacidad de delinquir o *Societas delinquere non potest*. Sintéticamente, éstas hacen un especial hincapié en la falta de acción y culpabilidad del ente de existencia ideal. También se ha señalado la incapacidad de la pena —como elemento psicológico— para cumplir con su finalidad frente a los entes ideales.

Como respuesta a dichos postulados, surgieron diversos modelos de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. Por un lado, puede mencionarse la respuesta dada por el derecho alemán, que establece un sistema de sanciones administrativas o contravenciones. Por otro lado, con distintos matices se encuentran los modelos que atribuyen responsabilidad a las personas jurídicas a partir de la acción u omisión de sus miembros, órganos, directivos, administradores, representantes o dependientes, o incluso de quienes actuaron en nombre de la persona jurídica. Dentro de esta segunda variante se encuentra el llamado modelo de la “doble imputación”, que establece un sistema de sanciones autónomas para las personas físicas y para las personas jurídicas. Es decir, que la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye a la de las personas físicas autoras o cómplices de ese mismo hecho.

3 | Tratamiento de la cuestión en el derecho comparado

De manera sucinta y en líneas generales, en el derecho comparado se ve que este tipo de responsabilidad se ajusta a los siguientes requisitos:

- I. Que el sujeto que cometió el delito tenga un vínculo especial con la persona jurídica
 - Para la ley chilena⁽¹³⁾ estos sujetos deben ser los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de las personas jurídicas o quienes realicen actividades de administración y supervisión, o bien per-

(13) Ley 20.393, publicada el 02/12/2009, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y para los delitos de cohecho.

sonas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente.

- Por su lado, en el art. 31 bis del Código Penal Español⁽¹⁴⁾ se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.
 - Según el modelo del Reino Unido,⁽¹⁵⁾ una organización comercial será culpable cuando una persona asociada con esa organización cometa alguno de los actos de soborno previstos en la ley. Entendemos por persona asociada, al sujeto que preste servicios para o en nombre de la organización, sin importar si éste ostentaba la capacidad para actuar para o en nombre de la organización. El vínculo entre la persona física y la jurídica debe ser determinado en función de todas las circunstancias relevantes del caso, y no solamente por referencia a la naturaleza de la relación entre ambos. A modo de ejemplo la ley señala a los empleados, agentes o subsidiarios.
 - Por último, en el art. 121-2 del Código Penal Francés,⁽¹⁶⁾ se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en función de los delitos cometidos en nombre de aquellas por sus órganos o representantes.
2. Que el delito sea cometido en nombre, por cuenta o en representación de la persona jurídica y que rinda un beneficio económico o un provecho a la persona jurídica:
 - El modelo chileno refiere a los actos cometidos directa o indirectamente en favor del interés de la persona jurídica, o para su provecho y excluye de responsabilidad a los actos cometidos por las personas físicas exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.
 - La ley española atribuye esta responsabilidad en función de los actos cometidos en su provecho;
 3. Que la conducta de la persona física determinante de la responsabilidad de la persona jurídica sea cometida dentro de las actividades propias del ente societario:
 - El art. 31 bis, segundo párrafo, del Código Penal Español también establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, en el ejercicio de las actividades sociales.

(14) Luego de la reforma dada por la Ley Orgánica número 5/2010.

(15) Bribery Act., chapter 23, 2010; también aplicable para los casos de soborno doméstico y soborno trasnacional.

(16) Modificado por la ley 2004-204, del 9/03/2004, art. 54, publicado en Diario Oficial de 10/03/2004, en vigencia el 31/12/2005.

4. Que se hayan cumplido los deberes de dirección y control propios para evitar que en el ámbito de la actividad empresarial se cometan delitos:

- La ley chilena se apoya fuertemente en este aspecto, ya que atribuye la responsabilidad a la persona jurídica siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de los deberes de dirección y supervisión. Esta ley agrega que se considerará que los deberes de dirección y supervisión se cumplen cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiera adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir los delitos expresamente previstos. Respecto a este punto la ley chilena establece los elementos de un modelo de prevención de los delitos que las personas jurídicas podrán adoptar para quedar exentos de responsabilidad.⁽¹⁷⁾
- En España, se castiga a la persona jurídica cuando los hechos pudieran haberse realizado por no haber ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.
- El modelo del Reino Unido también tiene un marcado acento en el establecimiento de procedimientos adecuados, diseñados para evitar que las personas físicas vinculadas con la persona jurídica emprendan una conducta delictiva. Es más, demostrar que la compañía tenía en marcha este tipo de procedimientos es una defensa o causal de dispensa de responsabilidad. Sobre este punto, la Secretaría de Estado tiene el deber de publicar y actualizar una guía sobre los procedimientos que las organizaciones comerciales pueden poner en marcha para evitar sanciones bajo este régimen.

4 | Compromisos internacionales asumidos por la República Argentina

En lo que respecta a los compromisos internacionales relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas, cabe mencionar: La “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, suscripta en Palermo, Italia en diciembre de 2000.⁽¹⁸⁾

(17) Esos elementos consisten en la designación de un encargado de prevención; la definición de medios y facultades del encargado de prevención; el establecimiento de un sistema de prevención de delitos y la Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

(18) Aprobada por Ley 25.632, BO 30/08/2002.

En su art. 10, esta Convención expresa que:

"Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumbe a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y di-
suasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo".

La "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", aprobada por resolución N° 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre del mismo año.⁽¹⁹⁾

Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el art. 26 de esta Convención expresa que:

"1- Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2- Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

(19) Aprobada por ley 26.097, BO 09/06/2006.

3- Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4- Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y di- suasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

Asimismo, debe hacerse mención que, luego de un difícil marco de nego- ciación,⁽²⁰⁾ la CNUCC, ha previsto un mecanismo de seguimiento cuyos lineamientos se encuentran establecidos en el art. 63 de dicho instrumen- to internacional. En dicha cláusula se pretende analizar el grado de cum- plimiento interno de cada Estado parte, así como los avances registrados en la implementación de las normas previstas en sus textos, recabando información que permita detectar posibles dificultades pero también la existencia de buenas prácticas en este cometido.⁽²¹⁾

Luego de la evaluación sobre el funcionamiento de este mecanismo, reali- zada en el llamado “Plan Piloto”, en la Tercera Conferencia de Estados Parte de la CNUCC, celebrada en Doha en el año 2009, se aprobó la reso- lución N° 3/1 que, en función del mandato del art. 63, aprobó los términos de referencia del Mecanismo de Examen de Aplicación de la CNUCC, el proyecto de directrices para la realización de los exámenes de los países y el plan preliminar para los informes de examen.

En ese contexto, además de haber participado voluntariamente en el “Plan Piloto”, la República Argentina fue objeto de evaluación en la primera ronda⁽²²⁾ de este mecanismo durante los años 2010 y 2011. Si bien aún la Se- cretaría de la Convención y los Estados evaluadores, no han presentado el informe final sobre el análisis de la implementación en la Argentina, es

(20) Ver OA, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global*, Bs. As., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004, pp. 64/65.

(21) Ver OA, *íbid*, 2004, p. 68.

(22) Esta ronda incluyó el capítulo III, relativo a la tipificación de delitos y el enjuiciamiento de hechos de corrupción y el capítulo IV, relativo a la cooperación internacional

de estimarse que el país reciba recomendaciones en orden a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos por hechos de corrupción previstos en ese instrumento.

La "Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales", suscripta en París en 1997, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.⁽²³⁾

Según el art. 2 de esta Convención:

"Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero".

Asimismo, en su art. 3, inc. 2, se prevé que:

"En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros".

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

(23) Aprobada por la ley 25.319, promulgada el 06/10/2000.

nas físicas que integran sus órganos— estén dirigidas a sus mandatarios y/o representantes.⁽²⁴⁾

En el ámbito de la OCDE, nuestro país viene participando desde hace más de una década en el Grupo de Trabajo sobre Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, que se encuentra conformado por representantes de cada uno de los 38 Estados Partes de la Convención. Este grupo, supervisa la aplicación de la Convención y se reúne cuatro veces por año en reuniones plenarias en la sede de la OCDE en la ciudad París, con el objetivo de compartir ideas e información y mantenerse al día sobre la aplicación de políticas por cada uno de los Estados Partes y las investigaciones de soborno extranjero llevadas adelante en cada jurisdicción. En el marco de este grupo se ha establecido un sistema de monitoreo y evaluación recíproca entre las Partes que, examina los marcos legales (Fase 1)⁽²⁵⁾ e institucionales (Fase 2)⁽²⁶⁾ de los países para identificar los posibles obstáculos a la aplicación efectiva de la Convención y en una tercera etapa (Fase 3) profundiza el análisis producido en las instancias anteriores.

Como resultado de ese mecanismo de monitoreo se producen los informes nacionales que incluyen recomendaciones para corregir los problemas sobre la implementación de los estándares de la Convención detectados. Concluida esa instancia, el Grupo de Trabajo realiza un seguimiento para asegurarse de que las recomendaciones sean abordadas correctamente y en tiempo oportuno.

Nuestro país fue objeto de esa evaluación en Fase 1, en el año 2001. En esa primera oportunidad, como punto de partida se destacó que la Argentina no cumple con el art. 2, porque su sistema legal no establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asimismo se tomó nota de lo expresado por las autoridades nacionales que intervinieron del proceso

(24) Sobre este punto pueden verse las recomendaciones formuladas. Ver OECD, *Informe de la evaluación de la Fase 2 sobre el Reino de España*, marzo de 2006, pp. 38/40. Ver texto en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf>

(25) Se evalúa la existencia de la legislación que contemple los recaudos exigidos por este instrumento internacional.

(26) Se analiza el grado de implementación de sus contenidos en las prácticas e instituciones de los Estados que han suscripto la Convención.

de análisis, en cuanto a que se estaba preparando un proyecto de reforma legal para establecer este tipo de responsabilidad para todos los delitos, incluyendo al soborno trasnacional.

En lo que respecta a las sanciones no penales para las personas jurídicas, en esa oportunidad se afirmó, en primer lugar, que en el ordenamiento jurídico argentino no existen responsabilidades administrativas específicas de las personas jurídicas por el delito de soborno trasnacional y, en segundo lugar, que la falta de responsabilidad penal en el marco del sistema jurídico argentino no resultaba ni segura ni eficaz. De dichas afirmaciones se concluyó que, junto con la falta de responsabilidad penal de las personas jurídicas, las medidas administrativas no se ajustaban a los requisitos de los arts. 2 y 3 de la Convención.

Más adelante el país fue nuevamente evaluado en la Fase 2, durante diciembre de 2007, publicándose el informe correspondiente en junio de 2008,⁽²⁷⁾ en el cual se formularon algunas recomendaciones a fin de adaptar nuestra legislación a las exigencias de su texto convencional. En esa oportunidad, el equipo evaluador expresó una seria preocupación por la falta de cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en la Fase 1 respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, destacando en ese momento que consideraban que en el país no había voluntad política para implementar la Convención.

En esta segunda fase de análisis el equipo evaluador también se avocó al estudio del Anteproyecto presentado en el año 2006, elaborado por la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma y actualización integral del Código Penal, creada por las resoluciones del MJyDH N° 303/2004 y N° 136/2005.

Una de las objeciones que recibió el modelo proyectado en los arts. 67 y 68 de ese Proyecto fue la necesidad de que la persona jurídica ratifique la gestión de quien hubiera actuado sin las atribuciones para obrar en nombre o representación de aquella. Con esa previsión la comisión evaluadora sostuvo que las compañías podrían ejercer su defensa argumentando que fueron sus empleados los que rompieron la ley y se verían exentas

(27) Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/35/28/40975295.pdf>

declarando que ellos no tenían capacidad para actuar en nombre de la persona jurídica, aun cuando ella se estuviera beneficiando.

Otro de los aspectos criticados, en dicha oportunidad, del Anteproyecto fue la previsión relativa de mantener indemnes de sanciones a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo, cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de sus acciones o de otros instrumentos negociables; como así también de la protección de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo, en los casos en los que la persona jurídica se encuentre concursada.⁽²⁸⁾

En especial en el informe se dio cuenta de que la “aproximación intermedia” proyectada, sin la plena implementación de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, parece reflejar una ausencia de responsabilidad directa y, a la luz de esa referencia, se hizo especial hincapié en la existencia de otros informes y recomendaciones del Grupo de Trabajo respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en casos similares al modelo propuesto, por ejemplo, se citó la evaluación de la Fase 2 del Reino de España —hecho que motivó la reforma del Código Penal Español en el año 2010—.

Por último se elaboró un informe sobre el seguimiento de las recomendaciones, publicado en septiembre de 2010.⁽²⁹⁾ En esta última oportunidad se tomó con agrado la información sobre el nuevo envío al Congreso de la Nación de otro proyecto de ley tendiente a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicho proyecto fue el que trató bajo el Expediente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos CUDAP:EXP-S04:0039303/2011, enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso mediante nota n° 638, de fecha 10/05/2010, tramitando ante el Poder Legislativo bajo el expediente 0011-PE-2010, donde obtuvo una sanción

(28) Estas previsiones se encuentran actualmente previstas en el art. 313, del CP, *in fine*, que establece que: “Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad. Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso”.

(29) Ver texto en: <http://www.oecd.org/dataoecd/38/4/46057339.pdf>

favorable en el ámbito de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados.⁽³⁰⁾

5 | Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

En febrero de 2012, el GAFI, como grupo intergubernamental que establece estándares y desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, llevó a cabo una nueva revisión y actualización de sus “Cuarenta Recomendaciones” sobre esos delitos. Las Recomendaciones del GAFI constituyen un esquema de medidas completo y consistente, que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Si bien esas recomendaciones no son de carácter vinculante para los Estados, ellas son reconocidas mundialmente como los estándares mínimos para la acción de los países en la implementación de las medidas de acuerdo a sus circunstancias particulares y esquemas constitucionales; ellas cubren todas las medidas que los sistemas nacionales deberían tener en vigor dentro de sus sistemas penales y normativos, las medidas preventivas que deben ser tomadas por las instituciones financieras y otras profesiones y actividades; y la cooperación internacional.

En ese contexto, la Recomendación N° 3 del GAFI establece que: “Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo (...)”, como así también el texto de las Cuarenta Recomendaciones expresa que “Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes”. En la Nota Interpretativa de este texto especifica que:

“los países deben asegurar que debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando

(30) Sin embargo, en enero de 2012, el proyecto de ley de referencia perdió su estado parlamentario.

ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas".

Por otra parte, en la Recomendación N° 35, relativa a las sanciones también se expresa que:

"El GAFI también tiene un mecanismo que evalúa el nivel de implementación de sus recomendaciones en los distintos países. Además de los informes públicos sobre la situación de cada país, con el fin de proteger el sistema financiero internacional de los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo y fomentar el mayor cumplimiento de sus normas, el GAFI también realiza un trabajo de identificación de aquellas jurisdicciones que presenten deficiencias estratégicas en la prevención".⁽³¹⁾

A modo de ejemplo, es dable subrayar que, con el propósito de cumplir con las recomendaciones antes mencionadas y de quedar fuera del grupo de países que presentan esas deficiencias se ha impulsado y aprobado una serie de medidas legislativas. Entre esas reformas, mediante ley 26.683 (BO 21/06/2011) se incorporó la responsabilidad penal de personas jurídicas para los casos de lavado de dinero. De este modo, el art. 304 del CP expresa 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". Por otro lado, en el art. 313, incorporado por ley 26.733 (BO 28/12/2011), también se estipuló este tipo de responsabilidad a las personas jurídicas para los delitos contra el orden económico y financiero previstos en los arts. 307 y ss. del CP.

(31) Ver texto en: <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/es/gafi/110>

6 | Compromiso asumido ante el Grupo de los 20 (G20)

El establecimiento de responsabilidades de las personas jurídicas involucradas con delitos de corrupción también ha sido recientemente incorporada como un compromiso de la Argentina frente al Grupo de los 20⁽³²⁾ que, recientemente ha profundizado su Plan de Acción Anticorrupción.⁽³³⁾

De este modo, en el nuevo Plan de Acción 2013-2014 los Estados han decidido reforzar su compromiso de continuar con los esfuerzos para adoptar y hacer cumplir las leyes y otras medidas contra el soborno transnacional, las que deberán incluir el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas.

7 | Injerencia de los compromisos internacionales en el derecho interno

Esta cuestión ha sido previamente abordada en la obra sobre recupero de activos, elaborada en el ámbito de la oficina anticorrupción.⁽³⁴⁾ Allí se-

(32) Debe tenerse presente que el G20 es un ámbito internacional “informal”, en el sentido de que no presenta instrumentos de adhesión, no produce convenios, ni tratados internacionales, por lo que no se establecen obligaciones internacionales legales o exigibles. Sin embargo, sí genera “compromisos políticos de alto nivel” para cada uno de los países que lo integran. El principio rector del Grupo de Trabajo Anticorrupción del G20 es que los países del G20 deben “liderar con el ejemplo”. Con esto se hace referencia a que si bien los compromisos propuestos en este ámbito no irán más allá de los establecidos en los instrumentos internacionales, que sirven de base al Plan de Acción, claramente se propone que los países asuman un compromiso mayor en cuestiones voluntarias o en las que se han dejado un margen de discrecionalidad o en aquéllas en donde la brecha de implementación se presenta más amplia.

(33) El Plan de Acción Anticorrupción del G20 fue redactado en la primera reunión presencial del Grupo de Trabajo Anticorrupción, en el mes de septiembre de 2010, en la ciudad de Yakarta, Indonesia; siendo luego refrendado por los líderes en la Cumbre de Seúl de ese mismo año. El mismo tenía previsto un plazo de dos años. En la última Cumbre del G20 celebrada en Los Cabos, México, los líderes decidieron prorrogar el trabajo que viene llevando a cabo el Grupo de Trabajo, encomendándole una actualización del Plan de Acción para el período 2013-2014.

(34) AROCENA, LUIS; SOSA, CLAUDIA, et.al; “Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito(estadio actual de la cuestión)”, 1ra. ed., Ministerio de Jus-

ñalamos que a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, por la aplicación de su art. 75, inc. 22, las normas emanadas de las convenciones internacionales ratificadas por el país tienen una jerarquía superior a las leyes de la Nación.⁽³⁵⁾ En esas condiciones, siendo que el Congreso de la Nación ha aprobado todas las convenciones internacionales señaladas en el apartado precedente, es que el Estado argentino se encuentra obligado a dar cumplimiento a todas las cláusulas incluidas en dichos instrumentos.

En igual sentido cabe hacer mención a que dicha obligación responde al principio general del derecho internacional denominado pacta sunt servanda, consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23/05/1969, por el cual "...todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe..."; al igual que, conforme a lo previsto en el art. 27 de dicha Convención, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado.⁽³⁶⁾

En función de ello y, especialmente en cumplimiento de los compromisos internacionales, se torna imprescindible que los órganos internos dispongán el máximo de sus esfuerzos en adoptar las medidas necesarias para adecuar la legislación nacional a los estándares derivados de aquellas convenciones y de las recomendaciones derivadas de sus respectivos mecanismos de seguimiento y monitoreo sobre la implementación de los estándares allí fijados. Esas obligaciones internacionales asumidas por el Estado y la supremacía normativa que sobre las leyes internas tienen los tratados tienen una especial relevancia ya que su incumplimiento podría llegar a ocasionar una responsabilidad internacional del Estado.

ticia y Derechos Humanos/OA, 2010, cap.8. Ver texto en: <http://www.anticorrucion.gov.ar/documentos/Recupero%20de%20Activos%20-%20form%20red.pdf>

(35) Vale señalar que antes de la mencionada reforma de la Carta Magna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Fallo "Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (Fallos 316:1669) había reconocido la supremacía de los Tratados Internacionales frente al Derecho Interno. En ese fallo la Corte destacó que "La necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria".

(36) Ver AROCENA, Luis; SOSA, CLAUDIA, et.al., op.cit. p. 78.

Sobre esa responsabilidad cabe aclarar que si bien en el marco de la OEA, ONU y OCDE no existe un organismo supranacional de tipo jurisdiccional o con competencia para imponer sanciones por el incumplimiento de las cláusulas de las convenciones en materia de corrupción, los mencionados mecanismos de seguimiento y monitoreo suponen una llamada “presión de pares”, puesto que los miembros de esos grupos se encargan de dar su opinión y marcar las falencias de la legislación respecto de los estándares previstos en cada una de las convenciones. En este caso se apela especialmente al compromiso de cada Estado en dar cumplimiento a sus exigencias, a fin de que el país disponga las medidas correctivas necesarias y no quede expuesto a la crítica de la comunidad internacional o que se considere que ha declinado su interés en la lucha contra la corrupción.

Es necesario señalar que si bien no existen en los ámbitos internacionales las llamadas “listas negras”,⁽³⁷⁾ sí existen distintas consecuencias en lo que concierne al grado de las falencias o incumplimientos advertidos, que pueden ir desde la formulación de las ya mencionadas recomendaciones, de mayor o menor rigor según el caso, de un seguimiento más intenso de algunos aspectos de los incumplimientos advertidos, hasta una nueva visita in situ de resultar necesario. Asimismo, es dable remarcar que el resultado de estas evaluaciones se hace público. Por otra parte, el incumplimiento de los estándares internacionales en este ámbito pueden formar la impresión, en la comunidad global, de que el Estado que no garantiza los estándares mínimos de transparencia no es un Estado confiable. Esta situación podría tener consecuencias adyacentes, como el detrimiento de las inversiones económicas extranjeras. En ese orden de ideas, de la misma manera que un alto nivel de opacidad y corrupción son indicadores relevantes para influir en el aumento de los costos para hacer negocios y reducir la disponibilidad de capitales de inversión, un alto grado de transparencia puede funcionar como un estímulo económico que, según el nivel alcanzado puede llegar a verse como el equivalente a una reducción de las cargas fiscales.⁽³⁸⁾

(37) Estas si se dan por ejemplo en el caso del GAFI donde se publica la lista de jurisdicciones no cooperativas o de aquéllas que presenten deficiencias en sus esfuerzos en la prevención y combate contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.

(38) OA, “Convención sobre la lucha contra el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, Ver texto en: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Folleto%202007%20OCDE%20unificado.pdf>

8 | Propuesta de un modelo de responsabilidad acorde

Tal como se presentó al analizarse los sistemas de responsabilidad aplicados en otros países, nos parece que el sistema que cumpliría con los compromisos asumidos por la República Argentina y que conforme a sus características podría adecuarse a nuestro sistema legal, debería estar sustentado en la conducta —por acción u omisión— de determinadas personas físicas vinculadas de un modo especial con la persona jurídica —por ejemplo relación de dirección dentro de sus órganos de administración, una relación laboral, un mandato o representación—.

A su vez, para que pueda atribuirse responsabilidad a la persona jurídica, esa conducta debe ser ejercida en el marco de las actividades empresariales o societarias desarrolladas por la sociedad, por cuenta o en nombre de la persona jurídica y, a su vez, como consecuencia de esa conducta, debe resultar un provecho o beneficio económico para el ente ideal.

Pero además de dichas condiciones, otro factor determinante de la responsabilidad de la persona jurídica será que el delito, cometido de acuerdo a las condiciones arriba enunciadas, haya podido realizarse merced al incumplimiento de los deberes de dirección y control, o bien de la inexistencia dentro de la organización de mecanismos propicios para evitar que se cometan delitos en el ámbito de la actividad empresarial o societaria de cada persona jurídica.

Con este esquema de atribución de responsabilidad se estaría equilibrando la responsabilidad por la conducta de un tercero —de condiciones especiales—, con la responsabilidad por la omisión o por la falta de funcionamiento de los mecanismos internos de control o dirección adecuados para prevenir los riesgos de que se comentan delitos. Esto aleja a este tipo de responsabilidad de una puramente objetiva y la acerca al campo de las responsabilidades por haber generado un riesgo o no haber adoptado las medidas necesarias para minimizarlo.

Creemos además que esta responsabilidad, como medida de política criminal, cumple con el objetivo de perseguir una mayor eficacia en la persecución de los delitos de criminalidad económica, reduciendo los espacios

de impunidad que, sustancial o procesalmente, hoy enfrenta el sistema penal argentino.

Bajo esta perspectiva, el esquema de responsabilidad propuesto debería presentar las siguientes características:

- a. **Especial o “numerus clausus”**: se atribuye esta responsabilidad en los casos expresamente previstos en la ley. El sistema a adoptarse debería establecer taxativamente los delitos que permiten la responsabilidad de las personas jurídicas.
- b. **Acumulativo o basado en la “doble imputación”**: ya que la responsabilidad de las personas jurídicas no será suficiente para excluir la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos ni viceversa.
- c. **Autónomo**: por esta característica, asociada a la anterior, se entiende que podrá atribuirse responsabilidad y aplicársele sanciones a la persona jurídica aun cuando quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenadas; siempre que la materialidad del delito se hubiera comprobado.
- d. **Sui Generis**: El sistema de atribución de responsabilidad a la persona jurídica estará sustentado en la acción de sus miembros, órganos sociales, representantes, etc., pero al mismo tiempo, en la omisión de la organización societaria o empresarial de tener en funcionamiento mecanismos de dirección y supervisión razonables para prevenir la comisión de delitos dentro de su estructura.
- e. **Condicional**: Para que esta responsabilidad sea procedente deben darse todos los factores de atribución de responsabilidad (objetivos y subjetivos). Es decir, que los actos criminales reprochados sean hechos cometidos:
 1. Por de sus miembros, órganos sociales, representantes, etc.
 2. En nombre o por cuenta de la persona jurídica.
 3. En cumplimiento de funciones propias de la actividad empresarial o societaria de la persona jurídica.
 4. En provecho o beneficio de la persona jurídica.
 5. Merced al incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión legalmente establecidos o de toda medida razonable para prevenir el delito.

En concreto, el modelo propuesto debería presentar la siguiente estructura normativa:

A. Condiciones objetivas

- I. Circumscripta a determinados delitos. En otras palabras, que la conducta encuadre típicamente en alguna de las figuras que expresamente prevén la responsabilidad de las personas jurídicas (mínimo: delitos de corrupción, entre

ellos el soborno trasnacional, lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, delitos contra el orden económico financiero (arts. 306 y 312 CP); los delitos cometidos por un grupo organizado de personas con el propósito de obtener un beneficio económico, etc.);

2. Que sean personas jurídicas de carácter privado (art. 33 CC), o que no se encuentren comprendidas dentro de las expresamente excluidas. Esta cuestión ha presentado algunos inconvenientes en algunos países. En líneas generales puede aceptarse la exclusión de la Iglesia, de partidos políticos, asociaciones sindicales o colegios profesionales, por ejemplo. Más difícil es la situación que plantean los sujetos de economía mixta con participación estatal mayoritaria o minoritaria, o bien las sociedades estatales.

Para resolver este problema y siguiendo el razonamiento de Righi, podemos coincidir en que el “criterio adecuado supone incluir dentro de los destinatarios de la ley penal solamente a aquellas personas jurídicas de derecho público: a) que se encargaran de prestar servicios a la comunidad, o b) que realicen actividades que de hecho, sean idénticas a las de cualquier otra persona jurídica de derecho privado, pero no cuando se trata de actividades relativas al ejercicio de potestades públicas”.⁽³⁹⁾

B. Factores de atribución de responsabilidad

1. Delito cometido por uno o varios sujetos vinculados con la persona jurídica: sus órganos, miembros, administradores, representantes, mandatarios u otros sujetos autorizados de hecho o de derecho para actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica;
2. Delito cometido en el ejercicio en las actividades societarias;
3. Delito cometido en nombre, o por cuenta de la persona jurídica, o que pudiera redundar en beneficio o interés de la persona jurídica, o si se hubiere utilizado a la persona jurídica como instrumento para cometer el delito;
4. Siempre y cuando la comisión del delito haya sido posible por el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión legalmente establecidos o de toda medida razonable para prevenir el delito.

C. Exención de responsabilidad

- I. Cuando la persona física interviniente hubiere actuado en su exclusivo beneficio y no hubiere generado provecho alguno para la persona jurídica.

(39) RIGHI, ESTEBAN, *Los Delitos Económicos*, 1ra. ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 143.

D. Relación de la responsabilidad entre la persona física y la jurídica

- I. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda a la persona física interviniente (acumulativa);
- II. Las sanciones a las personas jurídicas podrán aplicarse aún en el caso en que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenadas, siempre que la materialidad del delito se hubiera comprobado (autónoma).

Dentro del art. 31 bis CP español se estableció una serie de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas, realizadas con posterioridad a la comisión del delito. Entre ellas se mencionan:

- a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Estas circunstancias pueden constituir herramientas de política criminal efectivas para prevenir futuros delitos y que pueden colaborar con la investigación y enjuiciamiento de los delitos cometidos, como así también reparar o disminuir los daños causados con el delito.

9 | Situación de esta cuestión en la Argentina

9.I | Antecedentes

En la actualidad en la Argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra prevista únicamente en determinados regímenes especiales —algunos más administrativos, contravencionales o mixtos, que penales—, como por ejemplo, en el Régimen Penal Cambiario, texto ordenado 1995 (ley 19.359), en las infracciones a la Ley de Defensa de la

Competencia (ley 25.156), en la Ley de Abastecimiento (ley 20.680), en el Régimen Penal Tributario (ley 24.769) y en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241), en el Código Aduanero (ley 22.415), y para los delitos de Lavado de Activos de Origen Delictivo (ver arts. 303 y 304 CP, según ley 26.683); como así también en los delitos de uso indebido de información privilegiada o manipulación de valores negociables en la negociación, cotización, compra, venta y liquidación de esos instrumentos financieros (ver arts. 307/313 CP, según ley 26.733).

Fuera de esas situaciones particulares, el debate por el establecimiento de responsabilidades y sanciones a las personas jurídicas involucradas en delitos y, en particular, en hechos de corrupción ha tenido en la última década diversos vaivenes. Sin ahondar en detalles—y sin pretender analizar todos los proyectos elaborados en torno a la materia, sino los más relevantes—el Estado argentino trabajó en diversos proyectos para establecer este instituto. Por ejemplo, en el año 2001 se avanzó sobre un intento de reforma normativa, que luego fue postergado y retirado por el Poder Ejecutivo, favoreciendo la aproximación a la cuestión a través de una reforma amplia del Código Penal. A esos fines, por medio de resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 303/2004 y 136/2005, dentro del seno de ese Ministerio se creó una Comisión *ad-hoc* para la Elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización del Código Penal, integrada por representantes institucionales pertenecientes al foro, la justicia y la academia. Conforme se expuso en los fundamentos del borrador presentado por esa Comisión, los lineamientos generales orientadores de la labor se fundaron especialmente en la necesidad de adecuación constitucional e internacional del texto vigente, de actualización técnico-jurídica y de proporcionalidad y coherencia de la respuesta punitiva, procurando dotar de mayor eficacia a la ley sustancial, entre otros. Como parte de la elaboración de ese Anteproyecto se instituyó un proceso de consulta pública, en el cual se le dio intervención a las universidades nacionales, colegios de abogados, asociaciones de magistrados y otras asociaciones representativas en la materia. Sin embargo, el anteproyecto presentado en el año 2006 no llegó a prosperar, tal vez por abordar una amplia gama de áreas, incluyendo temas controversiales como el aborto, la eutanasia, la ley aplicable a los menores, y la despenalización de ciertas formas de consumo de drogas, sobre los que no se logró el consenso necesario para su sanción legislativa; ello, amén de interpretaciones jurisprudenciales en

torno a la responsabilidad de las personas jurídicas que relegaron aún más el debate de la cuestión.⁽⁴⁰⁾

El enfoque sobre las personas jurídicas del Anteproyecto del año 2006 se presentaba no como una atribución de responsabilidad directa hacia el ente ideal, sino como un sistema consecuencias jurídicas del delito, previéndose sanciones para las personas jurídicas cuando alguno de los intervenientes en un delito hubiese actuado en nombre, en representación, en interés o en beneficio de las mismas. Para este modelo, las sanciones a las personas jurídicas eran independientes de las correspondientes a las personas físicas, pero por ser consecuencias accesorias, para poder sancionar a las personas jurídicas era necesaria la condena de las personas físicas dependientes o que hubieren actuado en nombre de las primeras.

Más cerca en el tiempo, en el año 2010, mediante Nota N° 638 el Poder Ejecutivo envió al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de reforma del Código Penal vinculada con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la responsabilidad del que actúa en lugar de otro,⁽⁴¹⁾ tramitando ante el Poder Legislativo bajo el expediente 0011-PE-2010.⁽⁴²⁾

Este proyecto proponía una aproximación hacia los estándares más modernos en la materia ya que preveía, por un lado que las sanciones a personas jurídicas podrían aplicarse aún en el caso en que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenadas, siempre que la materialidad del delito se hubiera comprobado; y que las personas jurídicas podrían ser sancionadas incluso si no pudiera identificarse a una persona física determinada como autor o

(40) Ver por ejemplo voto en disidencia del distinguido Dr. E. Raúl Zaffaroni, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fly Machine SRL s/recurso extraordinario", de mayo de 2006 (fallo 329:1974), donde entre otros considerandos se expuso que: "Una limitación que no hace viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta 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".

(41) Proyecto que se inició dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y trámite en el expediente N° CUDAP:EXP.S04:0039303/2011.

(42) Debe señalarse que durante el año 2011 este proyecto alcanzó a tener dictamen favorable en las comisiones de Legislación Penal y Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

partícipe, cuando se advirtiera que no se han adoptado aquellas medidas de organización interna razonables para prevenir esos delitos.

9.2 | Estado actual de la cuestión

Aquel último intento de los años 2010-2011 fue también postergado en pos de un proyecto de mayor alcance. De ese modo, en el año 2012 se produjo un evento significativo que intenta favorecer el abordaje de las cuestiones planteadas desde una posición superadora. Dicho acontecimiento radica en que, mediante decreto 678/2012, del 7 de mayo de dicho año, se conformó una nueva “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”, con el propósito de elaborar un proyecto de reforma integral de ese cuerpo normativo, a fin de reemplazar el que está actualmente en vigor, reformulándose los aspectos claves de la persecución penal.

La necesidad de reformar y modernizar el Código Penal de la Nación responde a un compromiso político asumido desde la máxima autoridad del Gobierno Nacional en procura de consolidar la institucionalización, la seguridad jurídica y la plena vigencia de los derechos y las garantías individuales. Entre los principales lineamientos de esta Comisión se encuentran los de restablecer la coherencia originaria de las disposiciones del Código Penal, afectada a partir de las múltiples y sucesivas reformas dadas desde su sanción en el año 1921; la unificación de las normas penales dispersas en numerosas leyes particulares, buscando la sistematicidad del sistema punitivo; y una mejor armonización en las codificaciones penales, con el propósito de favorecer la cooperación entre Estados y la implementación de estrategias coordinadas, a partir de los actuales procesos de integración internacional.

Para la conformación de la Comisión creada por el decreto 678/2012, se seleccionaron a algunos de los especialistas en derecho penal más prestigiosos de nuestro país. Además, a fin de obtener un abordaje más amplio en esta labor, los juristas que integran la Comisión representan a los distintos sectores del arco político. Esto hace que el trabajo desarrollado por la Comisión cuente con un consenso generalizado desde su origen, haciendo más asequibles su aprobación y sanción definitiva. La Comisión cuenta además con la asistencia y la colaboración de las áreas competentes

del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y, además de tomar como precedente los avances desarrollados en los anteriores proyectos, al igual que en el caso del trabajo elaborado por la anterior Comisión creada en el año 2004, se está llevando a cabo un proceso de consultas a los diversos *stakeholders* o sujetos e instituciones interesados en la materia, como universidades, colegios o consejos profesionales, organizaciones civiles, etc.⁽⁴³⁾

El trabajo de esta Comisión abordará, entre otras múltiples cuestiones, la necesidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en base a los estándares actuales en la materia reconocidos a nivel internacional, por ejemplo, las Convenciones de las Naciones Unidas de Palermo —contra la delincuencia organizada— y Mérida —contra la corrupción— y la Convención de la Organización para el Crecimiento y el Desarrollo Económico (OCDE), con sede en París, sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

IO | Corolario

Así como las corporaciones se han convertido en actores fundamentales de la marcha y el desarrollo económico de las naciones, este avance igualmente ha generado que en muchos sucesos aquéllas también hayan protagonizado o se hayan implicado en casos de la denominada criminalidad económica.⁽⁴⁴⁾ Tradicionalmente se sabe que este tipo de delitos ocasiona severos daños tanto para el sector público, como para el privado. En el primer caso, por ejemplo, conlleva un desfinanciamiento del Estado, traducido en la imposibilidad de utilizar fondos estatales en políticas públicas o en la utilización impropia de esos fondos; una afectación a un número significativo de personas destinatarias de los servicios, prestaciones o beneficios que el Estado debe otorgar; un perjuicio en el normal funcionamiento de los organismos involucrados, impidiendo o dificultando el cumplimiento de los objetivos para los que fueron creados, o asimismo dificultando la implementación de las políticas públicas diseñadas. Pero sobre todo, el delito genera la pérdida

(43) Incluso fue habilitado un canal de recepción de opiniones sobre la reforma del Código Penal, a través del portal de Internet del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

(44) Categoría que comprende a los delitos por hechos de corrupción.

de confianza en las instituciones públicas, provocando el socavamiento de nuestro sistema de gobierno democrático. Ahora bien, la faceta menos visible del delito, es que también provoca serios daños en el sector privado, tales como una distorsión de la competencia legal y transparente, la pérdida de negocios, el aumento de los costos para hacer negocios, la reducción de la disponibilidad de capital de inversión, la afectación del normal funcionamiento de los mercados, sitúa a las empresas en una situación más vulnerable frente a extorsiones y, como elemento subjetivo fuerte, también provoca una pérdida de prestigio y confianza en empresas vinculadas al sector público.

Para contrarrestar dichos efectos nocivos, los sistemas jurídicos han desarrollado modernos institutos para desincentivar la participación criminal de las corporaciones en el desenvolvimiento de sus actividades económicas o comerciales. Al respecto, se ha presentado como herramienta punitiva, de prevención especial y genera, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, autónoma de la responsabilidad de los sujetos que hubieran intervenido en nombre y en beneficio de la persona jurídica. Si bien no se ha hecho referencia a las penas que las personas jurídicas pueden sufrir, es evidente que, por su propia naturaleza, esas penas serán siempre de contenido económico, presentándose un catálogo que implique desde la multa, la intervención o la suspensión de actividades, a la quita de personería, extinción de derechos o clausura de los establecimientos, por ejemplo.

Sin perjuicio de ello, la amenaza o el establecimiento de herramientas disuasivas no debería ser la única respuesta estatal efectiva. Para contribuir a un ambiente de negocios más noble y confiable, tanto entre privados, como en la relación del sector privado con el sector público, resulta también provechoso promover el comportamiento ético y responsable de las empresas. Para ello los Estados deben involucrarse en las creciente iniciativas privadas para fomentar la responsabilidad social empresaria.⁽⁴⁵⁾

Con ese claro propósito debe alentarse una responsabilidad social de las empresas, pero con más fuerza y un enérgico compromiso para que vaya

(45) Este tipo de iniciativas se promueven y apoyan, fuertemente, al amparo de los estándares o principios del Pacto Global de las Naciones Unidas o las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales

más allá de las actividades solidarias, o de la promoción del desarrollo sustentable en protección del medio ambiente, los derechos humanos y el cumplimiento de las normas laborales, fiscales y de la competencia leal y que avance del mismo modo y con la misma firmeza hacia una conducta recta y transparente asumiendo. Debe comprenderse que si la criminalidad económica, en especial la corrupción, pueden involucrar y perjudicar tanto al sector privado como al sector público, también será vital que desde ambos sectores se realicen esfuerzos para contrarrestar los efectos perniciosos de este mal.

En ese sentido algunos países han desarrollado importantes mecanismos de incentivo para alentar al sector empresario a que adopte e implemente códigos de ética o de buen gobierno corporativo para prevenir eventuales sanciones frente a supuestos de corrupción o fraude. Entre ellos pueden citarse la Foreign Corrupt Practices Act de los Estados Unidos, la Bribery Act del Reino Unido o la Ley de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas de Chile, que prevén mecanismos de exención de responsabilidad penal para las corporaciones que demuestren haber tenido en funcionamiento acciones preventivas dentro de sus estructuras empresariales.

Otros incentivos menos explorados pueden consistir en exenciones impositivas o mejores calificaciones en ofertas públicas. Incluso ha quedado demostrado que esas políticas empresariales responsables aumentan el valor bursátil de una sociedad, como producto de la confianza generada a partir de la mejor percepción de transparencia. Incrementa la eficiencia de la sociedad y obtiene mejores resultados comerciales, haciéndola más competitiva.

El lavado de activos en la jurisprudencia argentina

por **NICOLÁS F. BARBIER⁽¹⁾**

I | Introducción

El título de este trabajo seduce al imaginar un análisis cuantioso y cuantitativo de las causas por delito de lavado de activos o blanqueo de dinero, que uno conjetura deben haber sentenciado las usinas jurídicas. Lamentamos advertir al lector que sólo en escasos procesos penales se ha resuelto sobre la implicancia de estos delitos. Esta aparente desilusión significa sin cortapisas: un gran avance. El cual requiere, sobre todo, redoblar los esfuerzos de los operadores jurídicos, reforzar el compromiso en la investigación y profundizar la penalización de los sujetos delictivos.

En el presente trabajo analizaremos las herramientas jurídicas vigentes para la prevención, control y sanción de estas nuevas formas delictivas, a partir de ello intentaremos realizar algunas propuestas que contribuyan al debate, sin soslayar los esfuerzos que se han realizado en los últimos años en esta materia: la sanción de diversas leyes, la creación de organismos gubernamentales, el dictado de normas administrativas, el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, el debate en la agenda pública, la capacitación, formación y especialización de

(1) Director Nacional del Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el proceso penal. Especialista en Derecho Administrativo.

los agentes en la investigación, entre otros. Medidas que demuestran la firme decisión de frenar la propagación de estas nuevas formas criminales. Estos avances deben ser acompañados por sentencias justas, correctoras y reparadoras para poder extirpar este flagelo de las sociedades modernas.

Para adentrarnos en la temática que nos convoca, diremos que: "El término lavado de dinero se refiere a dar apariencia lícita a dinero obtenido de manera ilícita. Si bien dicho término fue acuñado a principios del siglo XX, vinculado a las actividades ilícitas de Al Capone, cuyo producido era convertido en ingresos lícitos a partir de su negocio de lavado y entintado de textiles, esta modalidad delictiva, proviene de varias centurias atrás".⁽²⁾ La doctrina considera al lavado de activos de origen delictivo, también llamado "blanqueo de capitales", como "...el conjunto de operaciones y procedimientos por los que bienes de naturaleza delictiva son incorporados e integrados al sistema económico legal institucionalizado, confiriéndoles apariencia legítima".⁽³⁾ El actual art. 303 CP (Código Penal de la Nación), incorporado por la ley 26.683, invoca que:

"Será reprimido (...) el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de trescientos mil (\$300.000) pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí".⁽⁴⁾

El artículo contempla así la amplia gama de acciones vinculadas al proceso de lavado de activos, las cuales serán juzgadas de forma independiente del delito precedente.⁽⁵⁾ Incluso, la jurisprudencia coincide cada vez

(2) Ver texto en: <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/es/sobre-el-lavado-de-activos/120>

(3) BREGIA ARIAS, OMAR, GAUNA OMAR R., *Código Penal y leyes complementarias*, Bs. As., Astrea, t. II, 2001, p. 750.

(4) CPN, art. 303.

(5) SBATELLA, JOSÉ, "El sistema de prevención y control de LA/FT Argentino: Un balance general", *Lavado de Activos. Prevención y Sanción*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 19.

más en el hecho de que no es necesario tener individualizado el delito anterior para considerar la ilicitud de los fondos toda vez que el imputado no pueda demostrar el origen ilícito de los mismos.⁽⁶⁾ El legislador ha querido sancionar los múltiples, plurales, diversos y variados métodos —en muchos casos altamente sofisticados—, por los cuales las organizaciones criminales introducen al mercado legal bienes obtenidos de la comisión o reiteración de delitos previos. Así, la característica típica del delito de lavado de activos es la existencia de un delito precedente, que no necesariamente debe ser individualizado. Entre estos delitos se destacan el narcotráfico, la evasión tributaria, el contrabando, la corrupción, la trata de personas y demás delitos relacionados con la criminalidad compleja. Es importante subrayar que lavado de dinero tiene, entonces, dos objetivos básicos: ocultar los delitos que dan origen al dinero y asegurar el disfrute de estos ingresos, permitiendo su consumo, su inversión o su ahorro en la economía legal.⁽⁷⁾ El logro de estos objetivos maquiavélicos está supeditado al desarrollo de una logística genuina —de fuentes de información precisas y de un modus operandi planificado—, que le permiten evadir los controles oficiales. Esta circunstancia acentúa la imperiosa necesidad de robustecer la investigación patrimonial, con medidas de identificación, rastreo, localización y seguimiento de los bienes sospechados de ilicitud.

En este orden, es preciso mencionar que en el sistema penal argentino se verifica un bajo impacto en la persecución de los casos complejos de criminalidad económica, en particular, de aquéllos estructurales, intra-sistémicos, altamente organizados, con efectos socio-económicos relevantes y capacidad para permear el dispositivo de prevención con un notable déficit en la obtención de respuestas judiciales efectivas en tiempo razonable.⁽⁸⁾ Sólo dos antecedentes jurisprudenciales han sido resueltos vinculados al delito en estudio, regulados por el anterior art. 278 CP.

(6) Cámara Nacional de Casación Penal, "Orentrajch, Pedro y otros s/ recurso casación", causa n° 6754, sala I, 21/03/2006.

(7) GUILLERMO, JORGE (dir.) "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción", *Recuperación de activos de la corrupción*, 1º ed., Bs. As., Del Puerto, 2008, p. 5.

(8) Resolución PGN 914/2012.

2 | Jurisprudencia

2.I | Tribunal Oral Federal N° 2, “Altamira, Jorge Guillermo y otros p.ss.aa infracción ley 23.737”, Córdoba, 2009

Las circunstancias del caso dan cuenta de la existencia de una asociación ilícita, constituida aproximadamente en el año 2005, para la comercialización y tráfico de estupefacientes. La cual contaba con número de miembros determinado, un acuerdo previo, el carácter de permanencia de los mismos, la distribución de roles, un modus operandi y la finalidad de cometer ilícitos. La sociedad presenta un jefe, el “Gallo” Altarima, y niveles jerárquicos dentro de la organización, como los que cumplían M. V., M. D. V. S., alias la “Gorda Mary”, y L. G. A., alias “Polvorita”.

De los hechos expuestos en el fallo, surge que existió un pacto que perduró en el tiempo, y que unió a todos los integrantes a fin de realizar las conductas delictivas de transporte, tráfico, tenencia y comercialización de estupefacientes (cocaína y marihuana), entre otros. Además, la continuidad y permanente comisión de delitos exteriorizó la indeterminación de los hechos que se proponía esta sociedad ilícita, de tal modo que la conducta reprochable no se agotaba en uno o en varios de los hechos cometidos, sino que lo reprochable está en el acuerdo —sea tácito o expreso— de seguir cometiéndolos según a las oportunidades y contingencias que se presentan.⁽⁹⁾

Además de los referido, la asociación ilícita estaba compuesta por G. M. V., J. G. V. y M. E. R., parientes de M. M. V.—esposa del Gallo Altamira— todos ellos con bajo nivel de ingresos y procedentes de sectores económicos carenciados, éstos actuaron como testaferros o “prestanombres” de Jorge Altamira y Magalí Vallejo, adquiriendo, comprando, vendiendo y transfiriendo vehículos, bienes muebles e inmuebles y fondo de comercio, con el dinero que les proporcionaban los jefes, producto de la venta ilegal de drogas; de esta forma ingresaba al circuito legal el dinero obtenido de manera fraudulenta.⁽¹⁰⁾ En consecuencia, J. G. V., G. M. V. y M.

(9) Punto Noveno.

(10) Punto Decimo

E. R., fueron condenados por el delito de “lavado de activos de origen delictivo” regulado por el entonces arts. 278 apart. a) CP. El objetivo de las actividades económicas que llevaron adelante los nombrados, fue adquirir bienes con el dinero que provenía del lavado de activos originado del narcotráfico; mediante la adquisición “legal” de los mismos se blanqueaba el dinero que “ganaban” los jefes de la banda, Gallo Altamira y Magali Vallejo.

En este sentido, el Tribunal estableció, que:

“...la figura penal no exige que quien lleva a cabo la acción tendiente a legitimar el activo tenga conocimiento preciso del delito previo, ni tampoco que se proponga ocultar o disimular la procedencia ilícita de los bienes, sino que su conducta sea potencialmente apta para ello, y que el autor lo sepa. Es así que el sujeto activo de este delito no puede ser el autor del delito que generó esos bienes, siendo necesario acudir a un tercero con posibilidad práctica y técnica de hacerlo. La acción típica del delito se configura cuando se llevan a cabo las acciones descriptas en la primera parte del art. 278. Este artículo exige como elemento normativo propio la acreditación de un nexo entre el objeto lavado y un delito previo, el cual pudo ser reconstruido en virtud de las escuchas telefónicas”.

En virtud de esta interpretación jurisprudencial, se debe probar el nexo, relación u/o conexión del bien blanqueado y el delito precedente. Se debe alcanzar con los medios probatorios certeros que permitan esclarecer el vínculo entre el bien lavado y el hecho delictivo. Ello, es preciso para develar el origen del bien.

En el fallo, se establece que la doctrina y jurisprudencia admiten que es innecesario que el delito antecedente resulte acreditado por una sentencia judicial firme, tanto en su configuración típicamente antijurídica como en la autoría responsable del acusado.⁽¹¹⁾ Basta con que se haya demostrado en la causa judicial donde se expone éste último que el primer hecho era típico y antijurídico.

(11) Tribunal Oral Federal N° 2, “Altamira, Jorge Guillermo y otros p.ss.aa infracción ley 23.737”. Córdoba, 2009, p. 61.

La acción típica del delito se configura cuando se llevan a cabo algunas de las siguientes acciones: convertir, transferir, administrar, vender, gravar, o aplicar, dinero o bienes provenientes de un delito (art. 278 CP). Haremos una escueta mención respecto al significado de las acciones antes mencionadas: Convertir; mutar, transformar los bienes en otros de distinta naturaleza; Transferir, transmitir o ceder el bien; Administrar, regentear, dirigir, manejar, actividad que incluye el concepto —más restringido— de distribuirlos o ponerlos en circulación de manera paulatina o fraccionada, de modo de disimular su origen ilícito; Vender, enajenar, entregar los bienes por un precio; Gravar, afectar los bienes como seguridad de un crédito; y Aplicar, usar, emplear destinar con el fin de obtener un determinado efecto o rendimiento.⁽¹²⁾

Volviendo al fallo “Altamira y otros” en la sentencia además de las condenas, se dictó el decomiso de los automóviles New Betlee, Ford Ranger, la mesa de pool y el fondo de comercio del restaurante “Como en Familia” por tratarse de bienes provenientes de la actividad delictiva de Jorge Altamira y Magali Vallejo. Así, el automóvil Fox Cross, por tratarse de un instrumento del delito, como también el decomiso de las balanzas marcas Elvar y Tissot y la suma de \$5580, por ser instrumento del delito (art. 23 CP) afectando el patrimonio de los condenados y desarticulando las herramientas de logística de la sociedad.

2.2 | “Acosta Aguilera, Luz María y Guzmán Ramírez, Francisco Javier s/contrabando e infr. arts. 278 inc. 3) y 277, inc. 3), apart. b) CP”, Buenos Aires, Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2

Este fallo se vincula con el ingreso ilegal de divisas al país, falseando los documentos y formularios de ingreso de dinero. En primer término, se estableció que los ingresos o egresos de divisas extranjeras con ocultamiento, pueden ser considerados tanto delito de contrabando como infracción cambiaria, fiscal o incluso lavado de activos (con sus naturales y extremas consecuencias, entre las que se encuentran la posibilidad de recibir penas

(12) BREGIA ARIAS, OMAR y GAUNA OMAR R., *op.cit.*

de prisión en caso de considerar la acción un delito o simples multas y decomisos en el supuesto de considerar a la acción como infracción). De acuerdo a las vicisitudes por las que transitó el proceso, los jueces encuadraron los hechos en el delito de lavado de activos. Por lo cual, se enmarca en el art. 278 apart. 3) CP, que define que "...se reprime a aquél que recibe dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia de lícito. La norma referida no requiere el conocimiento de todos los detalles y pormenores del delito, sino que es suficiente, como mínimo, la sospecha de la procedencia ilícita" de los bienes.⁽¹³⁾

En el asunto que se analiza, no se presenta prueba directa del delito o actividad delictiva precedente, por lo que el Tribunal estableció que la acreditación del origen del dinero debe darse a partir de los s indicios y presunciones sujetos a la sana crítica racional —art. 3, apart. 3) de la Convención ONU de Viena, de 1988 sobre Tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y art. 398 párr. 2 del CPP—.⁽¹⁴⁾ Por esta razón, el Tribunal desarrolla puntual y taxativamente los indicios que permitieron acreditar el origen delictivo del dinero secuestrado. Entre los cuales podemos señalar:

- a. La ausencia de patrimonios suficientes en cabeza de los imputados que justifiquen la legítima tenencia del dinero extranjero que se pretendió introducir al país.
- b. El método de ocultamiento del dinero y las falaces declaraciones de los imputados al llenar los formularios aduaneros.
- c. La inexistencia de una actividad de los imputados que puedan acreditar la acumulación de activos secuestrados, entre otros. Por lo cual, el Tribunal tuvo por acreditado que el dinero procede de hechos susceptibles de ser calificados como delitos o poseer un origen delictivo, siendo suficiente la relación de los imputados con las actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero.

En orden a la acción típica del art. 278, apart. 3 CP —recibir bienes (ajenos) con el fin de hacerlos "aplicar" en una operación que le de apariencia posible de un origen lícito— resulta plenamente acreditada, según el Tribunal, respecto de cada uno de los imputados en las circunstancias de los

(13) Punto 34.

(14) Punto 35.

hallazgos en su poder del dinero encontrado, y el ocultamiento planificado del mismo.

El Tribunal condenó a los imputados como coautores del delito de lavado de activos agravado por el ánimo de lucro y decretó el decomiso del dinero secuestrado (U\$S 618.000 seiscientos dieciocho mil dólares).

En su voto del Dr. Claudio Javier Gutierrez de la Carcova, citó — en marco de la sentencia del caso mencionado— las posibles consecuencias económicas producto del delito de lavado de dinero: a) Provocan fuertes distorsiones en la economía, dado que el fin buscado es el ocultamiento del origen ilícito del dinero, y no generar utilidades. Los “fondos lavados” perjudican al sector privado al confundirse las ganancias legítimas de actividades lícitas, con fondos ilegales en la mayor parte de los casos provenientes del narcotráfico; b) afectan la integridad del sistema financiero. El dinero una vez introducido en el sistema económico obtiene un manto de legitimidad y permite a las propias organizaciones delictivas que lo inviertan en nuevas transacciones; c) repercusiones socioeconómicas, dado que terminan favoreciendo los niveles de corrupción y perjudicando a la economía en general.⁽¹⁵⁾

Así, de las dos sentencias condenatorias sobre el delito de lavado de activos que hemos analizado, se puede desprender lo siguiente:

- El delito de lavado de activos o blanqueo de dinero, es propio, autónomo e independiente del hecho delictuoso que genera el activo;
- el sujeto activo del delito de lavado, es un tercero ajeno al delito originario;
- es innecesario que el sujeto activo conozca la procedencia del bien, sólo es exigible la mera sospecha de su ilicitud;
- la investigación se debe centrar en develar el nexo entre el hecho delictivo y el origen del bien; en caso contrario, se debe acreditar por indicios razonables y verificables;
- es necesario una exhausta investigación patrimonial de los imputados. En el primer caso, se estableció que provenían de “bajo nivel de ingresos y procedentes de sectores económicos carenciados”, en el segundo caso, se investigó el patrimonio, actividad, profesión, etc. de los imputados para demostrar que el dinero ocultado no era de ellos.

(15) Punto 57.

3 | Decomiso o comiso

Nos encargaremos de explicar las implicancia de las medidas de comiso o decomiso, partiendo de la premisa de que un régimen eficaz antilavado requiere de que se adopten acciones provisionales y penas de comiso o decomiso sobre los bienes involucrados. El decomiso evita que las propiedades delictivas se laven o se vuelven a invertir para facilitar otras formas de delitos o para ocultar las ganancias ilícitas. En sí esto puede restringir significativamente las operaciones delictivas organizadas, reprimirlas o frustrar el movimiento de ganancias que provienen de un delito.⁽¹⁶⁾

Sabido es que el decomiso como instituto penal es la herramienta que posee el Estado para procurarse los bienes que sirvieron para cometer un hecho ilícito ("instrumentos") o de aquellos que son producto o ganancia de éste.⁽¹⁷⁾ Tradicionalmente fue considerado como una pena accesoria. En la actualidad, tal idea se encuentra relativizado por una nueva concepción, en parte influenciada por el derecho internacional, cuyo objetivo gira en torno a impedir y anular el rédito generado por los delitos cometidos aún sin mediar condena, abandonando el carácter netamente punitivo de dicho instituto. Así, pues el recupero de activos proveniente de determinados tipos de delitos —corrupción, terrorismo, tráfico de estupefacientes, delitos de carácter transnacional y de crimen organizado en general— importó una modificación sustancial en los mecanismos que el derecho interno debió incorporar para su debida prevención e investigación.⁽¹⁸⁾

Es este orden, se debe ejecutar una política criminal dirigida a privar a los delincuentes de las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades delictivas. La idea que subyace esta misma es que las respuestas tradicionales al delito, tales como la pena privativa de la libertad y la multa, no son muy eficaces contra el crimen organizado; un complemento esencial.

(16) GAFI, Documento Guía, *Mejores Prácticas Decomiso*, (Recomendaciones 3 y 38) p. 2.

(17) Cámara Nac. de Apelac. en lo Criminal y Correccional Federal "Miceli, Felisa Josefina s/ inf. art. 277 inc. 2 en función del inc. 1 c) y agravado por el inc. 3 d) en concurso real con el delito previsto en el art. 255, ambos del CP, p. 142."

(18) *Ídem*, p. 143.

de ella es actuar contra sus bienes (y no solo contra personas). En esta estrategia cobra especial protagonismo el comiso de tal riqueza.⁽¹⁹⁾

Debemos destacar que durante estos últimos años, en el ámbito internacional, la institución del comiso está adquiriendo una gran importancia, hasta el punto de considerarse el arma central en el arsenal dirigido a hacer frente a los productos del delito.⁽²⁰⁾ Porque la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos está viciada en su origen y, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta, pues al no hallarse en "estado legal" no tiene el amparo constitucional a la inviolabilidad de la propiedad.⁽²¹⁾

El decomiso sirve para prevenir posteriores delitos, es decir, existe un riesgo concreto de perder ganancia o provecho producto de la comisión del delito. Esta medida apunta a la prevención de posteriores delitos y a la frustración del lucro indebido para el condenado.⁽²²⁾ Es importante tener presente los efectos disuasivos y preventivos del decomiso, especialmente en los hechos vinculados al narcotráfico, donde organizaciones criminales transnacionales que generan muchas divisas cometan delitos porque el beneficio o ganancia les resulta incommensurablemente más provechoso que la ulterior y lejana condena privativa de la libertad.

Tradicionalmente se consideraba que para proceder al decomiso del producto del delito, era necesario obtener una sentencia penal condenatoria. En este sentido, la Cámara de Casación Penal, sala VI, ha dicho

"...que el decomiso es una consecuencia accesoria a una pena principal, que constituye un efecto de la sentencia condenatoria cuando se configuran aquella condiciones legalmente previstas y que, por encontrarse dispuesta en la parte general del Código

(19) OEA. Sistemas de Administración de Bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado, 2011.

(20) BLANCO CORDERO, ISIDORO, *La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos*, Ed. Asociación Internacional de Derecho Penal, 2007.

(21) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 143.

(22) FEDERIK, JULIO, "Comentario a los artículos 23 y 24" en David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1997, p. 309.

Penal, resulta aplicable a todos los delitos previstos en dicho cuerpo normativo y en bases especiales —a menos que dispongan lo contrario— (art. 4 CP)”.⁽²³⁾

A partir de la sanción de la ley 26.683 del 21/06/2011, se modifica esta situación en determinados delitos complejos, entre ellos, los regulados en el nuevo Título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero” del Código Penal, que establece:

“...serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”.⁽²⁴⁾

El orden económico y financiero se configura como un bien jurídico supra-individual, cuyo titular o sujeto pasivo es la comunidad en general.⁽²⁵⁾

El decomiso de bienes ha sido siempre una herramienta de poca importancia en el Código Penal —regulado en el art. 23— pero creemos que puede ocupar un lugar de mayor relevancia con sólo advertir que el principal dato que caracteriza a la configuración de la delincuencia económica y la corrupción es la capacidad de generar grandes mercados ilícitos y redes de intercambio por las que circula la información, influencia en la toma de decisiones, dineros privados, dinero públicos, redes de empresas interpuestas, todo lo cual configura las bases del fraude del erario público.⁽²⁶⁾

Para contrarrestar los profundos daños económicos-sociales que produce la inyección de bienes “viciados” al mercado legal e institucional, y con el fin de extinguir la propagación del delito, el Poder Judicial de la Nación debe arbitrar los medios idóneos para efectivizar condenas de decomiso

(23) Voto Hornos, Cámara de Casación Penal, sala IV “Alsogaray, María Julia”, 09/06/2005.

(24) Ley 26.683, art. 6.

(25) SBATELLA, JOSÉ, *op. cit.*

(26) BISCAY, PEDRO, “Recuperación de Activos. Una estrategia compleja”, *Lavado de Activos Prevención y Sanción*, Bs. As., Infojus, 2013.

y/o comiso de las ganancias obtenidas o sus instrumentos en beneficio del Estado, para restablecer el desequilibrio general causado. El sistema judicial argentino presenta una gran deuda en esta materia, que debe subsanar en lo inmediato. En este horizonte, es necesario destacar que el decomiso puede ser entendido como una acción aislada o como una estrategia compleja donde se oriente la persecución penal hacia la desarticulación de las redes que ponen en juego el financiamiento de actividades criminales.⁽²⁷⁾ Esta segunda visión es la que debemos continuar consolidando y construyendo.

4 | RNBSD/organismo interviente

La República Argentina cuenta con un Sistema de Prevención y Control del Lavado de Activos (LA) y Financiación del Terrorismo (FT) que se ajusta a los más altos estándares internacionales.⁽²⁸⁾ En los últimos años, la reconstrucción del aparato estatal, las tecnologías implementadas en él y por sobre todo, la firme voluntad política, permitió la confección, creación y elaboración de instrumentos eficaces para prevenir, controlar y sancionar esta forma delictiva singular tan dañosa para las sociedades modernas.

En el sistema de prevención y sanción del delito de lavado de activos, interactúan un sinnúmero de organismos para develar la “ruta” o “camino” de los bienes. Entre ellos podemos mencionar, el Banco Central de la República Argentina (BCRA), la Comisión Nacional de Valores (CNV), la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), la Inspección General de Justicia (IGJ), el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), etc. Sin embargo, el organismo rector en esta materia es la Unidad de Información Financiera (UIF), que ha logrado objetivos extremadamente valiosos, entre los más destacados, podemos mencionar: aumentar considerablemente la cantidad de sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas —inmobiliarias, fideicomisos, entidades deportivas, cooperativas y mutuales (ley 25.246)—, incorporó medidas especiales de investigación, —eliminó los secretos fiscales intra-organismos en el marco de una investigación—, el de la UIF como querellante en los procesos judiciales donde existan sospechas de lavado, —la adopción de medidas de inmovilización de bienes—, sanciones administrativas a los sujetos obliga-

(27) *Ídem*, p. 23.

(28) SBATELLA, JOSÉ, *op. cit.*

dos que incumplen con los reportes,—ordenar el congelamiento inmediato de los bienes o dinero del sujeto reportado en los casos de operaciones sospechosas de financiamiento del terrorismo (decreto 918/2012)—, la interacción y cooperación de organismos similares en el ámbito internacional, y por sobre todo, la instalación en la agenda pública e institucional de profundizar las investigaciones patrimoniales para prevenir, controlar o, en su defecto, sancionar el delito de lavado de activos.

El Ministerio Público Fiscal, ha realizado un aporte estratégico en esta materia con la creación de la PROCELAC (resolución N° 914/2012). Esta super-unidad absorbió las estructura y competencias de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCO), de la Unidad Fiscal de Investigación de los Delitos de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo (UFILAVDINTER) y de la Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública (OCDAP) y quedan ajustadas a las áreas operativas —conforme la temática— a la nueva Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos.

La nueva estructura creada en el ámbito de la Procuración General, además de satisfacer las Recomendaciones 30 y 31 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAIFI-FATF), permite vislumbrar un paso gigante, que esperanza a los operadores jurídicos porque se espera que los delitos de lavado se investiguen seriamente, con profesionalismo, dedicación y compromiso con la legalidad y el bienestar general. Recordemos que el Ministerio Público adeuda un reexamen de su desempeño en la persecución de estos delitos y, especialmente, en el rol que ha jugado la UFILAVDIN, que no logró hacer avanzar las investigaciones de lavado y la posibilidad de lograr una condena penal en estos casos.⁽²⁹⁾

En el marco de los esfuerzos y medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional, se dictó el decreto 1642/2011 por el cual se creó el Programa de Nacional de Monitoreo de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, con el objeto de monitorear y examinar en forma permanente la correcta aplicación de las nuevas normativas e identificar eventuales obstáculos para que puedan ser corregidos de inmediato.⁽³⁰⁾ Este Programa, refirió que las causas de encubrimiento

(29) BISCAY, PEDRO, *op. cit.*, p. 22.

(30) DEGOUMOIS, MARTÍN, "Monitoreo de la implementación de políticas contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo", *Lavado de Activos. Prevención y Sanción*, Bs. As., Infojus, p. 89.

y lavado de activos informadas —antes de la sanción de la ley 26.683— fueron 63 de un total de 137, es decir un 46%⁽³¹⁾ a la espera de resolución en la Justicia.

Por el decreto 826/2011, la Presidenta de la Nación, creó el Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el Proceso Penal, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Esta medida, permite cumplir satisfactoriamente con las Recomendaciones sobre Lavado de Activos emitidas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAIFATF), en especial la n° 3 y n° 38. Asimismo, la implementación del RNBSD además de dar respuesta a los señalamientos efectuados en el ámbito internacional, representa un aporte indispensable en la implementación de los dispositivos normativos necesarios para la recuperación de activos de origen ilícito, conforme la tendencia seguida en el ámbito regional.⁽³²⁾

El RNBSD tiene la facultad de identificar, registrar, valuar y localizar la totalidad de los bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar en el marco de un proceso penal, logrando un seguimiento procesal y material de los bienes informados. Asimismo, el Registro centraliza la información de los bienes secuestrados o decomisados en causas penales constituyéndose en un organismo de consulta por los operados jurídicos vinculados a la investigación y sanción del delito de lavado.

Dicho organismo cuenta con un software propio y genuino, confeccionado con tecnología, diseño y planificación estatal de excelencia, ideado para la registración de la totalidad de los bienes secuestrados y/o decomisados. El sistema permite registrar: carátula de las causas, número de expedientes, imputados, autoridad informantes, estado de la causa, situación judicial del bien, tipo de bien, características específicas, localización, valuación del bien, situación jurídica de la causa. Esta información permite diagramar una política de recupero de activos integral, porque se toma efectivo conocimiento de los bienes involucrados en el laberinto de los tribunales.

Desde la implementación del RNBSD, se comenzó con el envío de notas a la totalidad de la Justicia Nacional en lo Penal Económico, Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Justicia Federal del Inte-

(31) *Ibid*, p. 98.

(32) Decreto 926 del 17/06/2011.

rior —Fuero Penal—, Tribunales Orales Federales, Cámara Nacional en lo Penal Económico, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Justicia Nacional Criminal de Instrucción, etc.; solicitando información vinculada a los bienes sujetos al régimen del decreto 826/2011. De un total de 293 notas cursadas, sólo el 23% de las mismas, tuvo respuestas favorables y han enviado la información requerida al organismo. De los cuales, numerosos casos han reiterado el envío de información mensualmente.

El RNBSD recibe información de las autoridades penal federal y de los distintos fueros de la justicia penal nacional sobre los bienes secuestrados, decomisados o afectados a una medida cautelar. En la generalidad de los casos, los datos se cruzan con los Registros Públicos específicos, develando la titularidad del bien e historial del mismo para ser utilizados durante la investigación. Además de ello, con la plena implementación del RNBSD se pretende brindar transparencia sobre la administración, custodia, conservación, mantenimiento, disposición y destino de los bienes referidos. Actualmente, esta información es inexistente o bien se encuentra limitada al ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y vedada a la comunidad. Esta situación genera infinitos interrogantes, obstaculizando con ello el desarrollo de una política criminal eficaz por parte de los restantes poderes del Estado y, al mismo tiempo, ensombreciendo las políticas judiciales. Por lo que creemos fervientemente que se debe profundizar el camino iniciado, con total conocimiento de los bienes secuestrados, decomisados en las causas penales, trasparentando su destino y utilización.

La cantidad de medias dispuestas por la justicia, sobre los bienes sujetos a la normativa, durante el año 2012 —informadas al RNBSD— son:

TABLA 1.

Medida	Cantidad de bienes
Decomiso	19
Embargo	50
Medida cautelar	2
Secuestro	962
No informado	94
Total general	1127

Por lo cual, el Poder Judicial en su conjunto, debe redoblar los esfuerzos cumpliendo con la normativa citada, cooperar con los organismos creados y asumirse de una vez, como integrante del Estado Nacional. Los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, demandan del esfuerzo, laboriosidad y dedicación de los tres Poderes. En esta materia consideramos que el Poder Ejecutivo ha realizado incommensurables esfuerzos —decretos, decisiones administrativas, creación de organismo, defensa en los foros internacionales G20, GAFl, envío de proyectos de ley al Congreso, etc.— asimismo el Poder Legislativo realizó aportes trascendentales (sanción de leyes antilavado y financiamiento del terrorismo), el Ministerio Público Fiscal creó una unidad especializada (Procelac), ante tal panorama el Poder Judicial de la Nación adopta una actitud pasiva —tanto por las ínfimas sentencias sobre estos delitos, como el ocultamiento de la información vinculada con los bienes decomisados— frente a esta integral política de Estado.

Algunos países, en foros internacionales, han propuesto en esta materia que los Estados deben adoptar mecanismos para el recupero de activos de origen criminal, y para ello se debe considerar el establecimiento de un Fondo de Bienes Decomisados.⁽³³⁾ La nota interpretativa de la Recomendación N° 38 del organismo internacional GAFl-FATF, del cual nuestro país es miembro pleno, considera que los países deben establecer un fondo de decomiso de activos en el cual se depositarán todas o parte de las propiedades confiscadas, en cumplimiento de la ley, con propósitos en el área de educación, salud y otros.⁽³⁴⁾

Por ello, aportamos al debate en esta materia la necesidad de crear un fondo de bienes decomisados en nuestro país, creado por ley, que permita obtener y designar mayores recursos haciendo más efectiva la investigación patrimonial de los delitos de lavado y combatir el flagelo de la delincuencia organizada con mayores herramientas.

(33) G8. Mejores Prácticas para la Administración de Activos Incautados Grupo Roma. Subgrupo Penal de Asuntos Jurídicos. Versión final 27/04/2005.

(34) GAFl. Mejores prácticas. Decomiso. Recomendaciones 3 y 38, p. 8.

Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (*whistleblower*) como estrategia político criminal

por MATEO G. BERMEJO⁽¹⁾

I | Introducción

Desde hace décadas, la literatura jurídico-penal alemana viene haciendo referencia a la necesidad de apelar a formas complementarias al derecho penal como medio de prevención del delito en las organizaciones empresariales, ante la ineeficacia evidenciada por la utilización exclusiva de la ley penal en este ámbito.⁽²⁾

.....

(1) Doctor en Derecho (Universitat Pompeu Fabra/España), Magíster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO/Argentina), Abogado (UBA). Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Penal en la Universidad Nacional de San Juan y Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Cuyo. Actualmente ejerce como Fiscal General subrogante ante el Tribunal Oral Federal de San Juan.

(2) Así, se afirma: "Con base en la experiencia existente hasta el momento en nuestro Derecho Penal Económico, no puede negarse que una prevención suficientemente eficaz de conductas que causan un daño social insopportable en la vida económica no puede lograrse ni a través de la imposición de sanciones penales ni a través de estrategias extrañas al Derecho Penal por sí solas, sino, solamente, a través de un engranaje práctico de las formas de lucha posibles en estos niveles". SCHÜNEMANN, B., "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 629 y 630.

Es en este estado de la cuestión que, desde hace algunos años, se inserta en el discurso jurídico-penal el novedoso tópico de la organización de la empresa con la finalidad de cumplir con la ley penal (*Criminal Compliance*) por medio del desarrollo de los, así denominados, Programas de Cumplimiento (*Compliance Programs*). Esta cuestión resulta emergente, por un lado, de la evidente ineeficacia preventiva de las regulaciones jurídicas en general y de las penales en particular para prevenir los numerosos escándalos que protagonizaron reconocidas empresas multinacionales de los países centrales en los últimos años (verbigracia, World Com y Enron en los Estados Unidos, así como Siemens, Parmalat o las entidades financieras suizas en relación con el lavado de dinero de la corrupción en Europa) y, por otro lado, de la experiencia obtenida a partir de la estrategia regulatoria en la prevención del lavado de dinero.⁽³⁾

En efecto, el concepto de *Criminal Compliance* se ha hecho conocido en Alemania sobre todo en relación con el Departamento de Cumplimiento (*Compliance Abteilung*) de las entidades financieras en la prevención del lavado de dinero,⁽⁴⁾ mientras que en España también las referencias más comunes a esta cuestión pasan, en general, por la prevención de este delito.⁽⁵⁾ Lo mismo ocurre en América Latina, considerando, para llevar a cabo este diagnóstico, la legislación de tres de las economías más avanzadas de la región: la regulación contra el lavado de dinero en Brasil⁽⁶⁾ y las recientes reformas penales en Chile⁽⁷⁾ y Argentina.⁽⁸⁾

(3) Al respecto, ver BERMEJO y PALERMO, "Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Officers wegen Beteiligung an einer Straftat", en *Compliance und Strafrecht*, Kudlich/Kuhlen/Ortiz de Urbina (eds.), C. F. Müller, Heidelberg et al., 2012, p. 137 y ss.

(4) Ver SIEBER, "Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht", en *FS für Klaus Tiedemann*, Sieber u.a. (ed.), 2008, pp. 451 y 452.

(5) A modo de ejemplo, ver BACIGALUPO, *Compliance y Derecho Penal*, Hammurabi, Bs. As., 2012, p. 128.

(6) SAAVEDRA, "Criminal Compliance aus brasilianischer Sicht", en Rotsch (ed.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Nomos, 2012, p. 150.

(7) Ley 20.393, 02/12/2009, cuyo ámbito de aplicación se encuentra limitado a los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y soborno o cohecho activo. Ver HERNÁNDEZ, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Revista Política Criminal*, n° 9, vol. 5, p. 215.

(8) Ley 26.683, promulgada por decreto 825/2011 de fecha 17/06/2011, BO el día 21 del mismo mes, y que modifica el Código Penal en lo atinente al régimen del lavado de dinero,

Asimismo, también puede advertirse un creciente interés en la utilización de los Programas de Cumplimiento para la prevención de distintas expresiones de la criminalidad empresarial en relación con una gran diversidad de tipos de hechos ilícitos, yendo más allá de la experiencia en la preventión del lavado de dinero: así, el financiamiento del terrorismo, los delitos de corrupción, la administración desleal, los delitos contra la competencia y los delitos contra la Hacienda Pública, entre otros.⁽⁹⁾

Según la doctrina comparada, los Programas de Cumplimiento presentan algunos elementos comunes que los caracterizan,⁽¹⁰⁾ entre los que se

.....

incorporando un nuevo Título (Título XIII) bajo la denominación "Delitos contra el orden socioeconómico y financiero". Ver GIL LAVEDRA y SGRO, "El nuevo régimen legal del lavado de activos", en Revista Jurídica La Ley, año LXXV, nº 157, pp. 1, 2.

(9) Por ejemplo, respecto de la administración desleal y la corrupción ver KUHLEN, "Strafrechtliche Haftung von Führungskräften", en *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*, Maschmann (ed.), Nomos, 2009, pp. 13, 14. Respecto del financiamiento del terrorismo, ver la Directiva Europea 2005/60/UE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

(10) Estos elementos característicos son: 1) Gestión del riesgo: análisis de los riesgos delictivos específicos de la empresa; 2) Códigos de conducta: definición y comunicación de los valores y fines de la empresa (Mission Statements) y determinación de las reglas de conducta y procedimientos para la empresa y empleados; 3) Identificación de líneas de responsabilidad: fundamentación de la responsabilidad de la alta dirección en relación con los fines y procedimientos para la prevención de la criminalidad, así como determinación de la responsabilidad para la línea de dirección media con la creación de una unidad especializada en la empresa (Compliance-Abteilung); 4) Sistema de información: creación de un sistema de información para el descubrimiento y esclarecimiento de delitos, lo que incluye manuales de información dirigidos a los trabajadores (*Informationschrift*), cursos de capacitación y un sistema de reporte de irregularidades (*whistleblowing*); 5) Control y evaluación (interna y externa) del Programa: establecimiento de revisores y controles internos y externos en atención a elementos particulares de los programas, lo que implica un sistema de evaluación y adaptación permanente; 6) Estructura de incentivos eficaces para cumplir las normas: establecimiento de medidas internas para sancionar las infracciones, así como de una estructura de incentivos eficaces para la ejecución y desarrollo de las medidas mencionadas. Ver SIEBER, *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht*, op. cit., pp. 457 y ss., 477. También KUHLEN, "Strafrechtliche Haftung von Führungskräften", en *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*, op. cit., pp. 29 y 30. En sentido similar, NIETO MARTÍN, "Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa", en Bajo Fernández (dir.); Bacigalupo y Gómez Jara Díez (coords.), *Gobierno corporativo y derecho penal*, Madrid, Ed. Univ. Ramón Areces, 2008, pp. 134 y ss. Destaca también estos elementos, con algunos matices, en uno de los primeros intentos teóricos que identifican la importancia de los *Compliance Programs* y la autorregulación regulada para la prevención del lavado de dinero, FISSE, "Money Laundering, Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls", en *Current Issues Crim. Just.*, nº 6, 1994-1995, pp. 180 y 181. También ver BERNDT y HOPPLER, "Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance", en BB, nº 48, 2005, p. 2627. LAMPERT, "Compliance-Organisation", en *Corporate Compliance. Handbuch prider*

encuentra el objeto de este trabajo: la incorporación a la empresa de un sistema de reporte de irregularidades (*whistleblowing*). Así, el objetivo de este trabajo consiste en, por un lado, ilustrar las características que presenta, en el derecho comparado, el rol de informante interno (*whistleblower*) (puntos 4 y 5), partiendo de su origen y características generales (punto 2) así como de un análisis de su utilidad social (punto 3) para, luego, proponer un mayor desarrollo regulatorio de esta materia en lo relativo a la preventión de la delincuencia empresarial en la legislación argentina (punto 6).

2 | El informante interno (*whistleblower*): concepto y orígenes

Este sistema de reporte de irregularidades (*whistleblowing*) se estructura sobre la construcción de vías internas y externas para que la información relativa a infracciones de normas legales, regulatorias o éticas, ya sea que puedan atribuirse a empleados, directivos o a la propia empresa, pueda llegar a aquellos que pueden tomar medidas adecuadas para evitar la consumación de un hecho ilícito o sancionarlo, evitando los daños sociales que se derivan de la acción en curso o disuadiendo a futuros infractores de cometer hechos similares.

El sistema toma forma a partir de la existencia del rol del informante interno o informante de irregularidades. El término que se ha consolidado en inglés para nombrar a quien cumple esta función es el de *whistleblower*. La palabra tiene su origen en los policías que antiguamente tocaban el silbato para avisar a otros agentes cuando advertían la presencia de un delincuente: por ello, su significado literal es “el que hace sonar el silbato”, pero en este contexto puede traducirse como “informante de irregularidades”.⁽¹¹⁾ Así, puede definirse al *whistleblower* en una primera aproximación como

Haftungsvermeidung im Unternehmen, Hauschka (ed.), Beck, München, 2007, p. 148. También HAUSCHKA, “Einführung”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (ed.), Beck, München, 2007, p. 16..

(11) Ver CAVICO, F., “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, en *South Texas Law Review*, nº 45, 2003-2004, p. 548. En el mismo sentido, RAGUÉS I. VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político criminal”, en *Indret*, 3/2006, p. 3.

"...una persona que como miembro de una asociación informa acerca de irregularidades que ha percibido dentro de la respectiva institución..."⁽¹²⁾

El fenómeno de los informantes internos se ha transformado en parte fundamental de la cultura política de los Estados Unidos.⁽¹³⁾ Se afirma que el auge de esta figura se sitúa en la década de 1960 y que su irrupción está muy vinculada con el movimiento de los derechos civiles, la desilusión ciudadana ante la guerra de Vietnam y el Watergate y la incapacidad de las empresas y la administración para contener los nuevos riesgos de la tecnología y la industria.⁽¹⁴⁾ Habría sido Ralph Nader quien propuso por primera vez, en 1970, que el *whistleblowing* fuera utilizado como un medio de controlar las infracciones legales de las empresas y la administración pública.⁽¹⁵⁾

(12) Ver JOSITSCH, D., "Whistleblowing' und Korruptionsbekämpfung", en *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Wohlers (ed.), Schulthess, Zürich/Basel/Geneva, 2007, p. 97. A pesar de la aparente novedad de la cuestión, la literatura clásica ya ha tratado el tema. Henrik Ibsen ilustró en su obra *Un enemigo del pueblo* el dilema de quien, motivado por su sentimiento del deber, tuvo que poner en juego su honor y su situación económica personal para proteger la salud y la vida de otros, enfrentándose a quienes motivados por su propio bienestar preferían ocultar lo que sucedía. En dicha obra, el doctor Tomás Stockmann, que ha pasado su juventud en un pueblo del norte de Noruega, vuelve a su ciudad natal, donde funda un balneario al descubrir determinadas propiedades en sus aguas. Otras personas incurren en graves deficiencias en el saneamiento de la instalación con lo que ponen en peligro la salud del pueblo y los bañistas. Stockmann decide, entonces, denunciar las irregularidades; la mayoría, presidida por el propio alcalde y motivada por los importantes beneficios económicos que se perderían por el cese de la actividad, le desacredita. Al fin, se le declara, por unanimidad, enemigo del pueblo. Para un análisis de esta obra de Ibsen y otras, GÓMEZ DE LA MATA, G., "Prólogo", en Henrik Ibsen, *Teatro Completo*, Madrid, Aguilar, 1979, pp. 71-118, particularmente sobre *Un enemigo del pueblo*, ver pp. 100/102.

(13) Ver DEISEROTH, D., "Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland", en *Betrifft Justiz*, nº 78, junio 2004, p. 296. Expresión del papel de esta institución en la cultura de los Estados Unidos es la activa ONG creada en 1988 y denominada National Whistleblower Center, que ha provisto de protección y asistencia a muchos informantes a través de los EEUU. Para más información, visitar su página web: <http://www.whistleblowers.org/>. Ver CULP, D., "Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective", en *Hofstra Labor Law Journal*, nº 13, 1995-1996, pp. 120 y 121.

(14) Ver GLAZER, M. P. y GLAZER, P. M., "The Whistleblowers. Exposing Corruption in Government & Industry", Estados Unidos de América, Lightning Source Inc., pp. 9-38; cit. en RAGUÉS I. VALLÉS, R., *ibid.*, p. 4.

(15) Ver CALLAHAN, E., y DWORKIN, T., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", en *Villanova Law Review*, nº 37, 1992, p. 318.

En los últimos años, esta cuestión ha estado en el centro de las controversias suscitadas por los más importantes hechos de criminalidad empresarial de los Estados Unidos y Europa. Tanto en el caso Commerzbank en Alemania, como en los procesos relacionados con Enron y World Com en los Estados Unidos, los informantes internos tuvieron un papel clave en el descubrimiento de los delitos cometidos por la empresa y/o sus directivos.⁽¹⁶⁾

Esta importancia de los informante internos se relaciona con las regulaciones relativas a los derechos y deberes de los *whistleblowers*, considerados un mecanismo eficaz de persecución de las conductas de corrupción y otros delitos dentro de sus sistemas empresariales y de la administración pública, que son bien conocidas en ordenamientos jurídicos del ámbito anglosajón (Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia).⁽¹⁷⁾ Si bien puede tratarse también de lucha contra la corrupción y de ilícitos en el ámbito público, voy a referirme aquí a la delincuencia empresarial, sin que ello obste a su extensión a otras organizaciones, tales como la administración pública.

(16) Así, para el caso de Europa, puede verse el relato del caso de Werner Demant, quien en el ámbito de su actividad laboral en el CommerzBank en Frankfurt a mediados de los años 90 identificó una serie de operaciones que constituyan el delito de evasión de impuestos y reportó las irregularidades, ver DEISEROH, D., "Zivilcourage am Arbeitsplatz – Whistleblowing", en *Zivilcourage lernen. Analysen – Modelle – Arbeitshilfen*, Meyer/Dovermann/Frech/Gugel (eds.), Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2004, pp. 126 y 127. Respecto de los Estados Unidos, acerca del escándalo del caso Enron y la función que cumplió la vicepresidente de la compañía, Sherron Watkins, como informante de las irregularidades cometidas por los directivos de dicha empresa, así como acerca del cambio que suscitó este escándalo y otros (Worldcom, Arthur Andersen, Tyco) en la percepción social de los informantes de irregularidades, ver BAYNES, L., "Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act", en *St. John's Law Review*, nº 76, 2002, p. 875 y ss. Un análisis detallado del proceso que llevó a Sherron Watkins y Cynthia Cooper, informantes internos en los casos Enron y World Com respectivamente, a reportar las irregularidades de las empresas donde trabajaban, en CHERRY, M., "Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law", en *Washington Law Review*, nº 79, 2004, p. 1035 y ss.

(17) Ver RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales", en Arroyo Zapatero y Nieto Martín (coord.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 448. CALLAHAN, E.; DWORKIN, T.; LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", en *Virginia Journal of International Law*, nº 44, 2003-2004, pp. 880 y 881.

3 | La utilidad social del rol de *whistleblower*

El criterio de justificación de la regulación del rol de informante interno consiste en que si la revelación de información al público, al Estado o al responsable interno de una organización incrementa el bienestar social, existe interés público en que aquélla se lleve a cabo.⁽¹⁸⁾ Una de estas circunstancias en que la información incrementa el bienestar social es el de la información incriminatoria: en efecto, el hecho de que un individuo haya cometido un delito o cualquier otro hecho ilícito debe ser, en principio, un hecho público, revelado a la sociedad, ya que, de lo contrario, el efecto preventivo del derecho penal, del derecho administrativo sancionador o del derecho de daños se ve mermado.⁽¹⁹⁾ Debe considerarse, en relación con este argumento, que las organizaciones empresariales presentan un carácter criminógeno⁽²⁰⁾ que dificulta el descubrimiento de los hechos ilícitos, por lo que si no se cuenta con tales informantes resulta difícil descubrir las irregularidades.⁽²¹⁾

Así, la finalidad que se persigue como beneficio social con la regulación de un sistema de *whistleblowing* es la disminución de la actividad infractora y de los daños sociales consecuencia de ésta.⁽²²⁾ Por ello se ha dicho que la cultura del *whistleblowing* es un importante aporte a la transparencia

(18) Ver RAGUÉS I. VALLÉS, R., *ibid.*, p. 6.

(19) Ver GÓMEZ POMAR, F. y ORTIZ DE URBINA, I., *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, Navarra, Civitas, p. 188. En el mismo sentido, CALLAHAN, E.; DWORKIN, T.; LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op. cit., p. 882.

(20) Ver SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, p. 22. Ver HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 49.

(21) Así, en relación con el empleado informante en casos de corrupción administrativa en actividades como la construcción o las subastas públicas, DEISEROTH, D., "Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland", op. cit., p. 305.

(22) Ver CALLAHAN, E.; DWORKIN, T., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", op. cit., p. 336. En el mismo sentido, BERNDT y HOPPLER, "Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance", op. cit., p. 2623.

y al descubrimiento de tales hechos.⁽²³⁾ La información que proveen los sujetos obligados sirve para identificar la comisión de hechos ilícitos y, con ello, para la imposición de las consecuencias jurídicas correspondientes (pena, decomiso) y, por ello, para cumplir con los fines del derecho penal.

Pero si bien, por un lado, la revelación de información incriminatoria aumenta el bienestar social, por otro lado, supone costes sociales. En efecto, la revelación requiere incurrir en costes privados dirigidos a identificar los hechos que configuran las infracciones objeto de reporte y procesar la información, al tiempo que las políticas de *whistleblowing* pueden encontrarse en tensión con otros institutos jurídicos a los que también se asigna un valor social positivo.

En relación con los costes privados de prevención, cumplir el deber de informar supone incurrir en importantes costes de organización que se incrementan de forma directa con la complejidad organizacional de la empresa. En lo que se refiere a lo segundo, es decir, la afectación de institutos jurídicos que poseen un valor social positivo, encontramos el deber de lealtad que debe vincular al empleado con su empresa y el deber de secreto que deben mantener individuos que cumplen ciertos roles sociales,⁽²⁴⁾ así como los derechos de los trabajadores, que pueden verse afectados por las investigaciones internas.⁽²⁵⁾

Asimismo, debe considerarse que, en el contexto de organizaciones, el otorgamiento de recompensas puede crear un clima de sospecha y hostilidad. Esto puede derivar en pérdida de identidad de grupo y de lealtad y, en consecuencia, en pérdida de eficiencia empresarial. Sin embargo, este

(23) DEISEROTH, D., "Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland", op. cit., p. 305.

(24) Así, en relación con los beneficios sociales derivados del deber de lealtad y de secreto, los tribunales de los EEUU han dicho, en el caso "Wexler vs. Greenberg", que "...la sociedad como en todo obtiene grandes beneficios del desarrollo tecnológico. De no existir medios de protección para asegurar que los valiosos desarrollos o innovaciones pertenezcan al empleador luego de la ruptura del contrato de empleo, los hombres de negocios no podrían permitirse subsidiar investigación o desarrollar los métodos actuales...". 160 A.2d 430 (Pa. 1960), cit. en BAYNES, L., op. cit., p. 884.

(25) Respecto de los derechos de los trabajadores, ver GÓMEZ MARTÍN, "Compliance und Arbeitsnehmerrechte", en *Compliance und Strafrecht*, Kudlich/Kuhlen/Ortiz de Urbina (eds.), C. F. Müller, Heidelberg et. al., 2012, p. 105 y ss.

efecto puede atenuarse si la regulación establece que el reporte debe realizarse dentro de la organización (reporte interno) antes de que el empleado pueda acudir al reporte externo.⁽²⁶⁾

Los diferentes equilibrios producto de la transacción entre unos y otros bienes y/o derechos en las legislaciones nacionales son expresión de una dispar valoración de los bienes en juego.⁽²⁷⁾ Así, la ley se presenta como una manifestación de la diferente sensibilidad del legislador ante dichos bienes y, por ende, conduce a resultados diferenciados de la ponderación de costes y beneficios.

4 | Las fuentes comparadas de la regulación del *whistleblower*

En el plano supranacional, pueden destacarse distintas iniciativas, vinculadas con la prevención y represión de la corrupción, tendentes a proteger a los empleados e incentivarlos a reportar las irregularidades identificadas en la organización para la que trabajan. Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), la Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999), el Convenio del Consejo de Europa de Derecho Civil sobre la Corrupción (1999) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) incorporan, en mayor o menor medida, diversos instrumentos para la protección de funcionarios o empleados que denuncien prácticas corruptas.⁽²⁸⁾

En los Estados Unidos, por su parte, existe una gran diversidad de normas legales de carácter estatal que protegen a los informantes internos frente a represalias de sus empleadores.⁽²⁹⁾ En efecto, diversas leyes federales

(26) Ver CALLAHAN, E.; DWORKIN, T., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", *op. cit.*, pp. 333 y 334.

(27) En este sentido, acerca de las diferencias que presentan las legislaciones de Australia, Reino Unido y los EEUU, como expresión de una diferente asignación de valores, CALLAHAN, E.; DWORKIN, T.; LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", *op. cit.*, pp. 902 y 903.

(28) Ver RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales", *op. cit.*, p. 450 y ss.

(29) Una comparación detallada en CAVICO, F., *op. cit.*, pp. 552/588.

han provisto de protección a este tipo de whistleblowers: la Energy Reorganization Act, la Clean Air Act, la Hazardous Substances Release Act, la Safe Drinking Water Act, la Solid Waste Disposal Act, la Water Pollution Prevention and Control Act, todas las cuales proveen protección sectorial a los empleados que testifiquen o participen en procesos llevados adelante en el marco de las propias leyes.⁽³⁰⁾

Además de estas leyes federales que proveen protección dentro de industrias específicas, el Congreso de los EEUU aprobó una ley federal (la Civil Service Reform Act, 1978, reformada por medio de la Whistleblower Protection Act, 1989) que protege a informantes que trabajan en el gobierno (es decir, limitada sólo a empleados del sector público en agencias federales) y reportan infracciones de las agencias gubernamentales.⁽³¹⁾ Ésta se agrega a la False Claim Act federal (1986), dirigida a proteger a los empleados que denuncian los fraudes realizados por contratistas de la Administración.⁽³²⁾

Pero, tal como se ha indicado, es el escándalo originado en los casos Enron y World Com en los Estados Unidos el que ha reavivado el debate acerca de la utilidad social del rol de whistleblower, producto de lo cual tiene lugar la respuesta regulatoria con mayores pretensiones de los últimos años para prevenir delitos económicos: la Sarbanes Oxley Act (2002), que fue aprobada con la finalidad de incrementar la transparencia en los mercados financieros para asegurar que los inversores puedan tomar sus decisiones con base en información confiable.⁽³³⁾ Esta ley federal otorga en su § 860 protección contra el despido al empleado de empresas (es decir, del sector privado) que informe "...toda conducta que el empleado crea razonablemente que constituye una violación..." de las normas legales implicadas.⁽³⁴⁾ Asimismo, en su § 301, indica que el comité de auditoría establecerá procedimientos para la recepción, conservación y tratamiento

(30) Ver CULP, D., op. cit., pp. 120 y 121.

(31) CULP, D., *ibid.*

(32) Ver en CALLAHAN, E.; DWORKIN, T.; LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op. cit., p. 897.

(33) Ver CHERRY, M., op. cit., pp. 1055 y 1056.

(34) El texto completo de este apartado dice: "(a) Whistleblower Protection for Employees of Publicly Traded Companies.—No company with a class of securities registered under section

de los reportes recibidos que se encuentren vinculados a controles de auditoría, así como los reportes anónimos y confidenciales llevados a cabo por empleados; esto es lo que se ha dado en llamar *whistleblowing* institucionalizado,⁽³⁵⁾ es decir, la creación de una organización interna para el *whistleblowing* de los empleados.

En Gran Bretaña, la Public Interest Disclosure Act (1998) protege tanto a quienes realizan reportes hacia dentro de la empresa como al exterior de la misma, pero no incentiva a las empresas a institucionalizar el *whistleblowing* en su estructura corporativa. Sin embargo, en julio de 2003, la Financial Service Authority (FSA) introdujo el Combined Code on Corporate Governance que, si bien carece de estatus legal, establece guías y sugerencias de buenas prácticas empresariales. Este código contiene un apartado acerca del *whistleblowing* que indica que el comité de auditoría debería considerar disposiciones por las cuales los empleados de la compañía puedan informar acerca de irregularidades que ocurran en la empresa.⁽³⁶⁾

12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l), or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities

Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)), or any officer, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company, may discharge, demote, suspend, threaten, harass., or in any other manner discriminate against an employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee—.

(1) to provide information, cause information to be provided, or otherwise assist in an investigation regarding 'any conduct which the employee reasonably believes constitutes a violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders', when the information or assistance is provided to or the investigation is conducted by

(A) a Federal regulatory or law enforcement agency;

(B) any Member of Congress or any committee of Congress; or

(C) a person with supervisory authority over the employee (or such other person working for the employer who has the authority to investigate, discover, or terminate misconduct)" (el destacado es mío).

(35) Ver HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., "A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies", en *Journal of Business Ethics*, nº 75, 2007, p. 26.

(36) Si bien el *Combined Code* carece de estatus legal, todas las compañías británicas listadas en la London Stock Exchange son requeridas por el Financial Reporting Council para que informen cómo han aplicado los principios del código y confirmen si han cumplido con las previsiones del Código, y si no lo han hecho para que expliquen las razones del incumplimiento. Ver HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., *ibid.*, p. 27.

En el derecho continental europeo, la figura del *whistleblower* prácticamente no ha sido impuesta de forma coercitiva. Sin embargo, la ausencia de una regulación legal no ha impedido que empresas europeas líderes hayan desarrollado, en los últimos años, políticas internas para favorecer el reporte de irregularidades dentro de la empresa por parte de sus empleados, que se han reflejado, en su mayor parte, en códigos de ética y códigos de conducta.⁽³⁷⁾ En apoyo de esta decisión, acude la literatura existente en la materia, que indica que las políticas de *whistleblowing* llevadas a cabo por las empresas parecen incentivar la conducta de los empleados en mayor medida que las regulaciones legales.⁽³⁸⁾

Al parecer, la estrategia que se impone en Europa consiste en que esta función no se regule directamente, sino que se busca promocionar que el sector privado dicte sus propios códigos autorregulatorios, tal como ocurre con el mencionado Code on Corporate Governance (2003) de Gran Bretaña o el Código Tabaksblat (2003) en Holanda o en Bélgica con el Código aprobado por el Comité Lippens (2004), que incluyen recomendaciones para que las empresas creen un sistema institucionalizado de *whistleblowing*.⁽³⁹⁾ Por el contrario, el Corporate Governance Code (2002) de Alemania, introducido por el Comité Cromme y modificado en 2005, no incluye previsiones normativas sobre los empleados informantes.⁽⁴⁰⁾

En el apartado siguiente, analizaré las características que presenta el rol de *whistleblower* en la legislación comparada, así como en los Programas de Cumplimiento de diversas empresas para, sobre esa base, poder recomendar, luego, la inclusión de este instituto en la legislación argentina, en la normativa orientada a la prevención de la delincuencia empresarial.

(37) Sigo en todo la exposición de HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., *ibid.*, p. 25 y ss.

(38) HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., *ibid.*, p. 26.

(39) Acerca de la autorregulación en relación con la función de *whistleblower*, BERNDT, T., HOPPLER, I., "Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance", *op. cit.*, p. 2628.

(40) Ver HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., *op. cit.*, pp. 27 y 28. Acerca de las cuestiones jurídicas que plantearía la incorporación de la legislación de *whistleblowers* en Alemania en comparación con los Estados Unidos, DEISEROTH, D., "Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland", *op. cit.*, p. 298 y ss

5 | Las características del *whistleblower* en el derecho comparado

5.I | La regulación legislativa

Para completar una visión general, analizaré las particularidades que presenta el rol del *whistleblower* de acuerdo con la legislación comparada ya referida. Para ello, utilizaré como base, sobre todo, la legislación de los países anglosajones, con particular acento en las regulaciones de los EEUU debido al extenso desarrollo que este instituto ha tenido allí. Con ese fin, consideraré los siguientes aspectos de estas regulaciones:

- a. Las características del emisor de la información;
- b. Las características del receptor de ésta;
- c. El contenido de dicha información;
- d. Los medios por los cuales se informa;
- e. La protección del anonimato del informante;
- f. El requisito de buena fe como exigencia de la licitud del reporte;
- g. Los factores que inciden en la decisión de reportar por parte de los informantes;
- h. Los instrumentos de que se dispone para incentivar los reportes;
- i. La identidad del infractor;

a. El emisor de la información: ¿quién informa?

Una cuestión relevante en este flujo de información es quién es el emisor de la misma. Un análisis histórico de la figura del *whistleblower* permite identificar que el interés originario por esta figura se restringía al caso del empleado de una organización (privada o pública) que decidía denunciar conductas ilícitas (o contrarias a reglas éticas) cometidas por el empleador, ya fuera un empresario individual, una empresa o la administración pública. De hecho, tal como ya se ha expresado, las regulaciones estatales y federales en los EEUU, así como la legislación inglesa y australiana, utilizan el concepto para esta figura.⁽⁴¹⁾

(41) Ver CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op. cit., p. 879 y ss.

b. El receptor de la información: ¿a quién se informa?

En relación con la cuestión del receptor de la información se presentan dos alternativas. Por un lado, Cavico refiere al reporte interno, es decir, al que se realiza dentro de la empresa, de modo tal que las irregularidades se denuncian a los directivos de la organización donde se comete la infracción y, por otro lado, al reporte externo, en aquellos casos en que se recurre a entidades ajenas a la empresa, tales como agencias gubernamentales, entidades de interés público o medios de comunicación.⁽⁴²⁾

La mayoría de las leyes estatales de los EEUU que se refieren al informante interno requieren que el empleado reporte la infracción al empleador (reporte interno) antes de revelar la infracción fuera de la organización (reporte externo). El propósito de tal requisito es dar al empleador una oportunidad para corregir la infracción y, de este modo, evitar el coste reputacional que supone la difusión de la información.⁽⁴³⁾ La Sarbanes Oxley Act (2002), por el contrario, no incluye este requisito, de modo tal que el empleado puede optar entre informar a su empleador o, directamente, realizar un reporte externo dirigido a las autoridades estatales.⁽⁴⁴⁾

En el caso de los receptores externos de información (reporte externo), los legisladores suelen designar o crear instituciones especiales para recibir estos reportes, con la finalidad de asegurar que la provisión de información tenga una respuesta social adecuada. Esta política se vincula con la idea de que la legitimidad del reporte depende, en parte, de si éste es realizado ante un receptor que pueda hacer algo respecto de la infracción reportada.⁽⁴⁵⁾

c. El contenido de la información (mensaje): ¿qué se informa?

Un relevamiento de las regulaciones del whistleblowing en los Estados Unidos permite verificar que la información que revelan los informantes

(42) Ver CAVICO, F., op. cit., pp. 548-575. La misma distinción en JOSITSCH, D., "Whistleblowing und Korruptionsbekämpfung", op. cit., p. 98. También en MICELI, M., NEAR, J. y SCHWENK, CH., "Who Blows The Whistle and Why?", en *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 45, nº 1, (octubre 1991), p. 113 y ss.

(43) CALLAHAN, E., DWORAKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op. cit., p. 890.

(44) Ver CAVICO, F., op. cit., pp. 570 y 571.

(45) Ver CALLAHAN, E., DWORAKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op. cit., p. 892.

no tiene que referirse necesariamente a la comisión de ilícitos penales, sino que puede extender su ámbito de aplicación también a ilícitos administrativos o conductas que infringen reglas éticas⁽⁴⁶⁾ (lista en la que podrían incluirse normas autorregulatorias y reglas técnicas). A pesar de ello, la mayoría de los Estados incluye el incumplimiento de leyes o regulaciones, mientras que, en el nivel federal, se puede encontrar el caso de la mencionada Whistleblower Protection Act, que incluye la violación de "leyes, reglas o regulaciones", así como el "gran derroche de fondos públicos", a la vez que las leyes sectoriales mencionadas también remiten a infracciones de las regulaciones específicas. Las leyes inglesas también son extremadamente comprehensivas respecto del tipo de infracciones susceptibles de denuncia, entre las que se incluyen:

1. Delitos;
2. Incumplimiento de algún tipo de obligación legal;
3. Peligro para la salud o seguridad individuales;
4. Daños al medio ambiente;
5. Encubrimiento de información tendente a evidenciar alguna de estas circunstancias. Las leyes estatales australianas, por su parte, incluyen "conductas ilegales, peligrosas o impropias", o "actos de corrupción, mala administración y graves derroches" en el sector público.⁽⁴⁷⁾

d. Los medios para informar: ¿cómo se informa? La vía escrita y la vía oral

En los EEUU algunas normas estatales requieren que el reporte se realice por escrito, mientras que otras, incluyendo la Sarbanes Oxley Act (2002), permiten que el reporte se realice tanto de forma oral como escrita.⁽⁴⁸⁾

e. El anonimato de la identidad del informante

En los EEUU la mayoría de las leyes de los Estados, así como la Sarbanes Oxley Act (2002), no contienen previsiones expresas que obliguen a mantener el anonimato del informante. Cavico entiende que puede inferirse del sistema de reportes internos que el esquema legal impone que la identidad del informante sea revelada. En el caso de algunas normas

(46) CAVICO, F., op. cit., pp. 555/563.

(47) Ver CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op. cit., pp. 885 y 886.

(48) CAVICO, F., op. cit., pp. 572/574.

estatales en los EEUU, sin embargo, se permite que el informante opte por el reporte interno o externo, con una previsión legal que requiere que la agencia estatal que recibe el reporte mantenga la confidencialidad acerca de la identidad del informante, al menos hasta el momento en que la revelación sea necesaria para acusar al empleador.⁽⁴⁹⁾

**f. La protección legal para el informante:
la buena fe del informante y el requisito de razonabilidad**

Las legislaciones estatales en los Estados Unidos suelen incluir una cláusula de buena fe: si el informante que ha denunciado a su empleador ha obrado con buena fe se encuentra protegido en caso de despido.⁽⁵⁰⁾ En relación con ello, resulta controvertido el exacto significado del concepto "buena fe" en este contexto. La jurisprudencia americana le ha otorgado diversos significados como "ausencia de malicia" y "honestidad de intención" o "conocimiento razonable de parte del informante de que la infracción legal ha ocurrido".⁽⁵¹⁾

Así, vinculado a esta cuestión aparece el "requisito de razonabilidad": diversas leyes estatales de los EEUU exigen que el informante posea un conocimiento razonable de la infracción.⁽⁵²⁾ Asimismo, tal como se ha expresado *supra*, lo propio hace la Sarbanes Oxley Act (2002), que en su § 860 otorga protección al empleado que informe "toda conducta que el empleado crea razonablemente que constituye una violación" de las normas legales implicadas.

De este modo, quien ha actuado en error, informando una irregularidad que creía realmente existente, se encuentra jurídicamente protegido frente a represalias jurídicas si ha actuado con buena fe y ha cumplido con el requisito de razonabilidad⁽⁵³⁾ (lo que supone que ha actuado conforme a

(49) CAVICO, F., p. 577.

(50) CAVICO, F., *ibid.*, p. 565 y ss.

(51) CAVICO, F., *ibid.*, p. 566. BAYNES, L., *op. cit.*, pp. 889 y ss. Respecto de la regulación vigente en Australia y Gran Bretaña, ver CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", *op. cit.*, p. 895.

(52) CAVICO, F., *op. cit.*, p. 567.

(53) CAVICO, F., *ibid.*, pp. 569 y 570.

ciertos deberes de cuidado). De esto se deriva que ni la actuación descuidada (*reckless disregard*) ni la invención de los hechos satisfacen el requisito de buena fe.⁽⁵⁴⁾

g. Los factores que inciden en la decisión de reportar

Miceli, Near y Schwenk han realizado un trabajo empírico evaluando los factores que inciden en la decisión de reportar operaciones en el caso de los auditores internos y derivan de estos resultados dos importantes implicaciones: 1) Establecer roles de control para los miembros de la organización puede resultar efectivo para lograr un incremento de los reportes: por ello, las organizaciones deben explicar con detalle y claramente bajo qué condiciones una actividad es considerada una infracción y qué deben hacer los miembros de la organización en respuesta a ello; 2) hay medidas que pueden llevar a cabo las organizaciones con la finalidad de favorecer el reporte de irregularidades, como incrementar la participación y la comunicación de ida y vuelta con los empleados.⁽⁵⁵⁾ La cuestión de si estas conclusiones son o no generalizables de modo que puedan aplicarse a otros informantes internos (empleados y directivos que no tengan el rol de auditores internos) debe resolverse ampliando el espectro de investigación empírica a estos casos.

Todos estos factores deben ser ponderados considerando, asimismo, que existen importantes costes que deben asumir los informantes y que éstos realizan una evaluación de costes y beneficios antes de reportar:⁽⁵⁶⁾ su historia indica que los whistleblowers han debido afrontar enormes costes legales y reputacionales que han concluido en desastrosas situaciones financieras y personales. Así, un estudio sobre 84 informantes en los EEUU indica que un 82% experimentaron hostigamiento, un 60% fueron despedidos, el 17% perdieron sus hogares y un 10% admitieron haber intentado suicidarse.⁽⁵⁷⁾ Resulta evidente que si los incentivos legales no son los

(54) Ver CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", op.cit., p. 898.

(55) Ver a MICELI, M., NEAR, J. y SCHWENK, CH., "Who Blows The Whistle and Why?", pp. 125/127.

(56) Ver MICELI, M., NEAR, J. y SCHWENK, CH., *ibid.*, p. 115.

(57) Ver en CULP, D., op. cit., p. 113. Acerca de los costes reputacionales que deben afrontar los informantes en contextos normativos en los que la sociedad (o el grupo de referencia del

adecuados existen buenas razones prudenciales para que los individuos eviten los riesgos que supone reportar irregularidades.⁽⁵⁸⁾

h. Medios para incentivar el reporte

Los instrumentos regulatorios por medio de los cuales se puede incentivar la conducta de aquellos sujetos que se hallan dispuestos a informar son diversos y alcanzan a todos los incentivos negativos y positivos de distinto cuño que se presentan tanto en normas legales como autorregulaciones.

Sin embargo, conforme la normativa legal existente, pueden destacarse tres instrumentos regulatorios: la imposición de sanciones jurídicas negativas, el otorgamiento de premios o recompensas y el otorgamiento de protección ante los efectos jurídicos negativos de la realización del报告:⁽⁵⁹⁾

- **Imposición de sanciones jurídicas negativas:** el rol del informante puede regularse como un deber de informar respaldado con sanciones jurídicas negativas, tanto de carácter administrativo como penal.⁽⁶⁰⁾ Pero si se considera que la función de *whistleblower* puede establecerse o detallarse en los Programas de Cumplimiento de las propias empresas debe considerarse que también resultan relevantes las sanciones disciplinarias que pueda imponer la propia empresa, en su calidad de empleador, en caso de que el empleado incumpla su deber de reportar irregularidades.
- **Otorgamiento de premios o recompensas:** conforme los resultados de diversos estudios, el otorgamiento de recompensas puede producir el efecto deseado de incrementar el número de individuos que reporten actividades ilícitas. Si bien el concepto “recompensa” no se restringe a la retribución económica, ya que puede denotar supuestos como la satisfacción directa que se obtiene del cumplimiento del deber o los beneficios reputacionales deriva-

informante) desaprueban su conducta; CHERRY, M., *op. cit.*, pp. 1051/1054.

(58) Las legislaciones que protegen a los informantes tienen en cuenta estos efectos negativos, entre los que se encuentra la posibilidad de ser despedido, ver CALLAHAN, E. y DWORKIN, T., “*Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*”, *op.cit.*, p. 276.

(59) Ver a RAGUÉS I. VALLÉS, R., *ibid.*, p. 7 y ss.

(60) En este sentido, CALLAHAN, E. y DWORKIN, T., “*Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*”, *op.cit.*, p. 331.

dos de dicha actividad, me concentraré en el caso del otorgamiento de dinero como recompensa, en virtud de que los estudios psicológicos han establecido que es un potente instrumento motivacional. Callahan/Dworkin indican que la literatura psicológica da sustento empírico a la asunción de que los incentivos económicos motivan a nuevos informantes: estos autores indican que, para favorecer este efecto, la recompensa económica debe tener las siguientes características: a) debe establecer claramente la relación entre el pago y la conducta debida, de modo tal que pueda establecerse como un bonus sobre criterios objetivos, b) las recompensas deben ser susceptibles de medición y ser publicitadas.⁽⁶¹⁾ En línea con estos argumentos, la False Claim Act federal (1986) de los EEUU⁽⁶²⁾ concede un porcentaje de hasta el 30% de las cantidades que el Estado recupera a los empleados que denuncian fraudes realizados por contratistas de la Administración.⁽⁶³⁾

- **Protección:** consiste en que el Estado otorgue al informante protección frente a posibles represalias que provendrán, usualmente, de la persona física o jurídica que ha sido denunciada. En el caso de un empleado que denuncia a su empleador, la represalia puede ser el despido, mientras que en otros casos puede consistir en el inicio de acciones judiciales de carácter civil o penal, como una querella por injurias o calumnias o una demanda para obtener la reparación del daño causado por el reporte. En los Estados Unidos, la protección laboral ha sido una de las principales vías escogidas para asegurar protección a los informantes, habiéndose aprobado diversas leyes con ese fin.⁽⁶⁴⁾ Así, la Sarbanes Oxley Act (2002), en su § 860, contiene diversas normas dirigidas a proteger a los empleados de empresas que cotizan en bolsa frente a represalias de sus empleadores cuando denuncien conductas fraudulentas cometidas por sus empresas. La protección frente a consecuencias negativas no parece haber sido, por sí misma, efectiva en los EEUU en su finalidad de incentivar la conducta de reporte, al contrario del sistema de incentivos económicos, que sí supuso un incremento:⁽⁶⁵⁾

(61) Ver CALLAHAN, E. y DWORKIN, T., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", *ibid.*, pp. 293, 296 y 301.

(62) CALLAHAN, E. y DWORKIN, T., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", *ibid.*, pp. 284/286.

(63) Esta estrategia de incentivos ha dado excelentes resultados en los EEUU, a pesar de lo cual no ha tenido reflejo alguno en Gran Bretaña y Australia, los otros dos países con una legislación más avanzada en la materia. Ver CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", *op.cit.*, p. 897.

(64) Ver CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., "Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest", *ibid.*, p. 899 y ss.

(65) CALLAHAN, E. y DWORKIN, T., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", *op. cit.*, pp. 276 y 277.

la inexistencia de incentivos positivos o negativos adicionales parece ocasionar que, en todo caso, el informante queda solo con su conciencia al decidir, ya que si bien no sufre desincentivos (por la ausencia de represalias) tampoco tiene razones adicionales fundadas en la amenaza de sanción o promesa de recompensa para decidirse; en suma, sólo el individuo de quien pueda predicarse cierta virtud moral realizará el reporte con base en que ésta es la decisión correcta o justa. Sin embargo, esta estrategia sí puede resultar efectiva si se la combina con otros incentivos (negativos o positivos). En suma, mientras que por esta vía se neutralizan los costes esperados de reportar (al impedirse que se lo despida o se lleven a cabo contra él acciones judiciales), por otra vía se pueden agregar costes esperados de no informar (como las sanciones negativas) o premios por hacerlo (como ocurre en la ya mencionada *False Claim Act*) que resulten decisivos en la función de utilidad del individuo.

i. El infractor

De acuerdo con las legislaciones anglosajonas analizadas, que restringen el concepto de informante al empleado que reporta irregularidades conocidas en su ámbito laboral, resulta claro que el infractor cuyo comportamiento pretende ser disuadido es el empleador, ya sea una persona física o jurídica, o, en todo caso, un empleado o directivo de la empresa (de mayor, igual o menor jerarquía que el informante).

5.2 | Autorregulación: la regulación del *whistleblower* en los Programas de Cumplimiento

Hassink, De Vries y Bollen llevaron a cabo un estudio comparado en el que indican las particularidades que presentan las políticas de *whistleblowing* definidas en los Programas de Cumplimiento de las principales empresas europeas. Hago una breve descripción tomando como referencia los elementos clave que permiten caracterizar al informante de irregularidades:⁽⁶⁶⁾

- **Carácter autoritativo:** la mayoría de los códigos (66% de los casos) poseen un carácter autoritativo al utilizar palabras como "debe", "debería" o "se espera que":
-

(66) Ver a HASSINK, H., DE VRIES, M. Y BOLLEN, L., op. cit., pp. 36/38.

- **Qué se reporta:** las normas cuya infracción debe ser reportada incluyen tanto regulaciones internas como las políticas internas y los códigos de conducta (en todos los casos), así como violaciones de la ley y otras regulaciones externas (66% de los casos). En algunos casos (36%) se incluyen también conductas delictivas y amenazas a la salud, la seguridad y el medio ambiente.
- **A quién se reporta:** en la gran mayoría de los casos (73%) se indica que el reporte debe dirigirse a un superior jerárquico (superior directo/supervisor o quien se encuentre por sobre ellos en jerarquía). El 54% ofrece la posibilidad de reportar por fuera de la jerarquía o bien a una oficina separada o a un comité específicamente creado para el fin de asegurar el cumplimiento de las normas y recibir los reportes. En algunos casos se hace mención también del departamento de recursos humanos, el departamento de asuntos legales, el comité de auditoría, la auditoría interna y otros.
- **Cómo se reporta:** varias normas proveen de reglas específicas de procedimiento que los empleados deben observar cuando consideran reportar una infracción y de facilidades para que ello resulte más sencillo.
- **Confidencialidad:** la mayoría de las compañías (79%) indican con claridad que el sistema de reporte es confidencial. Esta confidencialidad incumbe tanto a quien recibe la información como al empleado que la provee. El 20% de las empresas indican que el empleado no tiene permitido informar a terceras partes, a menos que la investigación de la irregularidad haya sido rechazada por todas las personas de contacto indicadas en las normas y se hayan agotado todas las opciones para la consulta interna. En conclusión: el reporte externo es el último recurso.
- **Protección:** los empleados que consideren reportar una infracción deben ser protegidos de acciones tomadas contra ellos tanto por el infractor como por superiores. La mayoría de las normas (73%) indican que el informante no será despedido.
- **Buena Fe:** la mayoría de las compañías restringe la protección a los casos en que el reporte se haya llevado a cabo con buena fe (57%), basado en fundamentos razonables (27%) o de forma honesta (13%).

Puede observarse así que, independientemente de la existencia de una regulación legislativa del whistleblower, las empresas poseen, por medio de la autorregulación y el control interno, medios para establecer un sistema de whistleblowing institucionalizado. Veamos ahora con qué medios se cuenta para ello en la legislación argentina.

6 | Propuesta: la regulación de la función de *whistleblower* en tres niveles

En el presente, el contexto normativo resulta más adecuado que en el pasado para proceder a la incorporación del rol de informante interno en la organización empresarial, ya que existen algunos incentivos legales para que la auto-organización empresarial se estructure de acuerdo con el cumplimiento de las normas legales.

En efecto, en un enfoque de lege lata, no puede soslayarse que la ley 26.683, que reforma la Ley de Lavado de Dinero y el Código Penal, incorpora, en el art. 304 CP, la imposición de consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas. Puede interpretarse que este artículo indica que la existencia de Programas de Cumplimiento en la empresa resulta un criterio de determinación de la pena a imponer a las personas de existencia ideal, al indicar que para graduar estas sanciones los jueces deberán tener en cuenta (además de la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.) "...el incumplimiento de reglas y procedimientos internos...", así como "...la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes...". De este modo, el sistema jurídico pretende crear incentivos sancionatorios para promover la auto-organización de la empresa.

Asimismo, la legislación para la prevención del lavado de dinero tiene una detallada reglamentación administrativa, que establece las características generales que deben presentar los Programas de Cumplimiento: el inc. d) del art. 21 bis de la ley 25.246 refiere a la implementación de "Manuales de procedimiento de prevención de lavado de activos y la financiación de terrorismo", así como a la designación de un Oficial de Cumplimiento, además de establecer reglas de procedimiento de control interno; todo ello con la consideración de consecuencias jurídico-administrativas para el caso de infracción. Por ello, esta reglamentación provee un ámbito adecuado para que se regulen las características del informante interno, como un sistema de prevención que opera de forma complementaria y anterior, desde el punto de vista preventivo, al derecho penal.

En efecto, el art. 21, *bis*, inc. d) de la ley 25.246 hace referencia a que los sujetos obligados “podrán” establecer manuales de procedimiento de prevención de lavado de activos y financiación de terrorismo, y designar oficiales de cumplimiento, en los casos y con los alcances que determinen las directivas emitidas por la Unidad de Información Financiera (UIF). Si bien sería deseable (e incluso exigible considerando las consecuencias jurídico-penales antes referidas) que el legislador estableciera, ya en el marco legal, algunas características generales de los Programas —pudiendo incluirse, en este marco legal, la exigencia de un régimen de whistleblowing institucionalizado— considero que la UIF tiene facultad para reglamentar el sistema de informantes internos en relación con la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo, actividades delictivas en las que el debate acerca de los Programas de Cumplimiento se encuentra más avanzado.

Así, la UIF podría contar en la prevención de estos hechos ilícitos no sólo con el sistema de reporte de operaciones sospechosas por parte de los sujetos obligados (art. 21, inc. b. de la ley 25.246) como instrumento de control de las actividades de los clientes, sino que contaría con los *whistleblowers* como colaboradores para la detección de irregularidades cometidas en o por la propia empresa en relación con estas actividades. Los sujetos obligados, que deben controlar las operaciones de sus clientes, serían objeto de control por parte de sus propios empleados o directivos (más allá, por supuesto, de los controles externos por medio de auditorías públicas y privadas), quienes reportarían las infracciones a las normas del régimen de prevención por alguna vía que debe disponerse en la reglamentación, pudiendo mejorarse la eficiencia del sistema de prevención y castigo del lavado de dinero de distintos tipos de hechos ilícitos.

Estas normas legales proveen de un marco jurídico, dentro del cual las empresas deben reglamentar, por vía de la autorregulación, las características del sistema de *whistleblowing*.⁽⁶⁷⁾ Esta autorregulación debe estar

(67) Gran parte de los Compliance Programs dirigidos a prevenir el delito en la empresa reflejan la postura ecléctica denominada autorregulación regulada: los códigos de conducta, la calidad de los sistemas de control interno y los otros elementos que conforman los programas de cumplimiento son fomentados por el legislador, quien, incluso, puede establecer jurídicamente un marco legal con principios orientadores de la autorregulación empresarial; así, heterorregulación jurídica y autorregulación se vuelven complementarias. Ver Nieto Martín; La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008. pp. 216 y 217, 219, 225/227.

adecuada tanto al tipo de actividad de la empresa como a su dimensión. No puede dejar de considerarse que, según Hassink, De Vries y Bollen, no resulta conveniente que una empresa lleve adelante una política estándar de *whistleblowing*, en el sentido de que sea meramente copiada de la que lleva adelante otra empresa, ya que ello puede quitar credibilidad a su política. Asimismo, los contenidos no son siempre adoptables directamente por cualquier organización sino que se recomienda que cada compañía implemente el procedimiento y comunique claramente que éste funciona y cómo a través de manuales e instrucciones a los empleados.⁽⁶⁸⁾

De este modo, se observa que en el régimen legal vigente resulta posible una reglamentación del informante de irregularidades en tres niveles de intervención jurídica: la regulación jurídico-penal, la regulación administrativa y la autorregulación por vía de los Programas de Cumplimiento. La Ley penal (art. 304 CP) establece solamente algunas reglas generales de imputación a las personas jurídicas e indica que la calidad de la autorregulación empresarial debe ser considerada como criterio para determinar la pena que le corresponda a ésta, mientras que la regulación administrativa (ley 25.246, modificada por la ley 26.683) regula principios y reglas generales para el diseño del control interno en la empresa por vía de los Programas de Cumplimiento. Son las propias empresas, en el marco de esta regulación jurídica, las que deben diseñar e implementar estos programas, así como controlar su cumplimiento por parte de directivos y empleados: el control de calidad y de su adecuación a las normas legales debe llevarse a cabo por medio de las instituciones públicas y privadas que regulan y auditán a las empresas en cada sector de la actividad económica.

Ahora bien, desde una perspectiva de lege ferenda, considero que la legislación vigente en Argentina puede optimizarse en lo que se refiere a la institucionalización de un sistema de reporte de irregularidades. Una regulación más detallada de estas circunstancias podría tener lugar tanto por la vía de la legislación, por la vía de la autorregulación empresarial o por la de la corregulación público/privada. La primera consiste en que la legislación, siguiendo el modelo de la Sarbanes Oxley Act (2002), establezca la posición del *whistleblower* para el supuesto de infracción de las normas para la prevención del lavado de dinero, así como de otros delitos come-

(68) Ver HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., *op. cit.*, p. 41.

tidos en el marco de la actividad empresarial. La segunda alternativa consiste en que las empresas (verbigracia, cada banco) o las asociaciones de empresas (asociaciones de bancos, por ejemplo), sin intervención estatal de por medio, dicten normas sectoriales (en el caso de las asociaciones) o códigos de conducta internos (en el caso de cada banco, siguiendo con el ejemplo) regulando la actividad del empleado o directivo (autorregulación). La tercera alternativa consiste en que el Estado establezca un marco regulatorio y cree incentivos para la autorregulación (corregulación): esta es la vía que parece haber adoptado el legislador argentino.

Así, ante el marco regulatorio vigente, la solución más inmediata para optimizar la normativa podría ser que, en el marco de las reglas establecidas en la Ley Penal y Administrativa, las empresas establezcan en sus programas de prevención del lavado de dinero reglas dirigidas a los empleados y directivos. Éstas deberían detallar el procedimiento y circunstancias del reporte interno para el caso de que aquéllos observen infracciones a las normas de prevención, explicitando las consecuencias, positivas o negativas, disciplinarias y legales, de no llevar a cabo esta conducta, con la finalidad de incentivarlos a reportar. En la legislación para la prevención del lavado de dinero, las normas reglamentarias podrían establecer con mayores detalles las exigencias legales de la autorregulación del rol del *whistleblower*.

Sin embargo, una valoración amplia de la política criminal en materia de prevención de la delincuencia empresarial evidencia que la legislación vigente en relación con el informante interno resulta insuficiente.⁽⁶⁹⁾ En efecto, la legislación en la materia resulta insuficiente en un doble sentido: por un lado, en una valoración de la calidad del régimen legal vigente, puede indicarse que la regulación legal se limita a establecer un marco general sin indicar cuáles son los criterios que deben seguir las empresas en regular el sistema de reporte que garantice una adecuada inserción del informante de irregularidades. Por otro lado, en lo que se refiere a la extensión de la regulación, la discusión alrededor de los Programas de Cumplimien-

(69) En realidad, la ineeficiencia de la estrategia político-criminal en materia de prevención y castigo de la delincuencia económica debe considerarse en múltiples aspectos mucho más complejos que éste y que excederían largamente el objeto de este trabajo. Aquí se pretende solamente alertar acerca de la utilidad de una regulación de la que se carece y que puede ser un aporte en ese sentido.

to parece acotada al delito de lavado de dinero, lo que manifiesta una falta de consideración de los avances, en esta materia, en la legislación y doctrina comparadas ya referidas. En lo que se refiere al primer aspecto, resulta recomendable, para asegurar la eficiencia de esta regulación, que el marco legal considere, al momento de establecer el haz de deberes y derechos del informante interno, los aspectos más relevantes antes indicados (verbigracia, quién informa, a quién se informa, qué se informa). En lo relativo a la segunda cuestión, no puede soslayarse que confinar el rol del informante interno al ámbito del delito de lavado de dinero carece de buenas razones: si la función que cumple el *whistleblower* resulta eficiente en relación con este delito, debe plantearse la hipótesis de que también lo sea para la prevención y represión de otros delitos cometidos en el ámbito de la empresa.

7 | Conclusión

El presente trabajo pretende ser un aporte, tanto en relación con la incorporación de un sistema de reporte interno de irregularidades en las empresas, como instrumento de prevención de la delincuencia empresarial, así como sobre la necesidad de proveer de un marco de debate acerca de la prevención de la delincuencia económica que contemple la agenda y las controversias político-criminales y académicas que han tenido lugar en naciones que cuentan con avances destacables en la materia.

El control interno es un instrumento político-criminal de utilidad en contextos organizacionales criminógenos como es el caso de las empresas. En los últimos años, la discusión acerca de la organización interna de la empresa se ha revitalizado con motivo de los numerosos escándalos empresariales, en países centrales, que evidenciaron la ineficiencia de las estrategias vigentes para la prevención y castigo de estos delitos.

En ese contexto, tanto en el ámbito legislativo comparado, como en la doctrina jurídico-penal y criminológica el interés ha comenzado a concentrarse en los Programas de Cumplimiento de las empresas, así como en los incentivos legales para que éstos se adecuen a una política criminal eficiente. Se pretende incentivar una auto-organización orientada a la pre-

vención del delito como contracara de las auto-organizaciones con caracteres criminógenos.

El rol de informante interno, su alcance y sus funciones, son parte inherente de este debate: tanto la legislación comparada antes referida, como los numerosos trabajos académicos indicados son evidencia de la existencia de un marco de discusión que se encuentra ausente (o, en todo caso, en un estado embrionario) en los ámbitos públicos y académicos argentinos.

Conflictividad y finanzas

por **PEDRO M. BISCAY⁽¹⁾**

I | Tres enfoques para el estudio de las relaciones entre delito y finanzas

Este trabajo parte del reconocimiento del carácter relativamente estable que poseen las relaciones entre finanzas y delito, y en tal medida, es el intento provisorio de poner bajo análisis tres enfoques de estudio sobre el fenómeno criminal: un primer enfoque orientado a poner atención a las funciones del sistema financiero; un segundo enfoque basado en el estudio de las estructuras sociales del mundo de las finanzas, y, por último, un tercer enfoque sobre las dinámicas del proceso económico. Todos ellos convergen y se resumen en el estudio de los sistemas, las estructuras y los procesos específicos que enlazan finanzas, delito y sociedad.⁽²⁾

En los puntos siguientes, se presenta un breve esbozo de estas perspectivas, realizado con la esperanza de que contribuyan a mejorar la comprensión y elaboración de políticas de control sobre este tipo de criminalidad.

(1) Responsable del área operativa de Fraudes económicos y bancarios de Pro.Ce.Lac. Además es miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica.

(2) Para una discusión sobre los diferentes significados y problemas sociales asociados al término moneda ver Dodd Nigel, "Laundering 'money': on the need for conceptual clarity within the sociology of money", en *LSE Research on line*, Cambridge University Press, 2005, ver en www.eprints.lse.ac.uk

2 | Las finanzas entendidas como sistema

La función básica del sistema financiero es facilitar el intercambio de bienes y servicios dentro del sistema económico y, por lo tanto, ésta función surge con el desarrollo de la moneda, definida como instrumento de relacionamiento e intercambio. El origen del nacimiento social de la moneda⁽³⁾ responde a la necesidad de acelerar el proceso de circulación de bienes y servicios, especialmente a partir del momento en que la producción de estos dejaba de estar asociada a su consumo inmediato. Sin embargo, el hecho mismo de que la moneda se defina por su capacidad de conservar un valor determinado, para luego expresarlo con relación a un determinado producto, amplió rápidamente su función como medida comparativa de valor y condujo a que éste instrumento adquiriese un mayor grado de autonomía que le permitió erigirse, por sí mismo, en un sistema propio: el sistema monetario, cuyas notas definitorias son la de conservar valor y facilitar el cambio, y cuyas consecuencias, entre otras son la de acelerar el abastecimiento de productos, facilitar la producción en mayor escala, el desarrollo de redes de distribución comercial y, por sobre todo, generar diferentes formas de relacionamiento social (en un primer momento a nivel local, luego a nivel regional y, finalmente a nivel global).

Este vasto desarrollo dio lugar al nacimiento los instrumentos de cambio y al surgimiento de la promesa, que como hecho social determinó todo el desarrollo del sistema financiero. Asimismo, el derecho, la política y la economía sufrieron transformaciones diversas a partir del momento en que la moneda cobró vida sistémica bajo la forma del sistema monetario.

Por otro lado, el sistema monetario devino en sistema financiero cuando los bancos, que originalmente actuaban como depositarios y custodios de moneda (y el resto de las otras formas de instrumentos de intercambio monetario),⁽⁴⁾ comenzaron a utilizar estos instrumentos como medios de intercambio para la creación de dinero. Este proceso dio lugar al nacimiento gradual de la intermediación financiera, que es, sin duda alguna,

(3) Ver BARROS DE CASTRO, ANTONIO y LESSA, CARLOS F., *Introducción a la economía desde un punto de vista estructuralista*, México D. F., Siglo XXI, 1967.

(4) Ver BARROS DE CASTRO, ANTONIO y LESSA, CARLOS F., *ibid.*

la principal función del sistema financiero. De ella depende que un activo financiero⁽⁵⁾ pueda ser utilizado por todo aquél que tenga necesidad de crédito, gracias a un proceso de captación bancaria. La intermediación no es otra cosa que el proceso social que enlaza a bancos y otras entidades del sistema financiero en torno a la captación de activos y a su colocación a favor de aquellos que lo solicitan.⁽⁶⁾ Sin intermediación el sistema financiero dejaría de tener sentido,⁽⁷⁾ puesto que es el motor que pone en marcha toda la operatoria del sistema. De allí que el análisis entre finanzas y delitos conduce a reconocer que, en la esencia de la práctica financiera, residen diferentes formas —algunas simples otras complejas— de intermediación.

El proceso de intermediación facilita el financiamiento de actividades económicas, situación que conduce gradualmente a que lo financiero ocupe un lugar central dentro del sistema económico. Si bien en un primer momento este segmento de la economía se relaciona de modo tangencial con el proceso productivo en su totalidad, las diferentes fases de acumulación del capitalismo han hecho de las finanzas un ámbito social de mayor trascendencia. Junto a ello, han surgido componentes disfuncionales tales como el apalancamiento financiero,⁽⁸⁾ las asimetrías monetarias,⁽⁹⁾ las restricciones a la soberanía generadas por la imposición de monedas

(5) La denominación “activos financieros” hace referencia a activos de diferentes especies, desde dinero en billetes, monedas metálicas, depósitos bancarios y títulos de crédito de cualquier orden.

(6) El poder económico y la generación de saberes que de él derivan tiende a reducir este concepto a su mínima expresión; sin embargo, si existe una definición jurídica y otra comercial de la intermediación financiera, es siempre a consecuencia de la comprensión social de este proceso como fenómeno básico de la actividad bancaria.

(7) Entendido como el proceso por medio del cual el sistema financiero crea capital ficticio en forma exponencial, sobre la base de un endeudamiento estructurado de forma compleja, a partir de diversos esquemas de ingeniería financiera. Ver ALMARAZ, José, “La transición del modelo interactivo al sistémico en Parsons”, ver en http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_008_03.pdf; explica, en detalle, la correlación entre funciones, procesos y estructuras en la obra de Talcott Parsons, dando cuenta de la función adaptativa como función básica del sistema económico. De allí surgen parte de estas ideas.

(8) Ver STIGLITZ, JOSEPH, “El fraude de las hipotecas. Capítulo 4”, en *Caída Libre*, Bogotá, Taurus, 2010.

(9) Ver MIER GERALD, *Problems of a world monetary order*, Oxford University Press, 1974, p. 100, especialmente generadas entre Estados Unidos y el resto del mundo, en función del sistema de patrón dólar.

sustitutas, los desequilibrios globales y también cuestiones relacionadas con diferentes esquemas de relacionamiento social específicos del mundo financiero, de los que el delito es uno de los principales protagonistas.

Como dijimos hasta aquí, la primera función del sistema es la de conversar el valor propio del proceso de cambio, mientras que la segunda es la intermediación en sí misma. La tercera función del sistema financiero resuelve los problemas de integración de los flujos financieros, toda vez que facilita que los activos generados a partir de múltiples procesos de intermediación converjan junto con otros flujos financieros que proceden de una multiplicidad de ámbitos y que son originados en diversos tipos de operaciones de creación y circulación de capital. Este proceso de integración implica que el sistema financiero genera condiciones y estructuras que garantizan cierto grado de estabilidad en el funcionamiento a través de la puesta en circulación de activos,⁽¹⁰⁾ a través de diferentes factores como la conformación de las tasas de interés internacional, las regulaciones sobre la cuenta capital, y las reformas regulatorias adoptadas en otros mercados locales y del exterior.

Por ejemplo, algunos estudios de interés muestran que los flujos financieros transferidos desde países en desarrollo aumentaron a un tasa del 18,2% durante el período 2002-2006.⁽¹¹⁾ Las fuentes de este volumen de transferencia provienen de activos generados por empresas multinacionales y grandes corporaciones financieras que transfieren sus utilidades desde estos países hacia paraísos fiscales o países de baja o nula tributación, lugar donde tienen asiento las casas matrices de sus empresas. La presencia de paraísos fiscales, la constitución de sociedades off shore, de vehículos corporativos opacos, u otras estructuras ideadas para ocultar al beneficiario final de activos en circulación,⁽¹²⁾ proceso social que algunos

(10) Talcott Parsons reconoce que una de las principales características de cualquier sistema es la consecución de metas u objetivos, definidos como la "...tendencia del sistema a estabilizar sus relaciones con un ambiente inestable de pluralidad de objetos, relevante para el sistema, desarrollando estructuras, (pautas entre unidades) y procesos necesarios..." (Ver ALMARAZ, José, "La transición del modelo interactivo al sistémico en Parsons", en *Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 8, España, 1979, p. 18).

(11) Ver DEV KAR AND SARAH FREITAS, "Illicit Financial Flows From Developing Countries: 2001-2010", en *Global Financial Integrity*, diciembre de 2012. Ver en http://iff.gfinintegrity.org/documents/dec2012Update/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries_2001-2010-HighRes.pdf

(12) Ver *Behind the corporate veil. Using corporate entities for illicit purposes*, OECD-2001.

autores han caracterizado como constitutivas del surgimiento del capitalismo clandestino,⁽¹³⁾ son una buena manera para comenzar a esbozar preguntas en torno a los mecanismos de interacción entre las actividades lucrativas generadas en delitos (económicos u organizados) y el resto de las actividades económicas consideradas lícitas.⁽¹⁴⁾

Sólo el dato que indica que el crecimiento de los flujos ilegales ascendió a un 18,2% en 4 años, muestra que en torno al sistema financiero global se configuran tendencias que orientan la acción de la economía hacia la integración creciente de dimensiones legales, irregulares y criminales dentro de la economía y, al mismo tiempo parecerían revelar que la acción económica no reconoce, ni incorpora la legalidad jurídica como un límite externo.⁽¹⁵⁾ Estos datos revelan que el sistema financiero y el delito parecerían acoplarse de un modo más o menos armónico. El crimen organizado a nivel global no podría producir miles de millones de dólares al año si el sistema financiero estuviera lo suficientemente blindado para obturar el ingreso de estos flujos y, como contraposición, seguramente el sistema financiero se vería reducido en una significativa proporción sin la inyección de flujos originados en el crimen organizado. Entre ambos se establecen formas de interpenetración sistémica, que operan simplificando la circulación de flujos financiero mediante diferentes fenómenos como la secrecía bancaria, la desterritorialización del dinero y la deslocalización de las operaciones a nivel global.

Por último, la confianza constituye la cuarta función del sistema financiero, y está orientada a generar los lazos de previsibilidad y seguridad sobre la que descansa todo el proceso de creación de dinero que caracteriza a la operatoria financiera.⁽¹⁶⁾ De acuerdo a George Simmel, la moneda es

(13) Ver LASCOUMES, PIERRE y GODREFROY, THIERRY, *Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, París, La Découverte, 2004.

(14) Para un análisis sobre movimientos de capital en Argentina véase FANELLI, JOSÉ y MACHİNEA, JOSÉ, "El movimiento de capitales en la Argentina", en Ricardo French Davis y Stephany Griffith Jones, *Las nuevas corrientes financieras hacia la América Latina. Fuentes, efectos y políticas*, CEPAL, 1995.

(15) Aun cuando, paradójicamente, sí incorpore la noción de legalidad jurídica como prevención de certeza y seguridad en los negocios.

(16) Hendler hace alusión a la "estructura fiduciaria del sistema financiero" con miras a organizar el análisis de enfoques jurídico-penales frente a la criminalidad financiera. Véase del

una promesa genérica de pago; allí reside su nacimiento, puesto que ella encierra una relación social singular entre todos los individuos y la sociedad.⁽¹⁷⁾ Talcott Parsons también profundizó los estudios sobre moneda concibiéndola como un lenguaje especializado de intercambios.⁽¹⁸⁾ Esta posición revela que la moneda no sólo encierra un valor económico cuantificable, sino que también pone en movimiento una serie de significados que organizan dinámicas específicas de relacionamiento social.

Varios autores han explorado los efectos sociales del dinero en función de la creación de vínculos afectivos y emocionales que, sin lugar a dudas, se hacen presentes en el sistema financiero adoptando diferentes formas y manifestaciones dando cuenta también de la existencia de conflictos sociales.⁽¹⁹⁾

La noción de confianza, por ejemplo, en algunos casos, pone en funcionamiento diferentes instituciones financieras que enlazan esta dimensión afectiva con el derecho. Por un lado, a través de la creación de diferentes productos financieros, como por ejemplo, el Trust originario en el derecho anglosajón,⁽²⁰⁾ que se construyen y sostienen en el tiempo en función de una confianza esperada; pero también, ponen en circulación una serie de capitales simbólicos referenciados con el conjunto de políticas y estándares que en el sistema financiero configuran los llamados compliance reputacionales.⁽²¹⁾

Son estas composiciones funcionales las que garantizan el mantenimiento, a lo largo de la historia institucional de las finanzas, de pautas, códigos culturales y creencias que organizan las prácticas financieras cotidianas.

autor *La responsabilidad penal de los directivos de entidades financieras*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 7 y ss.

(17) Ver SIMMEL, GEORG, *Filosofía del dinero*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977.

(18) Ver GIDDENS, ANTHONY, *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo*, España, Paidós, 1995, p. 215.

(19) Ver LUZZI, MARIANA y NEIBURG, FEDERICO, "Prácticas económicas, derecho y afectividad en la obra de Viviana Zelizer", ver en <http://www.cultura-economia.org/Presentaci%C3%B3n%20Zelizer%20final.pdf>

(20) Ver BEILFUSS GONZÁLEZ, CRISTINA, *El trust. La institución anglo americana y el derecho internacional privado español*, España, Bosch, 1997, p. 43 y ss.

(21) Ver también el trabajo de HERRANZ GONZÁLEZ, ROBERTO, "Georg Simmel y la sociología económica: el mercado, las formas sociales y el análisis estratégico", en *Revista de sociología*, nº 87, 2008. Ver en <http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/90331/115512>

3 | Estructuras y mercados

3.I | Redes, intercambios y flexibilidad

La criminalidad financiera o, en sentido más general, el delito de carácter económico no sólo expresa una relación definida por la infracción a la ley penal; primeramente, es el reflejo de una forma particular de composición de negocios comerciales y, sobre todo, de una manera de organizar las prácticas que empresas, comerciantes y especuladores realizan. De allí que, en una segunda instancia de análisis, sea bueno preguntarse por las estructuras sociales sobre las que se organiza la práctica económica.

Lo económico encierra una serie de relaciones histórico políticas, cuyos orígenes se inician con formas de comercio accidental que, a medida que cobran mayor entidad, van gestando estructuras de mercado. Si en sus orígenes el ejercicio del comercio se produce de manera improvisada y circunstancial, luego, a medida que van cobrando mayor entidad e involucran comerciantes de lugares lejanos, las transacciones comerciales comienzan a realizarse en espacios determinados (plazas u otros espacios comunitarios) a los que asisten diferentes mercaderes munidos de una multiplicidad de productos que se intercambian por otros según una condición de necesidad comunitaria.⁽²²⁾

Con el desarrollo de los mercados surgen fenómenos sociales asociados al intercambio como, por ejemplo, la circulación comercial, los peajes, complejos sistemas defensivos ante saqueos y, centralmente, actores que integran y dan vida a esos mercados. El surgimiento del mercado es, entonces, un espacio social complejo y caracterizado por la presencia de ciertas prácticas regulares, ritos, procedimientos, costumbre y reglas dotadas de una juridicidad propia.

Desde la sociología, se ha indagado sobre este punto. Así, Alex Preda, explica que, en sentido general, la estructura social de los mercados, se organiza en función de dos componentes: de un lado, sistemas de intercambios de bienes y, del otro, una variada y compleja trama de redes de relaciones sociales.⁽²³⁾

(22) Ver PIRENNE, HENRI, *Historia económica y social de la Edad Media*, México, FCE, 1986.

(23) Ver PEDA ALEX, "The sociological approach to financial markets", en *Journal of Economic Surveys*, vol. 21, n° 3, 2007, pp. 506/533.

En todo este proceso, el trazo social común es la circulación, en función de la que se organizan las prácticas económicas y el comportamiento de los comerciantes (siempre siguiendo reglas que estandarizan procedimientos y formas específicas de intercambio). Pero la circulación configura una parte de la estructura social de los mercados, sólo en la medida en que el movimiento comercial y económico generado, fluye a través de actores que establecen relaciones entre sí. Estas relaciones podrían ser vistas como relaciones binarias (comerciante/cliente; proveedor/comprador; comprador/vendedor) o, por el contrario, como integradas en una red de relaciones sociales. Siguiendo con la reconstrucción conceptual que Preda realiza sobre los debates relacionados con la estructura social del mercado, explica que existen dos posiciones distintas para analizar cómo los sistemas de intercambio y las redes de relaciones sociales se vinculan mutuamente. En una primera posición, las redes sociales son concebidas como un marco externo dentro del que se producen intercambios, mientras que, en una segunda postura, los sistemas se imbrican, se entrelazan a través de redes de relaciones sociales organizadas en torno a la circulación de información y el ejercicio de la influencia.

Esta segunda posición parece más interesante, dado que no establece un punto de corte fronterizo entre un componente y otro, sino que procura potenciar su comprensión en función de su mutua interpenetración.

En este aspecto, se abre un capítulo central para el análisis del fenómeno financiero desde perspectivas sociales, dado que el estudio de quiénes integran estas relaciones organizadas como redes es la base para el estudio de las prácticas financieras desde un punto de vista crítico respecto de nociones como la de inversor racional, de la que parten los modelos de estudio en teorías de las finanzas.⁽²⁴⁾

Es preciso distinguir entre dos nociones diferentes de intercambio. Si por un lado, la circulación como hecho social organiza el conjunto de intercambios de bienes y mercancías, por el otro, las redes de relaciones sociales que ponen en movimiento esa misma circulación se nutren de procesos complejos de intercambio, alimentados en factores culturales, políticos,

(24) Ver PASCALE, RICARDO y PASCALE GABRIELA, "Teoría de las Finanzas, sus supuestos, neoclasicismo y psicología cognitiva", en XXI Jornadas Nacionales de Administración Financiera, 2011, ver en http://www.unsa.edu.ar/afinan/informacion_general/sadaf/xxxi_jornadas/xxxi-jac-portada-indice.pdf

económicos, en sentido más general, simbólicos, que no pueden reducirse a la noción de un bien o un servicio.

Los mercados financieros son una especificidad dentro de los mercados comerciales. La globalidad de sus dimensiones, la compleja relación que se establecen entre tiempo, velocidad y distancia de las transacciones, la capacidad de elevar el quantum de ciertas magnitudes por procesos virtuales, la trama especulativa y la incidencia de nociones como la de riesgo, volatilidad, marcan notas distintivas respecto de cualquier otro mercado. Sin ingresar en el debate específico de cada una de ellas, es preciso poner atención en el hecho de que los bienes intercambiables se definen bajo la noción de activos financieros.

De este modo, los mercados financieros ponen en circulación activos, a veces securitzados o intangibles, cuyo valor depende de fórmulas subyacentes. A la par, ponen en funcionamiento diferentes redes de conexiones entre burocracias administrativas y organizaciones de gestión y management, a través de las que circulan bienes simbólicos y, sobre todo, información.

Los mercados financieros no son un ámbito de cálculo racional y proyección de exactitudes, sino más bien espacios sociales en los que interactúan inversores de diferente calidad, profesionales de las finanzas, agentes gubernamentales, jueces, fiscales, corporaciones de prensa, grandes empresarios y todo otro tipo de actores sociales que transitan el espacio del mercado y otros espacios tales como bares, clubes, escuelas, universidades en las que comparten una misma óptica valorativa sobre los procesos económicos, la información y la forma en que deben tomarse las decisiones en materia de inversión.

El estudio de las redes de conexión sobre las que se organiza la circulación y el intercambio de activos financieros ha sido desde tiempo atrás un aspecto de interés en los estudios sociales realizados sobre el fenómeno financiero, y cuyo propósito es revelar que el proceso económico está atravesado por dimensiones de poder que no son atendidas en la visión de los modelos económicos.⁽²⁵⁾ En una palabra, la construcción de la teoría

(25) La idea de que un mercado monopólico es aquél en que no existen reglas que garanticen la competencia es un buen ejemplo en este sentido. Para un estudio original ver K. W. ROTHSCHILD (ed.), *Power in economics, Penguin modern economics Readings*, Inglaterra, Penguin Modern Economics Readings, 1971.

económica siempre se las ha arreglado para despolitizar sus contenidos más estructurales, tal vez como necesidad refleja de mantener una distancia tajante entre economía y política.

Así, durante los años 70, dos autores ingleses, Wilson y Lupton, reconstruyen más de 20 casos en los que se pueden estudiar adecuadamente cómo entre los protagonistas prominentes de la banca, la industria de seguros, los políticos y la administración pública existían fuertes conexiones sociales basadas en relaciones de parentesco o afinidad generadas en contactos informales.⁽²⁶⁾ En estos estudios, se revelan diferentes movimientos, cómo, por ejemplo, directores de bancos comerciales ingleses devinieron en directores del Banco de Inglaterra y también cómo puestos estratégicos en firmas financieras fueron ocupados por las generaciones más jóvenes de familias de banqueros.

Este tipo de esquemas de estructuración de relaciones de parentesco y afinidad son definitorias en la organización de las prácticas y el proceso financiero. En nuestro contexto, se deberían realizar estudios para identificar este tipo de conexiones entre personas que ocupan puestos de jerarquía en entidades financieras, firmas de auditoría, despachos legales y cargos jerárquicos en las oficinas gubernamentales.

Así, sobre la noción de intercambio y su imbricación en redes sociales, hay que añadir la de flexibilidad, a partir de la cual se procura dar cuenta del modo en que esta segunda composición de intercambios tiene lugar a través de actores que se desplazan de modo permanente entre diferentes ámbitos, esencialmente del privado al público y del público al estatal. Wedel trabaja en esta línea construyendo la noción de *flex net* para explicar no sólo cómo funcionan las redes sobre las que circulan fenómenos de negocios realizados por grandes burocracias que capturan el aparato estatal, sino más interesante aún, procurando dar cuenta del carácter opaco que adopta la conjunción entre élites y democracia.⁽²⁷⁾

(26) C. S. WILSON y LUPTON, *The social background and connections of top decision makers*, The Manchester School, vol. 27, nº 1, 1959. Dentro de esta misma tradición también KAZUMORI, OSHIMA, "Is Industrial Society Governed by Contract?".

(27) Ver WEDEL, JANINE, *Shadow Elite. How the world's new power brokers undermine democracy, government and the free market*, New York, Basic Books, 2001.

3.2 | Intermediación. Información

Las actividades financieras involucran un elevado cúmulo de las transacciones generadas diariamente entre bancos, agencias financieras, bolsas de valores y mercados, plataformas de negociación electrónica y todo otro tipo de estructuras que, a través de diferentes procesos de intercambio, ponen en circulación una enorme masa de activos, originadas en diferentes formas de captación del ahorro público y la inversión.

Como consecuencia, los mercados financieros se caracterizan por su elevado grado de interconexión organizada en redes que se integran a nivel global y a través de diferentes flujos de distribución del volumen de activos financieros.

Si, como decíamos en el punto anterior, las redes y el intercambio definen la estructura de los mercados financieros, resta entonces analizar por qué la intermediación financiera y la generación de información relevante son los dos componentes implícitos que —en cierto sentido— ponen en movimiento a aquella estructura.

De acuerdo al art. 1 de ley 21.526, "...las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros..." quedan comprendidas bajo los alcances legales y reglamentarios de dicho cuerpo legal. Retomando una idea expresada al principio de este texto, la intermediación financiera no es más que el proceso a través del cual las entidades financieras organizan la captación de dinero del público, con miras a su recolocación en manos de quienes van en busca de aquél para canalizar sus necesidades de financiación. Necesariamente, esta definición pone en relación la articulación de los procesos de oferta y demanda de recursos financieros, en los que la banca —actuando el su rol de agente empresario— interviene estableciendo vínculos recíprocos de obligación con cada una de las partes.

El volumen global de créditos y préstamos, que de forma permanente circula a través de una misma entidad, es la condición esencial para que las entidades financieras coloquen activos previamente captados del público. A su vez, este aspecto revela también la importancia que posee la autoridad monetaria de control que, en uso de sus facultades de supervisión,

debe verificar las relaciones técnicas de solvencia y liquidez de todas las entidades, así como también las dimensiones del riesgo crediticio.

Sin embargo, esta definición de intermediación, que es estricta y está ajustada específicamente al carácter comercial de la actividad bancaria, requiere de mayores precisiones, especialmente cuando otras formas de intermediación, que comúnmente no se interpretan como comprendidas por este término, pudieren dar lugar a mecanismos de captación de ahorros del público, sobre la base de un esquivo organizado de la responsabilidad legal que este tipo de práctica implica.

A pesar de la discrepancia de un amplio sector de la doctrina promotora de los intereses corporativos de la banca y las finanzas, un análisis que asume como centro de estudio la práctica financiera y las relaciones sociales organizadas en función de ella nos lleva a sostener que la intermediación encierra un fenómeno de mayor complejidad, que no se agota solamente en función de las precisiones señaladas anteriormente, dado que en ella convergen estrategias de negociación y mecanismos de distribución de activos financieros que abren el abanico hacia otras formas de captación de ahorros del público.

Veamos en detalle. Una primera distinción importante nos obliga a diferenciar la intermediación propiamente financiera de aquélla que tiene lugar en el mercado de capitales. Si en el mercado financiero la intermediación implica que las partes actúan a través de bancos o entidades financieras, que ponen a disposición activos previamente captados bajo un deber de devolución,⁽²⁸⁾ en el mercado bursátil las partes negocian el proceso de adquisición de valores negociables, a través de sociedades de bolsa, brokers, que actúan poniendo en contacto a las partes, a cambio de comisiones previamente pactadas. Por otro lado, cuando se trata de la adquisición de cuotas partes de fondos de inversión u otros instrumentos de inversión colectiva, la negociación se realiza a través de un proceso

(28) Por ejemplo según la Ley del Sistema Crediticio Alemán, constituye operación bancaria "...la recepción de dinero ajeno en forma de depósito o la recepción de otro dinero del público bajo la obligación de devolverlo (...) independientemente de si deberán pagarse intereses o no...". También incluye, por ejemplo, "...el otorgamiento de préstamos de dinero y los créditos de aceptación (operaciones crediticias)" e incluso "...el adquirir instrumentos financieros bajo riesgo propio para invertirlos, o adquirir garantías equivalentes (operaciones de emisión de valores)...". Ver KLAUS TIEDEMANN, *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Perú, Grijley, 2009.

de captación de activos, cuyos responsables son agentes de colocación, generalmente bancos. Si bien es factible reconocer que en estos casos no habría operaciones bancarias en el sentido antes aludido, tampoco se puede sostener tajantemente que ellos no sean expresión de alguna forma de intermediación. Desde la perspectiva de los agentes financieros, se sostendrá seguramente que su actividad podría estar relacionada con la prestación de un servicio auxiliar a la práctica financiera (como el que prestaría un promotor de contactos o un gestor de negocios). Sin embargo, esta posición es, por lo menos, discutible y debería ser analizada con cierta prudencia reflexiva, puesto que la práctica financiera ha demostrado que, muchas veces, estas actividades empresariales organizadas como estructuras de simple “mediación” son formas aparentes que encierran verdaderas estructuras de oportunidad organizadas para la comisión de fraudes financieros, evasión fiscal y lavado de dinero.⁽²⁹⁾

Las llamadas casas de representación son un fenómeno de creciente importancia en la plaza financiera local desde el año 2001 en adelante. En el año 2010, el BCRA dictó la Comunicación “A” 4981, que obligó a que estas oficinas registraran un representante ante el BCRA y comenzaran a llevar un registro detallado de todas las operaciones en que intervenían a favor de sus representados. Nadie discutiría que esta normativa tuvo por propósito elevar los estándares de transparencia del mercado; sin embargo las principales entidades del exterior, fueron cerrando poco a poco sus casas de representación.⁽³⁰⁾ En muchas oportunidades, éstas últimas funcionaban en la práctica como bancos paralelos, a través de los que se

(29) Esta discusión no es de menor importancia. En función de qué posición se adopte ante este punto, se modificará el radar de cobertura en materia de supervisión de entidades sujetas a fiscalización pública. En una palabra, dado que la intermediación requiere previa autorización, se procura con esta discusión sostener que lo que es mediación no está alcanzado por el mandato de autorización previa por el simple hecho de que no genera riesgo alguno para el inversor o ahorrista. En otros contextos legales, Alemania por ejemplo, tanto la operatoria de banca como la de prestación de servicios financieros auxiliares están sujetas a autorización previa, la que de no ser respetada da lugar a la realización de operaciones prohibidas y reprimidas con penas de prisión o multa. Véase la Ley del Sistema Crediticio, art. 54.

(30) *Ámbito Financiero*, en su edición del día 05/04/2010 publicaba una nota de Pablo Wende, que decía "...dejan de operar 16 bancos por exigencias del central..." y agregaba "Son casas de representación"; "No levantan el secreto bancario". Dos subtítulos curiosos, el primero de ellos porque, casi a modo de revelación inconsciente, dejaba entrever que para los operadores de la City, no había mucha diferencia entre uno y otra. El segundo subtítulo daba un mensaje de tranquilidad para aquéllos que ocultan sus riquezas ilícitas detrás del secreto bancario. Ver en <http://www.ambito.com/diario/noticia.asp?id=515702>

invita a invertir en productos localizados fuera del ámbito jurisdiccional de supervisión. Así, el caso del BNP Paribas —una importante entidad bancaria del exterior, autorizada para operar en el sistema financiero nacional, además de una amplia red de sucursales— operaba a través de una casa de representación en donde captaban dinero del público de forma clandestina y ofrecían colocaciones en diferentes instrumentos de inversión, sin que estas operaciones quedaran bajo el ámbito de supervisión estatal. Por allí circuló dinero originado en diferentes actividades ilícitas, a pesar de que actuaban bajo la apariencia de brindar servicios de mediación financiera.

Otras formas organizadas de captación que, eventualmente, podrían encerrar esquemas de intermediación financiera son aquéllas relacionada con la búsqueda de dineros privados a través de los esquemas denominados *friends and family*. En estos casos, se captan activos entre una red de pequeñas personas vinculadas por algún tipo de lazo familiar, social, profesional o afectivo; aun cuando la captación no es masiva y, puede no ser de carácter público.

De modo que la intermediación financiera puede adoptar diferentes modalidades, encerrando todas ellas algún tipo de negociación. Charles Lindblom define la negociación con alusión al desarrollo de políticas públicas, destacando ciertos rasgos que trasladados al mundo de las finanzas puedan ser de mucha ayuda. En un ensayo del año 1961, en el que asimila gobierno y mercado, expresa que la negociación:

"...son todos los métodos, estratagemas y trucos —ofrecer nuestra ayuda por todas partes, formar alianzas y coaliciones, adoptar una postura partidista, buscar la ventaja, así como engatusar, arañar, transar, trampear, amenazar, engañar, mentir, blolear, pero sin excluir la persuasión y la negociación cordial— por medio de los cuales los controles de unos funcionarios públicos sobre otros se vuelven multilaterales en lugar de unilaterales, o multilaterales cuando no hay ningún control...".⁽³¹⁾

Siguiendo esta definición, la negociación financiera es el ámbito en que se determina el valor —valga la redundancia— de un valor negociable, es de-

(31) Ver LINDBLOM, CHARLES, "La negociación: la mano oculta en el gobierno", en *Democracia y sistema de mercado*, México, FCE, 1999, p. 216.

cir, el precio que se paga por la adquisición del mismo. Esta determinación no se produce de forma espontánea, limpia o libre de intereses; sino que es el resultado de un proceso lleno de tensiones que reflejan la disputa respecto del valor "verdadero" de un bien.

Incluso, la negociación financiera no sólo se circumscribe a la determinación del precio, puesto que también abarca la actuación de los organismos de control y supervisión del sistema financiero. Es aquí donde la negociación deja de estar recubierta de fórmulas, ritos, procedimientos y lenguajes que parecen definirse exclusivamente por sus connotaciones de cálculo matemático, para abarcarla en términos políticos. El cambio de escenario en el proceso de negociación (el pasaje de un escenario de negociación expresado en claves financieras hacia otro medible por variables, lógicas y compromisos políticos) implica muchas veces una extensión de los métodos de negociación como son el predominio de la influencia, el peso de las amistades, la hegemonía de unos saberes específicos sobre otros, el intercambio de obsequios, el pago directo de dinero, u otros medios de poder simbólico capaces de ejercer presión sobre ámbitos clave de decisión.

Son negociaciones que ponen en tensión la vigencia de la legalidad y, en algunos casos, el reemplazo por reglas prácticas que abandona el ámbito de validez del derecho, dando paso al predominio de una racionalidad financiera con fuerte presencia hegemónica.⁽³²⁾

Además de la determinación del precio de un valor, la negociación alcanza un problema central para la circulación de los flujos financieros. Este problema tiene que ver con cómo se distribuyen estos flujos, tanto a nivel local como global. El modo en que ésta distribución se produce define el

(32) El delito económico y, en su particularidad, el delito financiero también, se caracterizan por dos notas distintivas: por un lado, elevado núcleo de impunidad que protege las ganancias que genera y, por el otro, el abuso de poder que adopta innumerables determinaciones, a través de las que el poder económico hace prevalecer su propia voluntad colocándose por encima de la ley e incluso valiéndose del contenido normativo de la ley para hacerlo. Nociones jurídicas como la simulación lícita, la elusión fiscal, la distinción entre intermediación jurídica e intermediación bancaria y muchas otras son el resultado del desarrollo de cuerpos doctrinarios, que omiten incorporar el abuso de poder como un componente esencial de la delincuencia económica, y que deberían ser revisadas desde perspectivas sociales. Véase TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Barcelona, Ariel, 1985. Martos Nuñez, en *Derecho Penal Económico*, señala que el abuso de poder implica o presupone un actuar con deslealtad "...por abuso de poder ha de entenderse la falta de consideración y respeto de la buena fe negocial, presupuesto imprescindible en el tráfico jurídico mercantil", ver MARTOS NUÑEZ, J. A., *Derecho Penal Económico*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 168.

grado de autonomía o referencia entre finanzas y producción, finanzas y consumo, finanzas y sectores sociales, finanzas y proyectos políticos; cuestiones todas que, en última instancia, hacen a la discusión acerca de si el sistema financiero genera bienestar social, promueve el desarrollo, mejora las condiciones de vida de todos los ciudadanos o, por el contrario, agudiza las tensiones sociales, profundiza la desigualdad, o en otro términos, aumenta la violencia producida como consecuencia de la especulación financiera. Este es un debate en el que convergen la política y los derechos humanos como vectores de referencia en relación con el estudio de las prácticas financieras. A simple modo de ejemplo, los mecanismos de distribución de los recursos financieros que aumentan la fuga de capitales, las políticas de tasa de interés, o las diferentes variantes de endeudamiento externo de los países son casos testigo de eso mismo durante las décadas del ochenta y noventa en nuestro país. Sin duda, sus consecuencias financieras impactaron en el aumento de los grados de violencia social y la trasferencia ilegal de riquezas que fueron a concentrarse en un puñado de grupos económicos.

La información es el otro componente implícito que pone en funcionamiento la práctica financiera. Este aspecto es especialmente interesante, porque si bien todo el proceso de toma de decisiones en este ámbito, parecería estar sostenido en un modelo de acción racional en el que la información emerge como un dato limpio, que habría sido generado en un proceso cognitivo “natural” y que permitiría determinar el verdadero valor de un activo, por detrás de él inciden y confluyen procesos, prácticas y actores que —siguiendo una vez más los análisis de Preda— podríamos organizar en torno a la idea de intermediación de la información.⁽³³⁾

Empresas de auditoría, analistas de riesgo, evaluadores de mercado, expertos certificados en calificación de carteras, y otro sinnúmero de actores se relacionan entre sí, a través de redes organizadas que emplean un lenguaje altamente especializado y encriptado, sobre el que se construyen las diferentes determinaciones del llamado valor fundamental de los activos financieros. De modo más sencillo, todo el trabajo realizado por los intermediarios de información se proyecta sobre la fijación del precio real de un valor negociable o de una operación financiera. Claro que para

(33) Ver PREDA, “The sociological approach to...”, op. cit.

los operadores financieros el precio es un dato cognitivo, frío, abstracto, natural, aséptico, espontáneo, pero, en realidad, tiene lugar a partir de la convergencia de prácticas, técnicas, presuposiciones y actores que lo construyen en una compleja trama de relaciones.

Es tan fuerte la dimensión de poder simbólico que pesa sobre este proceso de construcción social del precio de los valores negociables que, por ejemplo, la evaluación de una calificadora de riesgo sobre un tipo de producto financiero o sobre una posición determinada de endeudamiento, es aceptada como si fuese el resultado de un proceso de conocimiento, cálculo y valuación completamente objetiva del que resulta un precio de mercado.

Muy lejos de ello, lo cierto es que la intermediación de la información establece una jerarquía de posicionamientos en donde las calificadoras poseen la mayor capacidad de imposición de poder simbólico, seguidos por los analistas de mercado, las entidades líderes en cada segmento de la industria financiera, etc. Entre ellos se produce y circula la información financiera, de modo asimétrico y desigual.

Si bien el Estado es un actor protagónico, su posicionamiento depende de factores asociados a las resistencias propias del mercado, a la aceptación del poder de intervención en la economía y a la capacidad de regulación y control diseñada desde la política económica.

4 | Procesos

4.I | Conflictos y estabilidad

En el momento de mayor auge del neoliberalismo griego, Pierre Bourdieu expresaba que "...no se puede bromear con la ley de conservación de la violencia: toda violencia se paga y, por ejemplo, la violencia estructural que ejercen los mercados financieros, en forma de despidos, precariedad laboral, etcétera, tiene su contrapartida, más pronto o más tarde, en forma de suicidios, delincuencia, crímenes, droga, alcoholismo y pequeñas o grandes violencias cotidianas..."⁽³⁴⁾.

(34) Ver BOURDIEU, PIERRE, "El mito de la mundialización y el Estado Social Europeo. Intervención ante la Confederación General de los Trabajadores Griegos reunida en Atenas, 1996",

Generalmente, la simpleza de esta frase se pierde de vista detrás de fórmulas complejas o de “presupuestos teóricos” que excluyen la discusión sobre el problema del poder en la economía, a través de su sustitución por nociones y modelos de cálculo, eficiencia y racionalidad.⁽³⁵⁾

Los mercados financieros se configuran y reproducen según formas de estructuración conflictiva, que genera efectos sociales violentos y que, incluso, pueden calcularse en función de la medición de los costos que las pérdidas financieras ocasionan más allá de los mercados, esto es, sobre el conjunto de la sociedad.⁽³⁶⁾

A pesar de la presencia de grados de estabilidad, la estructura de los mercados se define por el conflicto, justamente, porque la lógica del mercado es condensar relaciones de poder.

La divergencia de intereses, la desigualdad de status generada por la estratificación de los mercados o por el proceso de producción de información financiera, la circulación de diferentes tácticas y estratégicas de negociación en torno a valores, plantean como principal desafío el de reconstruir los conflictos, como parte de una trama cotidiana de funcionamiento de los mercados financieros.

4.2 | Las formas del conflicto y sus dinámicas de articulación

Los conflictos financieros se caracterizan por la escasez,⁽³⁷⁾ tanto de activos en circulación, como de información en manos de agentes e inversores

en *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999, p. 58.

(35) Ver K. ROTHSCHILD (ed.), “Capítulo 1. The Neglect of Power in Economic Theory”, en *Power in economics*, op. cit., p. 19 y ss.

(36) Ver EATWELL, JOHN y TAYLOR, LANCE, *Finanzas globales en riesgo. Un análisis a favor de la regulación internacional*, Siglo XXI, 2006, p. 32.

(37) Dice BINDER ALBERTO, “...Por la definición misma del conflicto, es obvio que las situaciones de escasez (ella existe, recordemos, donde excite también el deseo de esos objetivos, deseo que es estimulado como un motor de la sociedad de consumo) tiene una relación directa con la interacción conflictiva...”, ver *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Astrea, 2011.

financieros y, también, como consecuencia de decisión relacionadas con las fuentes, medios y fines en que se organiza la distribución de circuitos de circulación de los flujos financieros a nivel global. Por el momento, se podrían identificar tres modelos básicos de conflictividad, más uno transversal a todos ellos.

El primer modelo se define en la pelea por la captación de depósitos, el segundo se origina en las disputa en torno a la información disponible, mientras que el tercer modelo está asociado a los mecanismos de distribución de flujos financieros. Por último, el cuarto permite identificar los conflictos generados como consecuencias de la organización fuertemente burocrática que adoptan las entidades que operan en los mercados financieros.

La existencia de variadas formas de intermediación financiera, a través de formas no autorizadas, clandestinas o soportadas en la administración infiel de patrimonios ajenos, son un buen ejemplo del primer modelo de conflicto. La esencia de estos conflictos es la competencia desleal en torno a la captación de ahorros del público.

El fraude bancario producido por los directivos del ex Banco de Italia y Río de la Plata⁽³⁸⁾ y el vaciamiento del ex Banco General de Negocios/Compañía General de Negocios son dos buenos ejemplos de esta primera forma de conflicto.

El Banco de Italia y Río de la Plata funcionaba como apéndice financiero de una variada red de empresas compuesta por estructuras societarias que no eran más que una fachada o que poseían un bajo o escaso nivel de actividad comercial,⁽³⁹⁾ que se beneficiaban con créditos otorgados por la entidad en

(38) Ver Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Sec. N° 2, causa N° B-1427 "Franzosi, Tulio y otros - BCRA s/ querella por irregularidades en el Banco de Italia y Río de La Plata".

(39) Un caso ilustrativo es el de la firma Masmet SA, con fecha de constitución el día 01/08/1980, que ocupaba el lugar N° 69 en el ranking de deudores de la entidad y compartía igual domicilio social con aproximadamente otras 16 empresas beneficiarias de estos créditos; y con una situación contable y patrimonial que daba cuenta de lo siguiente: a) no contaba con informes bancarios, financieros y comerciales actualizados al momento del otorgamiento del préstamo; b) sus balances estaban también desactualizados; c. excesos en cumplimiento de la Circular 5590. Esta empresa, administrada por los propios directores del BIRP, también se benefició con el otorgamiento de seguros de cambio denominados BAM - BONOS de absorción monetaria.

función de sus vínculos de amistad o parentesco con los miembros del consejo de administración de la entidad bancaria. En el caso, el fraude societario se produjo en función de la organización de un circuito de préstamos que salían del banco (reduciendo su activo) hacia empresas controladas y administradas por los propios directores del BIRP,⁽⁴⁰⁾ y desde allí eran redireccionados hacia tercera cuentas que garantizaban que los activos no se reintegraban al patrimonio de la entidad.⁽⁴¹⁾ El origen de los fondos en todos los casos era el depósito de los ahorristas en las arcas del banco.

Por su lado, en el caso Banco General de Negocios/Compañía General de Negocios,⁽⁴²⁾ se pudo comprobar la existencia de una estructura financiera, montada específicamente para la comisión de delitos financieros y el lavado de activos. Una nota característica de este caso fue la detección de operaciones de ofrecimiento de productos financieros a ahorristas, ocultando mediante diferentes estrategias que el dinero capta en función de estos, se realizaba de modo clandestino.⁽⁴³⁾ Como consecuencia, esta

(40) Conforme la acusación se destacó una innumerable cantidad de créditos otorgados a un grupo de 50 empresas: Algodonera Santa Fe SA; Agroital SA; Aloeste SA; Bestservice SA; Compañía Bonaerense de Inmuebles SA; Cia. General Bienes Raíces y Muebles; Cia. General de Leasing; Cía Interamericana de Inversiones SA; Corpinmobil SA; Decefe; Drizle SA; Financiera del Maracayú SA; Gobenia SA; Grupo Juncal SA; Inversora Interamericana; Inyecta Argentina SA IMM; Juncal SA Rural, Inmobiliaria y Comercial; Empresa Juncal Y M; Juncalco; Laky SA; Las Espigas; Lupone; Masnet SA; Maszi SA; Molitor SA; Nopuar SA; Panificación Argentina; Panty SA; Propiedades y Alquileres; Propietaria Urbana SA; Prospectus; Proxy; Quebren SA; Reveno SA; Salisbury; Empresa Sebastián Badaracco SA; Silly SA; Sisteco SA; Suana SA; Tansay SA; Trel SA; Trienal SA; Tustyl SA; Yacuy SA; Cía. Interamericana de Inversiones SA; Cía Italconstruct SA; Cumbreña SA; Industrias Plásticas Panamericanas.

(41) La acusación formal, presentada oportunamente por los abogados del BCRA expresaba "Se encuentra suficientemente probado que al menos a partir de 1982, ciertos funcionarios del Banco de Italia y Rio de la Plata SA utilizaron a la entidad como medio para obtener los siguientes créditos a favor de un conjunto de empresas vinculadas, en condiciones preferenciales y sin observar una sana administración bancaria acorde a las circunstancias..." (fs. 13717 del escrito de acusación).

(42) Ver Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Sec. N° 2, causa N° 22437/01 (B-5926/01), "Rohm, Carlos y otros s/ Asociación Ilícita". Los accionistas del Banco General de Negocios (familias Rohm, Dodero, Zuberbühler, y los bancos Credit Suiss First Boston Bank, Dresdner Bank y J. P. Morgan Chase Bank) tenían además otras tres instituciones financieras: el Banco de Santa Fe, el Banco Comercial del Uruguay y la Compañía General de Negocios, siendo que esta última compañía operaba como conductor para operaciones de corresponsalía.

(43) Conforme el auto de procesamiento de fecha 19/06/2002, dictado en la causa penal, el BGN funcionó como una "...organización delictiva..." que contaba con diversos instructivos para efectuar operaciones bancarias clandestinas (que los miembros de la organización llama-

situación generó que, con posterioridad a la captación de depósitos, la entidad cerrara sus puertas y fugara sumas millonarias de dinero hacia jurisdicciones opacas, privando con ello que los titulares de los productos adquiridos se vieran impedidos de recuperar sus ahorros.

Las dos entidades bancarias funcionaron en el mercado captando depósitos en condiciones diferenciales con relación al resto de las entidades, ofreciendo, en algunos casos, mayores facilidades a los tomadores de crédito y/o mejores tasas de interés a los fines de atraer más inversores.

Estos dos casos son también buenos ejemplos para el estudio de las formas de conflicto originadas en torno a la distribución financiera, puesto que los medios clandestinos de captación en el segundo caso y, la concentración de créditos en empresas vinculadas directamente a los directores del banco en el primero muestran cómo en el mercado financiero confluyen circuitos de distribución de diferente naturaleza. Parte de los activos captados por los administradores del BGN/CGN tenían como finalidad fugar activos de procedencia sospechosa hacia cuentas y jurisdicciones del extranjero, mientras que, en el caso de los activos concentrados en la red de empresas vinculadas al BIRP, restringían las posibilidades genuinas de financiamiento a proyectos económicos y productivos que pudieran presentarse.

Los diferentes estudios sobre el rol de las empresas de auditoría externa y de las calificadoras de riesgo son una buena manera de comprender más cabalmente la conflictividad en materia de información financiera. El rol de estas empresas es, en la mayoría de los casos, dar un viso de legalidad a estados patrimoniales en dificultades. En el caso Banco de Mendoza, se puede seguir con detalle este fenómeno, dado que allí las empresas de

ban “liqui-liqui”). A fs. 4628 vta. del auto de procesamiento se puede leer “...recuérdese que en el referido “instructivo” se hace referencia a la denominada operatoria consistente en captar depósitos de terceros fuera del denominado “circuito financiero”, ya sea en efectivo o en títulos. En dicha inteligencia, adviéntase que aquellas operatorias se concretaban cuando una entidad financiera, en este caso la Compañía General de Negocios SA y SAIFE, captaba depósitos de terceros en nuestro país, sin la correspondiente autorización de la Ley de Entidades Financieras y fuera del marco regulatorio del Banco Central de la República Argentina, estableciéndose la operatoria precedentemente descripta, con el secuestro de los comprobantes respectivos que hacen alusión, precisamente y sin ningún tipo de pavor a operaciones “no reales” y/o aquellas llamadas “liqui-liqui”, lo que por sí sólo indica la existencia o elaboración de una maniobra ficticia, basada en este tipo de operatoria con títulos, tendiente a “blanquear fondos”, cuyo origen a la fecha no se ha logrado determinar a ciencia cierta...”.

auditoría convalidaban posiciones contables de la entidad críticas desde el punto de vista de la solvencia patrimonial exigible.

Estas tres formas de conflicto están atravesadas por una modalidad de conflicto que es propia del proceso de organización burocrática de las entidades y agencias financieras, en las que inciden desde lógicas, ascenso jerárquico dentro de las compañías, competencias por la captación de clientes, hasta conflictos generados por la fuerte presión de los sistemas de disciplina y control interno aplicado al personal con el objetivo de aumentar los rendimientos laborales y de gestión financiera.

Esta primera visión del conflicto financiero, organizada según la formas de la conflictividad, exige también una segunda dimensión de análisis de acuerdo a las dinámicas propias de cada uno de ellos. Nos limitaremos aquí simplemente a su mención.

Una primera dinámica de articulación de conflicto financiero se produce entre las entidades y sus clientes o, en su caso, inversores. Esta dinámica es propia del proceso conflictivo generado en torno a la captación de depósitos. El reflejo de esta dinámica dentro del mercado es la desaparición de activos financieros que no son restituidos al momento de la liquidación exigida por sus titulares o establecida de acuerdo al tiempo de vencimiento de los títulos.

Una segunda dinámica conflictiva, típica en los mercados, es la que se produce entre entidades y autoridades de supervisión y control; dinámica que se expresa en las tensiones generadas en torno a las restricciones impuestas por la regulación sobre la libertad de operatoria que pretende cualquier entidad sujeta a regulación y, sobre la disponibilidad de la información financiera requerida en procesos de supervisión.

Una tercera dinámica de conflicto financiero es la que se expresa hacia dentro de las redes de relaciones financieras que estructuran los mercados, por un lado, aquella producida por profesionales financieros que disputan entre sí en torno a clientes o información y, por el otro, en torno a inversores o accionistas que también disputan entre sí en torno a la información reservada y confidencial de las compañías en las que tienen tenencias en valores. Los fenómenos de *insider trading* y uso indebido de información privilegiada son buenos ejemplos en este sentido.

5 | Dos precisiones básicas para la elaboración político criminal

Como reflejo de estos complejos procesos y estructuras, la composición del delito económico depende siempre del modo en que se organice y estructuren las prácticas financieras y, sobre todo, de si el Estado asume un vínculo con los mercados a partir de principios de libertad económica o de intervención regulatoria.⁽⁴⁴⁾ Para una posición basada en una concepción liberal económica, el derecho penal no es más que un instrumento de arbitraje al que se acude cuando la libertad comercial en el ámbito de las relaciones comerciales se ve amenazada o alterada por el comportamiento de algún agente económico. Por el contrario, si se adopta una posición que reconoce la necesidad de intervención del Estado en la economía, el derecho penal económico es un instrumento construido desde la política criminal para acompañar la política económica, y es utilizado cuando los negocios económicos alteran o ponen en peligro el proceso de producción, distribución y consumo de bienes, en perjuicio no sólo de los particulares, sino, sobre todo, del interés general.⁽⁴⁵⁾ Por tal razón, los grupos económicos y, por ende, toda la composición de saberes —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— generados desde el poder económico proponen un derecho penal neutral, de reducidas dimensiones y, sobre todo, sin articulación posible con la política económica de un país. Esta pretensión de neutralidad es sólo aparente.

El control de la criminalidad económica requiere mucho más que capacitación y conocimiento sobre las doctrinas del derecho penal económico; requiere, sobre todo, de un fuerte trabajo de comprensión y estudio de las matrices bajo las que funciona la estructura social de los mercados, con el fin de identificar allí los principales problemas sistémicos que actúan generando las condiciones de posibilidad de la delincuencia económica. Por tal razón, comenzar estos trabajos desde el estudio de la práctica financiera y no tanto desde la descripción normativa de figuras penales tiene por función y objetivo mejorar el proceso de diseño de po-

(44) Ver IMRE WIENER, *Economic Criminal Offences. A Theory of economic criminal law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1990.

(45) No desconoce esta posición el potencial factor criminógeno que la intervención no calibrada del Estado en la economía podría generar en algunas ocasiones.

líticas criminales, procurando con ello que estén lo más ajustado posible a las manifestaciones de la criminalidad económica, tal cual surgen y se reproducen en los mercados.

Sin este tipo de conocimiento, que necesariamente exige información y datos empíricos, no se pueden tomar decisiones sobre cómo controlar estos delitos; del mismo modo que no se pueden tomar decisiones racionales sobre la administración del circulante monetario de un país si no se conoce cómo se compone y varía el volumen de reservas y divisas dentro de una economía.

En definitiva, los estudios del delito económico desde una perspectiva político criminal deben apoyarse en un fuerte proceso de comprensión de los mercados, sus lógicas, sus actores y los conflictos que en ellos tienen lugar. La política criminal para perseguir el crimen económico forma parte de una composición complementaria a la política económica.



Políticas de seguridad y neoliberalismo⁽¹⁾

por MARÍA LAURA BÖHM⁽²⁾

I | Introducción

La relación entre el sistema económico y las políticas criminales o de seguridad adoptadas por un Estado en un determinado momento parecieran a primera vista no estar relacionadas directamente entre sí. Sin embargo, a poco de detenerse sobre esta cuestión pueden vislumbrarse el entrelazado de hebras institucionales y sociales que atañen tanto al ámbito jurídico-penal, como al ámbito económico nacional. Desde una perspectiva crítico-criminológica es posible investigar, por ejemplo, si existe una interrelación funcional y discursiva entre un sistema económico neoliberal, es decir, desregulado y socialmente excluyente, y un sistema penal punitivista, esto es, un sistema que incrementa en extensión e intensidad su campo de acción, que incorpora medios cada vez más intrusivos para la investiga-

.....

(1) Texto preparado para su primera publicación en: Fernández Steinko, Armando (comp.), Crimen, Finanzas y Globalización, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (2013, en edición).

(2) Abogada y Criminóloga (UBA, UNLZ, Hamburg Universität), Doctora en Ciencias Sociales (Hamburg Universität). Investigadora post-doctoral (Georg-August-Universität Göttingen, becaria post-doctoral AvH). Co-fundadora del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC, Buenos Aires), co-fundadora y coordinadora del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen (GLIPGö), y miembro del Grupo de Estudios en Derecho Penal Internacional (KAS/Göttingen). Coordinadora de la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana (Georg-August-Universität Göttingen). Dirección electrónica: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de

ción, intensifica las sanciones a imponer y relega el fin “resocializador”⁽³⁾ del sistema penal en favor de un fin meramente excluyente. Esta relación entre neoliberalismo y políticas criminales punitivistas es el tema al que se dedicarán las siguientes páginas.⁽⁴⁾

Se expondrá cómo la libertad de los flujos económicos individuales y corporativos aumenta en forma directamente proporcional a la intervención y el endurecimiento punitivos y, por lo tanto, cómo tal aumento de libertad se encuentra simbióticamente ligado a las actuales políticas exigentes de mayor seguridad. Para ello se explicará someramente la relación entre libertad, seguridad y neoliberalismo. Se hará luego un acercamiento teórico a la tensión entre libertad y seguridad de acuerdo a la idea de la gubernamentalidad del pensador francés Michel Foucault. Finalmente se aplicará esta herramienta teórica al estudio de las políticas de seguridad de la actualidad y su interrelación con el neoliberalismo.

2 | Libertad, seguridad y neoliberalismo⁽⁵⁾

En los países occidentales llamados “centrales” o “del primer mundo”, fundamentalmente en los países de Europa Occidental y Estados Unidos

(3) Este fin de prevención especial positiva, llamada así porque actúa en especial sobre el autor del delito y procura ayudarlo a vivir positivamente en sociedad, se ha atribuido a la pena en el derecho penal iluminado desde la escuela jurídico-penal sociológica de fines del siglo XIX en adelante. Para profundizar sobre éste y otros fines atribuidos a la sanción penal véase ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 81 y ss.

(4) Autores críticos y fundamentalmente la llamada criminología crítica han estudiado largamente el rol del sistema penal como instrumento de enriquecimiento estatal y de dominación. En estas páginas, el estudio se focaliza en la variación actual del sistema penal como instrumento de las políticas de seguridad neoliberales, por lo que la visión criminológica crítica “tradicional” no será expresamente analizada, pero es fuente y base de lo aquí tratado (su exposición excedería el ámbito del presente texto). Para el estudio de las bases de la criminología crítica remito —como inicio— a los trabajos de Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, así como a las investigaciones fundamentales de Rusche y Kirchheimer, *Pena y estructura social*, de 1939; y a la obra (ya legendaria) de Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología*, de 1973, que desde su aparición ha marcado un punto de quiebre en la forma de entender y estudiar al sistema penal.

(5) Véase la introducción al libro *Políticas de Seguridad*, en el que junto a Mariano Gutiérrez hemos trazado unos primeros lineamientos de estas ideas que aquí retomo y profundizo. En GUTIÉRREZ, BÖHM (comp.), *Políticas de Seguridad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, V-XXXI, 2007.

de Norteamérica (EEUU), la relación entre neoliberalismo y políticas criminales "duras" se ha hecho explícita y visible desde la década de 1980, y de allí en adelante se ha intensificado ininterrumpidamente.⁽⁶⁾ La política criminal ha tomado discursivamente elementos que antaño eran propios del ámbito de la seguridad, y así las nuevas políticas de seguridad fusionadas con las políticas criminales incluyen cuestiones de orden interior entremezcladas con asuntos y medios de la política exterior y/o propios de Estados de Policía. El aspecto jurídico-penal de la política criminal se ha desvirtuado, y ha adquirido mayor relevancia una perspectiva político-bélica de la defensa, perspectiva que siempre fue propia de las decisiones en el ámbito de la seguridad exterior, pero es nueva en el ámbito de los Ministerios del Interior y de Justicia de los Estados democráticos. El delito (de los excluidos) que se supone amenazador del orden (de los incluidos) se ve perseguido como enemigo, y ya no investigado como infracción, y se persiguen duramente, por otro lado, actos no delictivos que podrían ser disfuncionales al orden económico neoliberal.⁽⁷⁾

Una buena manera de explicar qué es neoliberalismo es presentando sus características más salientes. Según Loïc Wacquant, a quien sigo en este punto, estas son la desregulación económica, la retirada del Estado de bienestar, su retracción, y recomposición; la emergencia de un apa-rato

(6) Ver SACK, FRITZ, "Von der Nachfrage- zur Angebotspolitik auf dem Feld der Inneren Sicherheit", en Dahme, Otto, Trube y Wohlfahrt (Hrsg.), *Soziale Arbeit für den aktivierenden Staat*, Opladen, Leske und Budrich, 2003; SACK, FRITZ, "Strukturwandel und Kriminalpolitik, Vortrag im Institut für Konfliktforschung. Verein Deutscher Strafverteidiger", en XXXIII Symposion "Neue Lust auf Strafen", 27/28, marzo de 2004; GARLAND, DAVID, "Die Kultur der 'High-Crimes Societies'. Voraussetzungen einer neuen Politik von 'Law and Order'", en *Soziologie der Kriminalität*. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 43, 2003.

(7) A mero modo de ejemplo, puede reseñarse que en ocasión de reunirse el G8 en la ciudad alemana de Rostock (02/06/2007) fueron utilizados aviones militares "Tornado" para el reconocimiento del terreno y la prevención de posibles agrupamientos que pudieran significar un peligro a la seguridad del encuentro. Los aviones sobrevolaron a los manifestantes a muy baja altura y tomaron fotografías que permitieran identificarlos. La atribución de responsabilidades y "culpas" por la adopción de tal medida, que claramente desbordaba las atribuciones de los encargados de velar por el desarrollo pacífico de esa cumbre "civil", siguen siendo poco claras e investigadas. Poco tiempo antes de que tal cumbre se llevara a cabo, fueron realizados numerosos allanamientos y detenidas personas que venían siendo investigadas por ser sospechosas de formar parte de agrupaciones de izquierda y movimientos antiliberales y antiglobalización, tachados de terroristas. Varios de esos allanamientos fueron considerados luego ilegales. Véase al respecto, STOLLE, PEER, "Die aktuellen Terrorismus-Verfahren und ihre Folgen", en *Kriminologisches Journal*, 40. Jg., H. 2, 2008..

penal expansivo, intrusivo y proactivo; y el desarrollo de un modelo cultural de responsabilidad individual, que predica que el cómo le vaya a cada uno en su vida depende únicamente de él, y no del Estado.⁽⁸⁾

Dado que el neoliberalismo implica una mayor libertad de acción, y que esta mayor libertad de acción implica muchas decepciones y mayores riesgos, resulta necesario a su vez el incremento de medidas que aseguren la libre circulación, la libre oferta y demanda; medidas, en definitiva, de aseguramiento del sistema. Tanto el dinero como los bienes circulan con escasa **intervención estatal económica** y esta circulación no debe verse obstaculizada —diría el sistema— por parte de los desposeídos ni de los excluidos del mercado laboral, ni de los espíritus nostálgicos de un modelo social solidario. La circulación de dinero y bienes, por otra parte, exige

(8) Para profundizar sobre esta caracterización véase WACQUANT, Loïc, "The Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism", en *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9, 2001., artículo en que el autor explica y actualiza el análisis que ya expusiera in extenso en su obra fundamental, insoslayable al estudiar este tema, *Las cárceles de la miseria* (2000), investigación pormenorizada de la exclusión social generada por el neoliberalismo y la consecuente criminalización y prisionización de los excluidos, en provecho directo del mercado (piénsese en la privatización del sistema carcelario, en el trabajo semi-esclavo en prisión, en las licitaciones para construcción de cárceles con los consiguientes montajes y servicios especializados que se ofrecen exclusivamente para cárceles y custodia de presos. Ver sobre este tema también CAMPBELL, JOHN L., "Neoliberalism's penal and debtor states. A rejoinder to Loïc Wacquant", en *Theoretical Criminology*, 14 (1), 2010, p. 61. La exclusión socio-económica y el miedo que la misma genera en la población son el terreno fértil para el crecimiento económico del negocio con la criminalización de la pobreza. A modo ilustrativo véase el cuadro relativo al aumento de las tasas de encierro en los países europeos entre 1983 y 1997 (WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Bs. As., Manantial, 2000, p. 110), tasas que luego han continuado subiendo mientras más se ha intensificado la implementación del modelo neoliberal. A fin de realizar un contraste con los datos más actuales, véase el informe publicado por la Unión Europea en 2010: "Council of Europe Annual Penal Statistics", Survey 2008, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/SPACEI/PC-CP%282010%2907_E%20SPACE%20Report%20I.pdf (Wacquant se refiere al informe análogo de 1997). Puede advertirse que en países de fuerte implementación del modelo neoliberal el aumento de la población carcelaria ha sido claro y continuo (por ejemplo, España: aproximadamente 14.659 detenidos en 1983, 32.902 en 1990, 42.827 en 1997, y 46.157 en 2008), mientras que en países que mantienen el modelo de Estado de bienestar el aumento es mucho más paulatino (por ejemplo, Dinamarca: aproximadamente 3120 detenidos en 1983, 3243 en 1990, 3299 en 1997, y 5484,7 en 2008). Dado que la comparación de números absolutos puede llevar a errores interpretativos, el contraste de la tasa de detención en estos países calculada sobre 100.000, tal como ha variado entre 1997 y 2008, puede hacer más visible el contraste que pretendo mostrar: En España era de 113 detenidos por cada 100.000 habitantes en 1997, y de 159,7 —sin Cataluña— en 2008, mientras que en Dinamarca la tasa prácticamente no ha aumentado: en 1997 eran 62 detenidos por cada 100.000 habitantes, y para el 2008 se sostiene en 62,9. Para información de alcance internacional véase INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, "World Prison Population List", 8ta. ed., University of Essex, 2009. Ver texto en: http://www.prisonstudies.org/info/downloads/wppl-8th_41.pdf

una fuerte intervención estatal punitiva para separar definitivamente de la sociedad a quienes nada tienen y ponen en peligro el pleno disfrute de aquella tan ansiada libertad. En este mismo sentido se ha dicho que “la imposición del modelo [neoliberal], necesariamente, incluye actos legislativos conducentes al endurecimiento de las penas a ‘delincuentes considerados peligrosos’ (que puede ser cualquier ciudadano común), el recorte presupuestario en el sistema penitenciario público y la privatización de los establecimientos penales”.⁽⁹⁾ ¿Qué clase de Estado procura la seguridad de un modelo económico como su propia seguridad, y todo esto mediante el sistema penal?

2.I | La seguridad en y del Estado

El Estado y el rol que se le atribuya a esta institución pueden definirse de acuerdo al grado y al tipo de libertad y de seguridad que ese Estado pro cure brindar a sus ciudadanos y habitantes.

La seguridad como fin de la institución estatal, es tal vez la idea más antigua entre las que han inspirado y justificado la formación de los Estados. Existe en este sentido una línea conductora casi explícita entre los teóricos del Estado más difundidos y aceptados.⁽¹⁰⁾ Según Hobbes, el fin del Estado, es decir del Leviatán, residía en procurar la seguridad física de los súbditos.⁽¹¹⁾ Para John Locke el fin primordial consistía en asegurar el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de los individuos.⁽¹²⁾ Más tarde Rousseau planteó como fin del Estado la seguridad general de

(9) SILVA SERNAQUÉ y SANTOS, ALFONSO, “El neoliberalismo y el Derecho Penal en las sociedades democráticas”, en *Barco de Papel*, nº 2, 1998, vol. II, p. 47.

(10) Debe resaltarse la excepción que en este punto representa el pensamiento marxista, que precisamente advierte acerca del Estado como instrumento de dominación, destinado a sucumbir en el momento en que las estructuras de dominación y la lucha de clases fuesen superadas.

(11) Ver HOBBS, THOMAS, *Leviathan*, Hamburg, Meiner, 1996; ISENSEE, JOSEF, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1983. Desde la perspectiva penal véase ZAFFARONI, EUGENIO R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 123 y ss.

(12) Ver LOCKE, JOHN, *Two Treatises of Government*, Cambridge/ New York [u.a.], Cambridge University Press, 1988; más actual, HABERMAS, JÜRGEN, “*Naturrecht und Revolution*”, en, *Theorie und Praxis. Sozialphilosophischen Studien*, Darmstadt, Luchterhand, 1963; ISENSEE, JOSEF, op. cit., p. 6.

las partes "firmantes" del Contrato Social por el cual el Estado quedaba constituido.⁽¹³⁾ Immanuel Kant, por su parte, entendió que el Estado debía procurar en la sociedad un nivel de seguridad que condujera a la paz.⁽¹⁴⁾ (Autores más modernos volcaron la idea de la seguridad como fin del Estado hacia el colectivo humano, entendiendo así, por ejemplo Carl Schmitt, que se trata de la seguridad del pueblo,⁽¹⁵⁾ mientras que Emile Durkheim entendió que el fin reside en la seguridad de una determinada conciencia colectiva.⁽¹⁶⁾ Michel Foucault explicó que en la lógica del poder soberano emergente en el siglo XII se trataba de procurar la seguridad del soberano y su territorio,⁽¹⁷⁾ mientras que en el Estado desarrollado posteriormente fundamentalmente a partir de la consolidación de Estados de corte moderno y liberal el fin del Estado residiría fundamentalmente en procurar la seguridad de una población, sus bienes y sus procesos económicos.⁽¹⁸⁾

(13) Ver Rousseau, JEAN-JACQUES, *Der Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des Staatsrechts*, Rudolstadt, Greifenverlag, 1953; VILLAVERDE, MARÍA JOSÉ, "Estudio Preliminar", en Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993; KERSTING, WOLFGANG, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.

(14) Ver KANT, IMMANUEL, *Zum ewigen Frieden*, Berlin, Akademie Verlag, 1995; KANT, IMMANUEL, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1977, tomo VII.

(15) Ver SCHMITT, CARL, "Die Verfassung der Freiheit", en Deutsche-Juristen-Zeitung, 40, 1935, col. 1133/1135; SCHMITT, CARL, "Der Führer schützt das Recht", en Deutsche-Juristen-Zeitung, 39, 1934, col. 945/950; SCHMITT, CARL, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963; SCHMITT, CARL, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1922.

(16) Ver DURKHEIM, ÉMILE, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992..

(17) Ver FOUCault, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität I. "Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. (Vorlesung am Collège de France 1977/1978)"*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2004, p. 136 y ss.; FOUCault, MICHEL, *Überwachen und Strafen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1977; FOUCault, MICHEL, *Sexualität und Wahrheit. Der Wille zum Wissen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1977; FOUCault, MICHEL, "Die Maschen der Macht", en *Analytik der Macht*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2005; FOUCault, MICHEL, *Die Wahrheit und die juristischen Formen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2003, p. 76 y ss.; FOUCault, MICHEL, "Nuevo Orden interior y Control Social", en *Saber y Verdad*, Madrid, La Piqueta, 1991 (Participación en la Universidad de Vincennes, publicado originalmente en *El Viejo Topo*, extra nº 7, 1978).

(18) Ver FOUCault, MICHEL, *In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am Collège de France (1975/1976)*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999, *passim*; FOUCault, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität I*, op. cit., p. 139 y ss., 162 y ss., 521 y ss.; FOUCault, MICHEL, *Überwachen und Strafen*, op. cit.; FOUCault, MICHEL, *Sexualität und Wahrheit. Der Wille zum Wissen*, op. cit.; FOUCault, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität II. "Die Geburt der Biopolitik"*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2004, p. 387; FOUCault, MICHEL, "Omnes et singulatim Towards a Criticism of Political Reason", in *Dits et Écrits II*, 1976-1988, París, Gallimard (orig.

En todos estos casos, se trató y se trata de una seguridad cuya definición sigue siendo muy poco precisa tanto en su ámbito territorial como en sus términos cualitativos; no se trata lisa y llanamente de la seguridad física de quienes están “fronteras adentro”. Esta indefinida seguridad, sin embargo, tiene una elocuencia y fuerza simbólica suficientes para trazar límites — cada vez menos tangibles— entre aquellos cuya seguridad debe ser procurada, y aquellos que ponen a esta seguridad en peligro. La imprecisión del concepto obliga a definir el objetivo político implicado mediante la formulación de su opuesto constitutivo, es decir, su negativa: alcanzar la seguridad significará erradicar la inseguridad. La seguridad se define, entonces, estableciendo lo que **no** es seguridad.⁽¹⁹⁾ Pero esta aparente solución es en realidad una respuesta hueca... ¿Cómo se define la inseguridad? ¿Cómo se establece qué o a quiénes hay que erradicar? ¿Y de qué forma se hace? Son, sin duda, preguntas molestas y casi imposibles pero necesarias, porque la respuesta que se dé puede tener consecuencias muy dispares.

Si en lugar de intentar bosquejar amplia y sólidamente la deseada seguridad, se combate una temida y difusa inseguridad, aquello que hubiera podido ser una actuación positiva de provecho general deviene en una actuación negativa de exclusión y destrucción.

Así, en lugar de procurar construir en pos de la seguridad educativa, de la seguridad sanitaria, de la seguridad laboral, de la seguridad económica, de la seguridad ambiental, etc. de los ciudadanos y habitantes del Estado, la actuación suele reducirse al combate de inseguridades y/o de aquellos que son vistos como causantes de esa inseguridad. Esta es precisamente la modalidad discursiva que se ha extendido en las últimas décadas en numerosos ámbitos estatales, y que también en América Latina ha ganado)

fr. 1981), 2001.; FOUCAULT, MICHEL, "Das Subjekt und die Macht", en Dreyfus/Rabinow (ed.), *Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*, Frankfurt a.M., athenäum, 1987.

(19) Esta idea de Ernesto Laclau (*Emancipation(s)*, London/New York, Verso, 1996, p. 44) explica el funcionamiento discursivo de significantes vacíos que son “llenados” al recurrir a su opuesto constitutivo. Su ejemplo (sugiero leer “seguridad” en lugar de “orden”, y la aplicación a este texto será plena): “‘Order’ as such has no content, because it only exists in the various forms in which it is actually realized, but in a situation of radical disorder ‘order’ is present as that which is absent; it becomes an empty signifier, as the signifier of that absence. In this sense, various political forces can compete in their efforts to present their particular objectives as those which carry out the filling of that lack. To hegemonize something is exactly to carry out this filling function”.

terreno en los últimos años. Las políticas de seguridad son, en realidad, políticas de combate a la inseguridad, lo que suena parecido, pero como se vio, es muy distinto: se combate la inseguridad personificándola en distintos grupos sociales, sin que queden previamente definidos los términos de la seguridad que se pretende lograr.

Además, la lucha, el combate, la guerra contra la inseguridad (adviértase el claro vocabulario bélico que caracteriza a estos discursos), no sólo son defectuosos por su ambigüedad conceptual, sino por la palmaria improcedencia de los medios utilizados. Dado que “la seguridad” ha sido incluida en la agenda de las políticas criminales, la inseguridad se combate, fundamentalmente, mediante el sistema penal. Este sistema debería fundarse, ser definido y limitado por los principios del derecho penal que exigen, entre otras muchas garantías, una precisa definición de la conducta prohibida y de la sanción que podría imponerse en caso de comprobarse un delito. Sin embargo, al verse anegado por la lógica bélica de la seguridad, el sistema penal deja de respetar los principios jurídico-penales limitadores y actúa en forma desbordada haciendo que lo otrora antijurídico (escuchas domiciliarias, internamiento ilimitado, tortura, encierro infantil) devenga jurídico. Todo este proceso de desborde es resultado de que el sistema penal actúe en forma funcional a la búsqueda de seguridad por parte del Estado, funcionalidad que excede y desvirtúa la que debería ser una actuación limitada e ilustrada del sistema penal medido de cerca en su actuación por el derecho penal.

Pero volvamos a la cuestión incómoda de cómo especificar a qué se refiere un Estado al hablar de la seguridad. La respuesta que se brinde dependerá en mucho del concepto que se tenga del Estado como institución ideal o que el Estado en cuestión tenga de su propia estructura (democrática o no, por ejemplo), de sus (otros) fines (¿igualdad, libertad, hegemonía estatal?), de sus ciudadanos y habitantes (libres o no, iguales entre sí o no, etc.), y de sí mismo (¿Estado al servicio del ciudadano o ciudadano al servicio del Estado?). Es decir, aseverar que el fin del Estado es la seguridad es correcto, aunque precisamente por ello no sirve para definir un Estado en particular, ya que en principio **todos** los Estados persiguen **alguna** seguridad.

Decisivo será determinar en particular cuál es el rol que en ese Estado tiene la libertad individual (contracara casi natural de la seguridad) y, fundamentalmente, cuáles son los medios utilizados para procurar esas segu-

ridad y libertad. La política como vía de ejercicio del poder estatal y como foro de discusión en los sistemas democráticos establece o debe establecer entonces un cierto balance entre seguridad y libertad. Hacia qué lado se incline ese balance, y cuáles sean los medios políticamente escogidos para lograr los fines propuestos en ese sentido, definirá en gran medida el rumbo de las políticas criminales y de seguridad.

2.2 | Balance entre libertad y seguridad

Según el sociólogo Zygmunt Bauman es necesario recuperar las capacidades de la política perdidas en la postmodernidad, y en el neoliberalismo, a fin de recomponer el nexo entre individuo y sociedad, y así poder dar a la libertad y la seguridad el lugar que les corresponde.⁽²⁰⁾ Este autor explica que hubo un temor político y una vulnerabilidad colectiva que fueron construidos como originarios por mitos, por religiones y, posteriormente, por los Estados. Este miedo originario que llevó a la unión para enfrentar peligros imaginarios y reales, divinos y humanos, y luego a la unión social para enfrentar al Estado, hace ya mucho tiempo que no existe como tal. Ese miedo oficial concentrado habría sido entre tanto apartado y pulverizado, fundamentalmente por el neoliberalismo, quedando disperso en las distintas formas de *uncertainty* (falta de certezas), *insecurity* (falta de seguridad existencial), y *unsafety* (desprotección). Hoy en día, asevera Bauman, el individuo construye sus propios miedos, que los bautiza con los nombres que prefiere, y así el gran miedo originario se ve parcelado en pequeñas unidades, y privatizado.⁽²¹⁾

“La privatización más fructífera fue la privatización de los problemas humanos y la privatización de la responsabilidad de su solución. La política que ha reducido sus reconocidas responsabilidades a las cuestiones de la seguridad pública y que ha declarado su retiro de las tareas de la administración social, en realidad ha desocializado las miserias de la sociedad y traducido la injusticia social en incapacidad individual o desidia”.⁽²²⁾

(20) BAUMAN, ZYGMUNT, *In Search of Politics*, Oxford, Polity Press, 1999.

(21) BAUMAN, ZYGMUNT, *íd*em, p. 63.

(22) BAUMAN, ZYGMUNT, *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, Frankfurt am Main, Fischer, 1995. p. 319.

Mientras que la política del liberalismo gobernaba sobre la libertad, sin sustraerse del todo a ciertas seguridades sociales, certezas y medidas de protección,⁽²³⁾ el neoliberalismo muestra una clara decisión política en favor de incontables libertades, de desregulación, y un cierto método “*do-it-yourself*”, que no deja lugar alguno para reales y resistentes redes sociales,⁽²⁴⁾ ni para el apoyo institucional.⁽²⁵⁾ La búsqueda de una despreocupada felicidad tan incentivada por el individualismo neoliberal produciría así rápidamente una frustrante decepción, porque la perseguida libertad y felicidad son, de hecho, inalcanzables —al menos en la forma en que estaban pensadas—. No hay estructura, ni instituciones, ni empleados administrativos que se ocupen de eso. Ya no es la política, sino el mercado el que estipula y coordina las libertades individuales y las necesidades sociales de una manera que no es libre, ni democrática.

La política postmoderna, llevada adelante muchas veces por el mismo neoliberalismo —aunque la postmodernidad no necesariamente debe ir de la mano del neoliberalismo— y a diferencia de la política moderna, tiene muy poca influencia en estos procesos. Mientras que en la modernidad la política valía como el arte de gobernar y se ilustraba su función con la imagen del barco (el Estado) que debe ser timoneado por la política, en la era postmoderna se parte, en cambio, de una política “descentralizada”, que ya no está en condiciones y tampoco aspira a determinar ella sola el curso de la nave. Muchas otras fuerzas de poder se inmiscuyen en la tarea (el mercado, entidades transnacionales, actores globalizados y localizados, etc.). No hay una dirección definida, tampoco una única libertad que sea fomentada. La libertad, sostiene Bauman, deviene en no-libertad (*unfreedom*), la cual genera acciones compulsivas que llevan a la rutina, y esta rutina produce de alguna manera, en definitiva, seguridad (*safety*). Según Bauman, el estado de no-libertad es endémicamente ambivalente,

(23) KRASMANN, SUSANNE, “Regieren über Freiheit. Zur Analyse der Kontrollgesellschaft in Foucaultscher Perspektive”, en *Kriminologisches Journal*, 31 Jg., H. 2, 1999, p. 110.

(24) ¿Podrían ser tal vez el movimiento 15M en España (15/03/2011) o las protestas estudiantiles en Chile con el mensaje “no lucro” (junio de 2011) un promisorio ejemplo de resistencia ante el desmembramiento e indiferencias sociales neoliberales? Tal vez un punto de inflexión?

(25) ROSE, NIKOLAS, “El gobierno en las democracias liberales ‘avanzadas’, del liberalismo al neoliberalismo”, en *Archipiélago*, 29, 1997; BAUMAN, ZYGMUNT, *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, op. cit., p. 319.

lo que hace mucho más fácil la tarea de quienes ejercen el poder político, la tarea de obtener acuerdo: la autoridad del poder pastoral puede ser opresiva, pero frecuentemente es bienvenida por el rebaño, que la percibe como fiable y como garantía de una segura rutina cotidiana.⁽²⁶⁾

Esta sensación de seguridad, sin embargo, no se genera porque realmente se esté más seguro, sino porque es deseado y necesario sentirse seguro. "Mientras que la modernidad tradicional posicionaba la seguridad por encima de la autodeterminación y de esta manera movilizaba el deseo de cada vez más libertad, la libertad entronizada por la postmodernidad genera una nostalgia respecto de la reinstalación de la seguridad y la solidaridad".⁽²⁷⁾ Y, para ello, es necesaria una política renovada, que recupere el ágora, ese espacio entre la esfera pública y la privada, que actúa tanto de límite como de bisagra entre la individualidad y lo público.⁽²⁸⁾

Según Bauman, sólo la libertad individual, que es determinada por las circunstancias generales del motor social, en combinación con los movimientos sociales respectivos, podría traer consigo certeza, seguridad y protección. El problema radica en que en la práctica postmoderna neoliberal, la libertad se define de acuerdo a la libertad de decisión de los consumidores. Para disfrutarla, en primer lugar, se debe ser consumidor, y este pre-requisito deja a millones fuera del juego.⁽²⁹⁾ Así aparecen la mayoría de las dificultades que en el imaginario social y político representan un problema de seguridad para la sociedad: quienes están **adentro** tiene un terrible miedo de encontrarse en algún momento **afuera**, y priorizan por tanto su seguridad (económica y, fundamentalmente, física), por medio de la cual se sienten protegidos frente a la pobreza, la enfermedad, la violencia, la discriminación, la desocupación, etc. Por otra parte, hay cada vez más de aquellos que se encuentran **afuera** y que, por lo tanto, podrían representar una amenaza creciente para los incluidos de la sociedad y para el Estado mismo. Entiendo que este no es un problema de seguridad porque el **estar afuera** de los excluidos los convierte en potenciales enemigos.

(26) BAUMAN, ZYGMUNT, *In Search of Politics*, op. cit., pp. 78/79.

(27) HERZINGER, RICHARD, "Postmoderne ohne Ende", en *Die Zeit, Literatur*, 17/1999, 1999. Ver texto en: <http://www.zeit.de/index>

(28) BAUMAN, ZYGMUNT, *In Search of Politics*, op. cit.

(29) BAUMAN, ZYGMUNT, *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, op. cit., p. 334.

migos (como sugiere Bauman), sino porque la disminución de sus recursos conduce a una disminución de sus posibilidades de ejercicio de la libertad y, por lo tanto, a un estancamiento de los procesos y de la circulación y, en el caso extremo, a una redefinición de los límites y las normas, cuyo mantenimiento pasa a exigir la intervención de mecanismos duros de aseguramiento. El Estado, en consecuencia, debe generar seguridad o, por lo menos, intentarlo.

Desde otra perspectiva, Wolfgang Sofsky sostiene que: "la ilusión de una seguridad sin fisuras es un pilar fundamental de la dominación política. Ni la libertad, ni la igualdad, ni la solidaridad son las ideas conducentes de la política actual, sino la seguridad —en todo momento, y en todas partes— (...) El Estado actual es sobre todo un Estado de Seguridad".⁽³⁰⁾ La definición de un enemigo y la lucha contra él, serían por lo tanto un método de unificación y de recuperación de la confianza de la gente en su gobernante. Posibles diferencias y opiniones discordantes se disuelven y unen frente a un enemigo común y en pos de la seguridad general, ya que nada se presenta como más importante que la lucha y la defensa. Los miedos y las debilidades son los que deciden las próximas medidas, las próximas discusiones políticas y, en especial, las próximas elecciones locales y nacionales. La unificación conduce al mismo tiempo a una justificación, ya que la seguridad como un bien deseado y la lucha contra el demonizado de turno justifican todo tipo de medidas legales, estatales, incluso violentas y militares, que pueden ser reacciones puramente simbólicas y expresivas, o concretas y efectivas.⁽³¹⁾ "La aceptación y predisposición de la población aumenta con la ilusión de la seguridad y la felicidad. Los grandes términos justifican el imperialismo interior del poder estatal, que se mantiene a sí mismo en tanto hace de cada espacio social una vitrina para su ley, su orden y su ideología".⁽³²⁾ La guerra (pensada no

(30) SOFSKY, WOLFGANG, *Sicherheit*, Schriftenreihe der Vontobel-Stiftung, nº 1700, Zürich, Vontobel-Stiftung, 2005, p. 53.

(31) Así lo demuestran en su estudio Christie y Brunn, al analizar al consumidor de estupor como el enemigo "ideal" construido por el gobierno norteamericano décadas atrás: "... El enemigo debe aparecer como tan fuerte, que deba recurrirse a la concesión de poderes extraordinarios al gobierno que lo enfrente (...) Mientras más dura la guerra, menos serán las discusiones internas sobre el fin y los medios de la lucha" (CHRISTIE, NILS Y BRUUN, K., *Der Nuetzliche Feind, Die Drogenpolitik und ihre Nutzniesser*, Bielefeld, AJZ Verlag, 1991.).

(32) SOFSKY, WOLFGANG, *op. cit.*, p. 63.

necesariamente en forma metafórica) y la justificación de la guerra devienen en una y la misma cosa. La seguridad, su puesta en peligro, la lucha contra el enemigo y contra el peligro que representa, constituyen de esta manera un círculo vicioso, del cual ya no se sabe cuál es el que primero se instaló y generó la escalada. De esta manera, siempre hay un enemigo útil: los pobres, las drogas, los desocupados, los terroristas, el mal llamado “crimen organizado”,⁽³³⁾ el inmigrante indocumentado,⁽³⁴⁾ etc. Se trata, en todos los casos, de cosificaciones retóricas y personificaciones de fuentes de inseguridad—por lo tanto, limitadoras de la libertad—que pueden ser instrumentalizadas con éxito.

Entiendo que esta perspectiva es acertada, parcialmente. Según la misma, la seguridad es una quimera más que una promesa. Queda así la sensación de que la política no persigue ningún fin instrumental, sino sólo una lógica simbólica y expresiva destinada a la autoperpetuación en el poder, y esto no es así. Que la seguridad responda a una determinada racionalidad política no significa que sea un invento de los políticos. La (promesa de) seguridad se ha desarrollado y establecido a lo largo de los siglos como racionalidad política, y esto no fue así porque sea una buena excusa para los detentadores del poder, aunque suela ser instrumentalizada, sino porque las prácticas, discursos y mecanismos sociales, institucionales e individuales la han producido y (re)construido de esta manera.

La seguridad no puede pensarse en forma aislada, sino como mecanismo complementario de la otra promesa, que también funciona como racionalidad política, por lo menos, desde la modernidad: la libertad. La libertad y la seguridad como promesas y racionalidades políticas tienen efectos en la política de la actualidad, y no son (como Bauman y Sofsky dejan entrever) contradictorias ni separables. Si se acepta que ambas conviven en el discurso y las prácticas sociales, políticas e institucionales, la cuestión central será establecer en qué medida libertad y seguridad se retroalimentan, se definen mutuamente y se dejan limitar; tanto a nivel nacional,

(33) Véase en profundidad sobre las falacias de información y análisis respecto del “crimen organizado”, el amplio y detallado trabajo: FERNÁNDEZ STEINKO, ARMANDO, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid, Catarata, 2008.

(34) Ver CHRISTIE, NILS, “Suitable Enemy”, en Bianchi y Van Swaaningen (ed.), *Abolitionism, Towards a Non-repressive Approach to Crime*, Amsterdam, Free University Press, pp. 42/54, 1986.

como internacional. Un vuelco excesivo hacia el uno o el otro lado, puede dejar en jaque su sistema simbiótico de funcionamiento: el exceso de mecanismos de aseguramiento provoca parálisis y asfixia social (por ejemplo, un sistema totalitario); el exceso de libertad desregulada provoca caos y destrucción (la crisis financiera desatada en el 2008 es un claro ejemplo de ello).

2.3 | ¿Políticas de seguridad?

En el ámbito de la política criminal, también puede observarse una distinción y necesidad de balance relativo a la relación libertad/seguridad. Hay políticas criminales dirigidas a la promoción de la autoprevención de potenciales víctimas y al desincentivo para potenciales ofensores. Por ejemplo, si se coloca una alarma en un auto y se da aviso de que ella está instalada mediante una etiqueta adhesiva pegada en un cristal del vehículo a la vista de eventuales ladrones, la potencial víctima es proactiva en la protección de su propiedad y el potencial ofensor puede calcular desde un principio los riesgos y medir las consecuencias de su actuar. Se regulan así espacios de acción de los ciudadanos, responsabilizándolos por el uso de su libertad, y por la protección de sus bienes (la propiedad de la potencial víctima, la libertad del potencial ofensor). Estas son prácticas propias de lo que he llamado **políticas criminales de libertad**, presentes fundamentalmente en prácticas de prevención y sanción de conductas delictivas que no implican un alto grado de violencia física.⁽³⁵⁾ Estas formas de control del delito se ven complementadas —hay quienes ven en esta doble línea una cierta contradicción—⁽³⁶⁾ por las que he llamado **políticas criminales de seguridad**, devenidas cada vez más en políticas de seguridad. Estas no están en manos particulares sino principalmente estatales, y tienen por objetivo la neutralización de todo tipo de amenaza (real, potencial, construida) a la seguridad general mediante el uso del sistema penal, provocando de esta manera que el sistema penal actúe combatiendo amenazas como medio

(35) BÖHM, MARÍA LAURA, "Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis*, nº 4, Ad Hoc, 2007.

(36) GARLAND, DAVID, "The Limits of the Sovereign State, Strategies of Crime Control in Contemporary Society", en *British Journal of Criminology*, 36 (4), 1996; GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.

de confrontación, en lugar de mantenerse como instrumento de último recurso (*ultima ratio*) para intervenir y sancionar acciones graves para el orden social y la vida de sus miembros, acciones que deberían estar debidamente previstas en el Código Penal y las leyes especiales como delitos. De la investigación, persecución y eventualmente sanción de delitos, el derecho penal se ha ido transformando mediante las políticas (criminales) de seguridad en un instrumento de lucha contra todo aquello que pudiera representar inseguridad. Ejemplos de estos avances pueden recogerse de distintos países: las políticas criminales de seguridad avanzan con apoyo masivo en Inglaterra, donde se investiga académicamente la posibilidad de aplicar tortura como medio de investigación y defensa ante el terrorismo y otras amenazas;⁽³⁷⁾ discutiendo en Argentina la baja en la edad de punibilidad —edad a partir de la cual una persona puede ser llevada ante el sistema penal— como medio de defensa ante los adolescentes;⁽³⁸⁾

(37) En un proyecto actual que se está llevando adelante en la Universidad de Oxford, la investigación busca definir los límites que deben establecerse a la que fue bautizada en el marco de este proyecto como "justicia preventiva" (*preventive justice*). Se parte de la necesidad de que el sistema penal sea un mecanismo de intervención frente a sujetos sospechosos, antes de que los delitos efectivamente se cometan o que se tenga certeza de que siquiera han sido intentados. La justicia preventiva constituiría en una actuación "*pre-crime*". El ejemplo aportado por la Prof. Lucía Zedner, una de las directoras del proyecto durante su participación en un congreso, es explícito en cuanto a los problemas que implica esta nueva justicia preventiva: Si se sabe (se sospecha, en realidad) que una persona está involucrada en un (futuro) atentado que se llevará a cabo mediante la explosión de una bomba (también conocido como el "escenario de la bomba de tiempo" o "*ticking-bomb*"), la justicia preventiva podría detener al sujeto, requerirle la información que podría evitar tal explosión, y torturarlo en caso de que se niegue a cooperar. Si bien el estudio tiene una orientación crítica dispuesta a limitar las actuales prácticas, lo cierto es que mecanismos de tortura, que no son sólo cotidianos en Guantánamo, sino en muchísimos países, podrían verse de esta manera legitimados y legalizados si cumpliesen con los "límites" que pueda sugerir la investigación mencionada. Considerando estos límites, el gobierno inglés encargó este proyecto a fin de contar con un bagaje teórico y aval académico a sus métodos de investigación —pueden ser, siguiendo el ejemplo de la *ticking-bomb*— la exigencia de que el peligro sea inminente, probado, concreto, que el sujeto tenga efectivamente la información necesaria, que se sepa que esa información va a impedir efectivamente la explosión, etc. Es decir, si se pueden dar por afirmados estos requisitos, la tortura deviene en legal como instrumento de investigación de la justicia preventiva. Sobre las bases y objetivos de la justicia preventiva, véase ASHWORTH, ANDREW y LUCÍA ZEDNER, "Just Prevention, Preventive rationales and the limits of the criminal law", en R. A. Duff/ S. Green (eds.), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; sobre la del pre-crime véase ZEDNER, LUCÍA, "Pre-crime and post-criminology?", en *Theoretical Criminology*, 11 (2), 2007.

(38) Los proyectos legislativos pueden consultarse en el sitio web del Congreso de la Nación (<http://www.diputados.gov.ar>). Sobre esta discusión y brindando argumentos en contra de la baja de la edad de punibilidad, véase AAV, *Estado e Infancia, Más Derechos, menos castigo - Por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad*, Neuquén, Universidad del Comahue, Editorial de la Universidad Nacional del Comahue, 2011.

legalizando en Alemania las escuchas encubiertas en domicilios particulares como defensa ante el crimen organizado;⁽³⁹⁾ justificando la criminalización de los inmigrantes indocumentados (y de todo aquel que quiera prestarle apoyo en su integración social) como medio de defensa ante la inmigración en EEUU;⁽⁴⁰⁾ promoviendo la extensión indeterminada de los plazos de prisión preventiva en Ecuador como medio de defensa ante el crimen,⁽⁴¹⁾ y un largo etcétera.

La seguridad en el neoliberalismo es entendida como la seguridad física y económica de una gran parte de la población, que se considera ame-

(39) Ver Gesetz zur Änderung des arts. 13 GG ("Lez para la reforma del art. 13 de la Constitución") del 26/03/1998 (BGBI I 98, 610). La modificación constitucional, avalada incluso por el Tribunal Constitucional modifica el concepto de "privacidad" y habilita la intervención acústica en los domicilios particulares de quienes son considerados actores peligrosos para la seguridad general. En profundidad sobre esta reforma, BÖHM, MARÍA LAURA, *Der "Gefährder" und das "Gefährdungsrecht", Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen, Göttingen Universitätsverlag, 2011, espec. p. 151 y ss.

(40) Se trata fundamentalmente de las leyes de Arizona ("State of Arizona Senate Forty-ninth Legislature Second Regular Session 2010 SENATE BILL 1070" conocida como la "SB 1070", en: http://www.azleg.gov//FormatDocument.asp?inDoc=/legtext/49leg/2r/bills/sb1070s.htm&Session_ID=93) y la reciente ley anti-inmigración de Alabama, conocida como "HB 56", de junio de 2011, que prohíbe y criminaliza la asistencia a instituciones educativas, el empleo, la realización de contratos, el traslado etc. de inmigrantes ilegales en ese Estado. Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre Inmigración en Estados Unidos", (es un informe crítico y está enfocado a las detenciones y el debido proceso), en: <http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf>

(41) La primera pregunta del Referendo llevado a cabo en Ecuador el 07/05/2011 establecía en su primera parte: "1.- ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando ésta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las tráves irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?". En la parte pertinente del anexo 1 se establece: "La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente si por cualquier medio la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad". Mientras que la segunda parte de la pregunta no genera mayores reparos, sí lo hace la primera por medio de la cual, dado que el resultado del referendo ha sido positivo para esta pregunta, la detención de las personas procesadas —no condenadas— pasaría a tener una limitación temporal poco precisa —el límite no está establecido en el referendo, ni en el anexo, ni en las leyes aludidas—. Dados los lentos tiempos de los sistemas judiciales latinoamericanos y siendo que es sencillo atribuir al procesado detenido la responsabilidad por el retardo en la administración de justicia (cualquier petición puede ser entendida como dilación), se trata de una extensión ilegítima de la privación de la libertad de personas sobre las cuales vale (o debería valer) la presunción de inocencia, pero quienes no son bienvenidas en libertad.

nazada por potenciales terroristas musulmanes, por adolescentes, por el crimen organizado, por los inmigrantes, por los procesados aún no juzgados, etc. Políticas integrales de seguridad no tienen nada que ver con este concepto famélico de seguridad, fiel servidor de prácticas de intolerancia y exclusión. Muy por el contrario, la construcción de seguridad en el sentido amplio e integral que debería darse el término, debería practicarse —si continuamos sobre estos mismo ejemplos dados— mediante la promoción de entendimiento entre naciones y religiones, mediante el estudio y tratamiento de las carencias estructurales y la falta de contención frecuente en la franja etaria adolescente, mediante la disminución de la corrupción institucional y de la desregulación económica (principales catalizadores del mal llamado crimen organizado), mediante la adopción de políticas inmigratorias integradoras y reguladas, mediante el sano funcionamiento de las instituciones judiciales como paso fundamental para el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad...

Todas estas serían políticas de seguridad en sentido integral, dirigidas a la construcción de entramados sociales y sostén individual, y no al combate de la inseguridad, como lo son las medidas propias de las políticas (criminales) de seguridad mencionadas. Estas políticas de seguridad reducen la problemática a su máxima expresión, minimizando las necesidades humanas y des-socializando sus acciones. Pareciera que la integridad física y el dinero fueran los únicos bienes a ser asegurados. El sujeto protegido por las políticas de seguridad actuales es un animal rentable: sólo cuenta como cuerpo adinerado o endeudado, empleado, pagador de impuestos, en todos estos casos el Estado lo entiende económico y protegible.

Quienes no son rentables para el Estado y los mercados (ni adinerado ni endeudado, desposeído, desempleado, indocumentado, rebelde, detractor) generan sensación de inseguridad. Las políticas de seguridad no dialogan con colectivos, con seres humanos socializados y socializables, con sujetos políticos entramados en las dinámicas sociales. Tómesse el ejemplo de lo niveles de encarcelamiento en EEUU, donde la gran mayoría de la población carcelaria es joven, con bajo nivel educativo, hombre de los estratos socioeconómicos inferiores, frecuentemente de color, y que tienen muchas chances de engrosar el estrato de los desempleados si estuviese en libertad. De hecho, destacan algunos autores que si las personas de estas características no hubiesen estado privados de la libertad, el índice de desocupación en EEUU durante la década de 1990

hubiera sido (en porcentaje) por lo menos dos puntos más elevado de lo que fue.⁽⁴²⁾

Todo lo que atente contra la rentabilidad estatal y de los mercados deviene en amenaza contra el Estado mismo, y de ella se encargan las políticas de seguridad, combatiendo y criminalizando.

3 | La simbiosis libertad/seguridad en el análisis foucaultiano

Michel Foucault explicaba en su curso de 1978 en el Collège de France, qué entendía él por la libertad del liberalismo temprano —primeras fases del neoliberalismo—:

"la posibilidad de movimiento, de cambio, de procesos circulatorios tanto de las personas como de las cosas. Es esta libertad de circulación, en el sentido más amplio del concepto, esta capacidad de circulación, la que, a mi entender, debe entenderse bajo el término libertad, y hay que entenderla como una de las facetas, como uno de los aspectos, como una de las dimensiones de la implementación de dispositivos de seguridad".⁽⁴³⁾

Esta es la libertad de las estrategias de gubernamentalidad, en las que los dispositivos de seguridad son responsables de asegurar la circulación regular y fluida de bienes, personas y dinero. Son los mecanismos que deben asegurar los procesos biológicos y económicos. De esta manera, la libertad y las técnicas de aseguramiento son, al mismo tiempo, condiciones de emergencia, fin y técnica del (neo)liberalismo y de la gubernamentalidad. Foucault explica muy bien este dilema cuando habla del liberalismo y lo presenta como una nueva forma gubernamental:

"El nuevo arte de gobernar se presenta como administrador de la libertad (...): 'Voy a proporcionarte la posibilidad de la li-

(42) Ver WESTERN, BRUCE y BECKETT, KATHERINE, "How Unregulated is the U.S. Labor Market? The Penal System as a Labor market Institution", en *American Journal of Sociology*, 104 (4), 1999; Campbell, John L., *op. cit.*, p. 61.

(43) FOUCAULT, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität I*, *op. cit.*, p. 78.

bertad. Voy a armarlo de tal manera, que seas libre, de ser libre'. Si este liberalismo no es tanto el imperativo de la libertad, sino más bien el montaje y la organización de las condiciones bajo las cuales se puede ser libre, entonces (...) el liberalismo (...) contiene en su seno una relación de creación/destrucción respecto de la libertad (...). Con una mano se construye la libertad, pero la misma acción implica que con la otra se introducen restricciones, controles, presiones, obligaciones impuestas bajo amenaza, etc".⁽⁴⁴⁾

La libertad en el análisis foucaultiano es al mismo tiempo promesa, medio, fin, realidad y símbolo. Esta libertad no es fija sino maleable, una suerte de creación cognitiva, de categoría del campo del saber, que debe ser pensada como campo de posibilidad donde se puede conducir conductas propias y ajenas, así como conducir estas conducciones; o sea, gobernar. Libertad tanto al conducir, como al resistir esa conducción. La gubernamentalidad es, por tanto, la estrategia donde el desarrollo de esta libertad —como racionalidad política— es maleable, inevitable e irremplazable.⁽⁴⁵⁾

3.I | La gubernamentalidad⁽⁴⁶⁾

El desarrollo de tecnologías gubernamentales, en las cuales el fomento de los procesos naturales adquiere importancia y la economía se convierte cada vez más en medida y guía de las acciones humanas, ha recibido en el último tercio del siglo XX nuevos impulsos y aire fresco desde que el neoliberalismo sentó nuevas reglas de juego, especialmente luego del fracaso del Estado de bienestar en muchos países "avanzados" y la falta total de posibilidades para tal modelo en los países menos avanzados.⁽⁴⁷⁾ Este de-

(44) FOUCAULT, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität II*, op. cit., pp. 97/98.

(45) Sobre esta idea, véase fundamentalmente LEMKE, THOMAS, *Eine Kritik der politischen Vernunft*, 3ra. ed., Göttingen, Argument, 2002.; KRASMANN, SUSANNE, *Die Kriminalität der Gesellschaft. Zur Gouvernementalität der Gegenwart*, Konstanz, UVK Verlagsgesellschaft mbH, 2003.

(46) En este fragmento, actualizo ideas más extensamente desarrolladas en BÖHM, MARÍA LAURA, "Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica", op. cit.

(47) Ver, entre muchos, GUELER, LUCÍA, "El fracaso de las teorías keynesianas y del 'Estado de bienestar'", en *Política y Teoría*, 68 (101), 2009, pp. 59/67. Ver texto en: <http://www.pcr.org.ar/file/PyT/068/68-keynes.pdf>

sarrolo, que ha sido designado como la “economización de lo social”,⁽⁴⁸⁾ se ha acentuado marcadamente en el último tiempo.

La gubernamentalización del Estado de la que hablaba Foucault⁽⁴⁹⁾ no implica sólo transformación estatal respecto a formas desarrolladas previamente (como la del soberano decidiendo sobre vida, muerte y bienes de sus súbditos⁽⁵⁰⁾ o la de un control reticular con obsesión disciplinaria normalizante)⁽⁵¹⁾ sino y, tal vez especialmente, gubernamentalización subjetiva, es decir, procesos de subjetivización por medio de los cuales fue posible la emergencia de subjetividades pos o tardomodernas. Estas subjetividades —léase sujetos que están atravesados y formados por meca-

(48) ROSE, NIKOLAS y MILLER, PETER, “Political power beyond the State, problematics of government”, en *British Journal of Sociology*, 43 (2), junio de 1992.

(49) FOUCAULT, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität I*, op. cit., p. 162.

(50) La estrategia de poder soberano es aquella que Foucault identifica como propia de las formas de dominación aparecidas en el siglo XII —en sus inicios, sólo en Francia e Inglaterra— y que predominaron hasta fines del siglo XVI, principios del XVII. Este poder es ejercido fundamentalmente sobre el suelo, sus productos agrarios y las riquezas y bienes de los súbditos y este ejercicio de poder se basa fundamentalmente en la ley, que habilita en forma más bien predatoria la confiscación de bienes en beneficio del soberano (FOUCAULT, MICHEL, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 77). El territorio es en este contexto importante no sólo por su potencial productivo, sino porque determina los límites físicos del poder del soberano. Por eso la defensa —y en el mejor de los casos la ampliación— del territorio es una de las tareas fundamentales de esta forma de poder que se autolegitima y autoconserva en la figura del soberano. Toda amenaza al territorio o a la ley, base y corporización misma de ese soberano, son respondidos mediante el ejercicio del poder en su forma más característica: el derecho sobre la vida y la muerte de sus súbditos o, en realidad, el derecho de muerte, de disponer de la vida y decidir el momento de muerte de sus súbditos (FOUCAULT, MICHEL, “La voluntad de saber”, en *Historia de la sexualidad*, México, Siglo XXI editores, 2002, tomo 1, p. 163 y ss.). Este poder de muerte se va a ver modificado a lo largo de los siglos, pero va a permanecer de todas formas como ejercicio de un poder que tiene como fin la defensa y conservación del poder mismo, el cual se extiende a su territorio, sus bienes y, en las sociedades modernas, a su población, que desde su “descubrimiento” ha devenido en fundamento y razón de ser de ese poder soberano.

(51) La “anatomopolítica” que empieza a desarrollarse en el siglo XVII gobernaba sobre los individuos y sus cuerpos. El mecanismo por excelencia era la disciplina, que primeramente se difundió amplia y duramente en las instituciones cerradas “totales” y luego en los más ínfimos retículos de las redes del poder, lo que condujo a la idea de una sociedad disciplinaria (FOUCAULT, MICHEL, *Überwachen und Strafen*, op. cit.; GOFFMAN, ERVING, *Stigma, Notes on the Management of Spoiled Identity*, Harmondsworth, Penguin, 1968). La principal función de la disciplina era obtener cuerpos educados: económicamente productivos y políticamente sumisos y obedientes (FOUCAULT, MICHEL, *Überwachen und Strafen*, op. cit., p. 177). La vigilancia devino así en la técnica de gobierno por anotonmasia, que hoy sigue presente en toda institución cerrada o semicerrada (escuelas, hospitales, etc.).

nismos de poder centenarios que han hecho de ellos lo que hoy son y no algo diferente— se ven involucradas en una nueva forma del gobierno a distancia, que no necesita ninguna intervención directa e inmediata, no necesita trato directo con el objeto o destinatario de gobierno (ni con el dinero palpable, ni con los sujetos a gobernar). La gubernamentalidad se basa más bien en la idea de que “cuando cada uno puede trasladar los valores de los demás a sus propios términos, de tal forma que estos términos provean normas y estándares para sus propias ambiciones, juicios y conducta, queda conformada una red que permite gobernar ‘a distancia’ (*‘at a distance’*)”.⁽⁵²⁾ El ejercicio del poder estatal no consistirá por tanto en “conducir individuos”, sino en conducir la conducción que estos individuos hagan de sí mismos.

Estos Estados “distanciados” promueven la participación responsable de los sujetos en la economía (flujo de personas y bienes) mediante el ejercicio útil y productivo de su libertad. Mientras tanto, los sujetos aprenden, ejercitan, disfrutan y, en cierta medida, se sienten obligados a adaptarse a las responsabilidades propias de tan generosa oferta y procuran permanecer activos en el juego propuesto; el cual, por otra parte, no parece ofrecer alternativas. Este juego ya no se identifica más con las reglas de una sociedad moderna (pretendidamente homogénea en sus valores, imaginada como una masa cerrada marchando con actitud optimista hacia un futuro mejor), sino que tiene que ver con desbordados globalismos y reducidos localismos —**postsocialidad**—. La subjetividad individual, cuenta cada vez menos con los sujetos corporales individuales, sino más bien con “seres” (*Wesen*), que si bien son formados, al mismo tiempo carecen de forma y cada vez tienen que ser más adaptables. Estos “dividuos postsociales”⁽⁵³⁾ ganan y pierden subjetividad al mismo tiempo, ya que tienen más responsabilidad y libertad, pero al mismo tiempo menos reconocimiento social y cultural que se diluye en la corrientes torrentosas de la economización. Los sujetos asumen la responsabilidad por la conducción de su vida tanto como por la atención y prevención cotidianas respecto de todos los

(52) ROSE, NIKOLAS y MILLER, PETER, “Political power beyond the State, problematics of government”, op. cit., p. 184.

(53) DE MARINIS, PABLO, “La espacialidad del Ojo Miope (del Poder) (Dos Ejercicios de Cartografía Postsocial)”, en Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura, 34/35 (dic.), 1998, p. 36; y DELEUZE, GILLES, “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, en Conversaciones 1972- 1990, Valencia, Pre-Textos, 1995.

aspectos de su existencia (salud, trabajo, criminalidad, subsistencia, futuro, etc.). Los desafíos de las más actuales y aguzadas tecnologías gubernamentales se reflejan también —desde el último tercio del siglo pasado— en los campos de la criminología y las políticas criminales y de seguridad.

3.2 | Política criminal gubernamental

Los procesos de economización atraviesan reticularmente lo social. También la seguridad es transformada en bien adquirible, y por eso “la comercialización de la seguridad requiere de individuos y grupos que actúen como ‘electores racionales’ de sus acciones (*rational choice actors*) sopesando las dimensiones de riesgo y seguridad de la interacción social”.⁽⁵⁴⁾ Los principales destinatarios de estas medidas públicas y discursos criminológicos gubernamentales dirigidos a la mejor administración de la libertad y la mayor responsabilización por la vida y los bienes propios ya no son entonces los ofensores o los “delincuentes”, sino las víctimas, las víctimas potenciales y la sociedad en general, que tiene que seguir el paso a esta prevención “responsabilizante”. Esta es la racionalidad de las ya mencionadas políticas criminales de la libertad. El sociólogo inglés David Garland ha investigado las formas actuales de los mecanismos de control social y distinguió dos grandes líneas de actuación. Por una parte, la criminología del sí mismo o criminología de todos los días (*criminology of everyday life*), que muestra precisamente este desarrollo a través de procesos de “responsabilización”, de *governance-at-a-distance* y de gerenciamiento de riesgos, los cuales ponen de manifiesto las técnicas concretas de la gubernamentalidad actual: siguiendo premisas económicas, el delito deviene un fenómeno normal y calculable que debe ser gerenciado en forma inmediata y directa por los sujetos afectados o potenciales afectados.

No pocos análisis ponen el acento en la “economización del lenguaje” que ha tenido lugar dentro de la criminología y la política criminal en las últimas décadas. En realidad, hay una economización no sólo del lenguaje,

(54) CRAWFORD, ADAM, “Situational Crime Prevention, Urban Governance and Trust Relations”, en Von Hirsch, Garland y Wakefield (eds.), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford and Oregon, Hart Publishing, 2000, p. 200.

sino también de la lógica misma de la criminología y la política criminal,⁽⁵⁵⁾ de modo que hay una especie de “invasión de la criminología y la política criminal por parte del razonamiento económico”.⁽⁵⁶⁾ Casi todas las teorías y enfoques que Garland alista bajo la criminología del sí mismo se entienden con fórmulas económicas. La teoría de la elección racional (*rational choice theory*), el delito como oportunidad (*crime as opportunity*) y el análisis económico del delito (*economic analysis of crime*) como posibles explicaciones de la decisión delictiva, se basan en un balance de costos y beneficios. La prevención situacional del delito (*situational crime prevention*) por parte de la política criminal apunta a lograr la disminución de los costos y el aumento de la efectividad en la prevención.

En este ámbito del control soft, diet, “bajas calorías” y cotidiano del delito⁽⁵⁷⁾ y para los casos donde el delito no pudo ser impedido y el ofensor fue descubierto, ingresa la cuestión en el ámbito del derecho penal tradicional o, siguiendo al penalista Günther Jakobs, del Derecho Penal del Ciudadano, donde el ordenamiento, procurando optimizar esferas de libertad,⁽⁵⁸⁾ trata con sujetos racionales que no se encuentran excluidos ni son excluidos por estas medidas; o sea, sujetos que estaban y siguen estando *in*.⁽⁵⁹⁾

Un “pensamiento social” es visto como in-económico, no es por tanto lo social lo que se ve reforzado en la estrategia gubernamental, sino la intensificación de la actuación individual y, a lo sumo, comunitaria local. En este sentido, la inseguridad como *slogan* es una estrategia que facilita el go-

(55) GARLAND, DAVID, “‘Governmentality’ and the problem of crime, Foucault, criminology, sociology”, en *Theoretical Criminology*, 1997, vol. 1 (2), p. 185.

(56) SACK, FRITZ, “Conflicts and convergences in criminology, bringing politics and economy back in”, en Ruggiero, South y Taylor (eds.), *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London/ New York, 1998, p. 45.

(57) DE MARINIS, PABLO, “La espacialidad del Ojo Miope (del Poder) (Dos Ejercicios de Cartografía Postsocial)”, op. cit., p. 34.

(58) JAKOBS, GÜNTHER, Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 dirigida a los participantes del Seminario “Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie”, bajo la dirección del Prof. Dr. Fritz Sack y del Dr. Jürgen Kühling, en el marco del “Aufbaustudiums Kriminologie” de la Universidad de Hamburgo, 2005.

(59) DE MARINIS, PABLO, “La espacialidad del Ojo Miope (del Poder) (Dos Ejercicios de Cartografía Postsocial)”, op. cit., p. 34.

bierno de los individuos y su responsabilidad en las comunidades: mayor participación, más predisposición a actuar conjuntamente con la policía barrial, mayor contacto con los vecinos —a costa de la mayor sospecha y rechazo de todo no-vecino— y, por tanto, mayor sensación de seguridad y de confianza. Esto se traslada a otros ámbitos de la vida de los sujetos, y los “hace” más conformados y conformables en general.⁽⁶⁰⁾

Como contracara, el gobernar a distancia se ve complementado por el aseguramiento de los “flujos de libertad” que se persigue mediante la exclusión y/o neutralización de todo aquel o aquello que podría poner estos flujos en peligro. Y esta exclusión y/o neutralización no es a distancia, sino que directa y palpable. Es decir,

“si la integración del cuerpo social no puede ser lograda mediante persuasión, debe ser garantizada en última instancia por medio de la fuerza. Bajo estas circunstancias no debemos sorprendernos si la confianza en tecnologías actuariales y autorregulatorias para la mayoría, coexiste con la confianza en los intentos para dominar con tecnologías soberanas importantes sectores de la población que devienen problemáticos (Valverde 1996)”.⁽⁶¹⁾

La relación sin duda muy cercana entre la economía, que es fomentada e instrumentalizada por las técnicas de libertad, y la economía que es protegida y defendida mediante técnicas de seguridad, se refleja en los discursos y prácticas político-criminales.

Podría decirse que en tanto la libertad sea gobernada mediante una racionalidad neoliberal, será insoslayable la presencia de mecanismos de seguridad excluyentes y de un sistema penal punitivista y bélico. Incluso en los casos en que el modelo neoliberal comienza a dejarse de lado, como es la actual situación de varios países latinoamericanos, las consecuencias de las prácticas neoliberales aún serán difíciles de supe-

(60) ROSE, NIKOLAS, “Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens”, en Bröckling, Krasmann y Lemke, *Gouvernementalität der Gegenwart*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, p. 85.

(61) STENSON, KEVIN, “Beyond histories of the present”, en *Economy and Society*, 27, 1998, p. 344. El texto de Mariana Valverde al que hace referencia Stenson es: *Despotism and ethical governance*, en *Economy and Society*, 23 (3), pp. 357/372.

rar y hasta tanto, lamentablemente, hay que temer que seguirán aplicándose medidas de aseguramiento y de seguridad discordantes con la implementación de propuestas socialmente inclusivas: por ejemplo, en Argentina, y si bien en menor medida que en años anteriores, se sigue criminalizando la protesta social (especialmente cuando está dirigida a evitar la expropiación de tierras y recursos naturales en perjuicio de comunidades originarias y en beneficio de inversores transnacionales),⁽⁶²⁾ se sigue aumentando la presencia de fuerzas de seguridad en la calle como respuesta a la sensación de inseguridad generada en zonas consideradas económicamente vulnerables,⁽⁶³⁾ se discuten proyectos legislativos que plantean disminuir la edad de punibilidad a fin que los adolescentes no debidamente escolarizados e involucrados con situaciones de delito (muchas veces debido a carencias socio-económicas) puedan ser criminalizados,⁽⁶⁴⁾ etc. La desmembración social provocada por el neoliberalismo parece encontrar como única reacción posible una constante denuncia y persecución de la inseguridad que acecha en cada esquina.

3.3 | La obsesión por la seguridad

He recordado en otra oportunidad⁽⁶⁵⁾ que Foucault había anunciado que el Estado de bienestar ya no estaba en condiciones (escribía en 1978) de tener todo bajo su control,⁽⁶⁶⁾ y vislumbró dos escenarios de futuro posibles: o bien un Estado totalitario monopartidista, fascista; o una complicada y refinada forma de "desinversión estatal". Esta segunda forma era

(62) Ver como ejemplo una de las noticias al respecto: ARANDA, DARÍO, "La pelea por los territorios", en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-171446-2011-07-04.html>. Véase que también en otros países, vgr. en Chile, las comunidades originarias son perseguidas incluso con legislación especial. En Chile se aplica la Ley Antiterrorista como instrumento de persecución y criminalización de la protesta que el pueblo mapuche levanta contra la expropiación de tierras (ver texto en: <http://www.fidh.org/spip.php?article9169>).

(63) Ver los detalles del plan de seguridad en <http://www.minseg.gob.ar/plan-unidadcintur%C3%B3n-sur>; y en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-171385-2011-07-03.html>

(64) Véase supra, nota 36 y texto principal.

(65) BÖHM, MARÍA LAURA, "Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica", op. cit., p. 80 y ss.

(66) FOUCAULT, MICHEL, "Nuevo Orden interior y Control Social", op. cit.

la que veía más factible, y la describía con cuatro características: **primero**, el marcaje de zonas “vulnerables”—no en sentido geográfico—, en las que reinaría máxima seguridad; **segundo**, el establecimiento de ámbitos donde el control sería más relajado; **tercero**, una suerte de red de información general y permanente por parte del Estado y sobre los individuos; y **cuarto**, la conformación de un consenso que pasaría por toda esta serie de controles y coerciones “sin que el poder tenga que intervenir por sí mismo, sin que tenga que pagar el costo muy elevado a veces de un ejercicio del poder, va a significar una cierta regulación espontánea que va a hacer que el orden social se autoengendre”.⁽⁶⁷⁾

Este nuevo orden interior pensado por Foucault parece haber pronosticado el doble camino adoptado por la política criminal en la actualidad. Los ámbitos en los cuales no puede haber ningún tipo de permiso o consideración y en los que por tanto todos los peligros deben ser neutralizados, son sin duda alguna los ámbitos en los cuales las políticas de seguridad aplican métodos de exclusión respecto de aquellos que podrían representar una amenaza para la seguridad —llámese terrorismo, crimen económico u organizado, inmigración, etc.—. Una política criminal que aspira a la seguridad —a todo costo— y que nuclea tanto a la criminología del otro como al Derecho Penal del Enemigo,⁽⁶⁸⁾ se muestra como la tecnología de defensa y lucha por antonomasia. Sin embargo, de acuerdo a la economización de las políticas criminales, que estas políticas de seguridad sean diseñadas y ejercidas habitualmente desde el aparato estatal no significa que sus técnicas no estén entremezcladas y sean incluso instrumentales a los intereses del mercado, la lógica de las privatizaciones y la *commodification*.⁽⁶⁹⁾

(67) FOUCAULT, MICHEL, “Nuevo Orden interior y Control Social”, op. cit., p. 166.

(68) Véase *infra*, nota 81 y texto principal.

(69) El término *commodification* presentado por Steven Spitzer hace referencia al desarrollo que se ha venido dando en las últimas décadas, por el cual “todo” es transformado en producto de compra y venta, y por tanto, convertido en un bien comercializable, en una *commodity* (NOGALA, DETLEF, “Was ist eigentlich so privat an der Privatisierung sozialer Kontrolle?”, en Sack (Hrsg.), *Privatisierung staatlicher Kontrolle, Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden-Baden, Nomos, 1995), y por tanto consumible, por lo que el proceso también puede ser llamado *consumerisation*, como hace Crawford (CRAWFORD, ADAM, “Situational Crime Prevention, Urban Governance and Trust Relations”, op. cit., pp. 202/203). En este proceso no sólo la salud, la educación, el tiempo libre, sino que también la seguridad (servicios de seguridad privada, empresas de seguros, sprays paralizantes, servicios y sistemas de alarma electrónica, CCTV, cursos de defensa personal, etc.) se han transformado en “bienes adquiribles”, para los cuales rigen las mismas reglas de mercado que para las *commodities* tradicionales.

La segunda característica de este orden interior pos-welfarista se corresponde por su parte con la lógica gubernamental y, por ello, con las técnicas propias de una política criminal que se maneja fundamentalmente en base a ámbitos de libertad, tal como se explicó en párrafos anteriores. El fomento del consenso, que Foucault menciona como cuarta característica, se desprende (sin acción estatal violenta, directa o visible) de la complejización recíproca de seguridad y libertad. Los sujetos que se desenvuelven en los ámbitos "liberales" (propios de la lógica percibida como "blanda") toman a su cargo el control y manejo de riesgos y se perciben a sí mismos como beneficiarios de las medidas excluyentes adoptadas en los ámbitos de "seguridad" respecto de quienes pudieran representar una amenaza (aquellos ámbitos regidos por la lógica "dura"). La tercera característica mencionada por Foucault, resulta también significativa en este contexto, ya que resalta el rol de las constantes y fluidas comunicación y transferencia de información a través de la red social, las cuales no son difíciles de lograr en estos tiempos de la informática, de las redes sociales cibernéticas, de las fuentes de información multimediales y de la globalización en general. Tanto los mecanismos de fomento de libertad como los destinados a procurar seguridad sacan jugoso provecho del fluido de información, hoy expuesto y disponible abiertamente desde cualquier computador.

Las prácticas de procura de la seguridad en gobiernos democráticos —que es de los que se está tratando aquí—, a decir verdad, no son ninguna novedad. Ya la escuela del positivismo criminológico italiano de fines del siglo XIX y principios del XX había puesto su acento en la exclusión de aquellos que fueran peligrosos.⁽⁷⁰⁾ Si bien quienes hoy son construidos y vistos como amenaza a la seguridad son muchas veces vistos como la versión actual de "los peligrosos" de antes, las diferencias son demasiado importantes como para que pueda trazarse una línea continua entre el *uomo delinquente* y el *homo-insecuritas* actual.⁽⁷¹⁾ La idea

(70) Esta criminología aplicó a la cuestión criminal teorías de las ciencias naturales que en ese momento se encontraban en boga (como, por ejemplo, la obra de Charles Darwin, *El origen de las especies* de 1859) y se estableció con la obra del Cesare Lombroso de 1876 (*L'uomo delinquente*) como una perspectiva fuertemente marcada por la antropología. El criminal, visto como el "hombre delincuente" fue entendido como un sujeto que sigue impulsos irrefrenables e irracionales, sin poder impedirlo. A este primer enfoque de la criminología positivista, siguieron luego explicaciones que se centraron en deficiencias psicológicas (Raffaele Garofalo) y/o sociales (Enrico Ferri).

(71) He descripto como *homo insecuritas* a quienes en la actualidad son discursivamente construidos/temidos como amenaza y penalmente perseguidos porque podrían representar

de aquella criminología era que la sociedad sana debía ser defendida de los peligrosos que pudieran degenerarla. En aquella época, los Estados podían mostrarse como fuertes y soberanos, lo cual no es posible para la mayoría de los Estados occidentales actuales, que se limitan a excluir todo aquello que pueda obstaculizar el juego del libre mercado. En el caso de muchos países latinoamericanos que actualmente implementan políticas socioeconómicas más integradoras, se criminaliza sin embargo a aquellos que han sido excluidos por el colonialismo —comunidades originarias— o por el neoliberalismo —desempleados, jóvenes con familiar desestructuradas— y ahora resulta complejo reinsertarlos.

Las políticas de criminales de seguridad se han desarrollado y fortalecido en forma ininterrumpida desde los años cincuenta del pasado siglo XX, fundamentalmente hombro a hombro con el neoliberalismo. El proceso ha sido tan importante, que ha generado la aparente paradoja ya mencionada: más estrategias de libertad requieren de más estrategias de seguridad, paradoja fundamental que ha hecho merecer a estas sociedades el mote de “*demonic societies*”.⁽⁷²⁾

En este mismo sentido y bajo el nombre de “penalidad neoliberal” (*neoliberal penalty*), se ha explicado la racionalidad en la cual la esfera penal sirve de límite o frontera entre lo interior y lo exterior:

“La sanción penal está definida por la lógica predominante de la economía clásica como el único espacio en el cual el orden es

un peligro a la seguridad, lo cual suele realizarse en forma amplia e indefinida (“terrorismo”, “crimen organizado”, “inmigración”). No se trata de la conocida figura del infractor de una ley, ni del otrora peligroso, ya que estos sujetos y grupos destinatarios de las políticas de seguridad actuales no se encuentran directamente vinculados a un delito concreto, a una acción legalmente descripta, no llevan características físicas de su peligrosidad —como afirmaban los primeros positivistas—, etc. El *homo insecuritas* es una figura que más bien auna a todos aquellos que puedan tener alguna vinculación con conductas y situaciones catalogadas de riesgosas para la sociedad. Véase en detalle sobre esta figura, BÖHM, MARÍA LAURA, *Der “Gefährder” und das “Gefährdungsrecht”, Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, op. cit., especialmente el capítulo 5 (el nombre alemán de esta figura es *Gefährder*); y BÖHM, MARÍA LAURA, “*Endanger Law, War on Risks in German Criminal Law*”, en Gunnar Duttge (ed.), *The Law in the Information and Risk Society*, Göttingen, Göttingen Universitätsverlag (en imprenta), 2011. (en inglés: *Endangerer*).

(72) Ver DEAN, MITCHELL, “*Demonic Societies, Liberalism, Biopolitics and Sovereignty*”, en Hansen y Stepputat (eds.), *States of Imagination*, Durham, N.C, Duke University Press, 2001; Ojakangas, Mika, “*Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben und Foucault*”, en *Foucault Studies*, n° 2 (Mai), 2005.

legítimamente impuesto por el Estado. Desde esta perspectiva, la mayor parte de la interacción humana —que consiste en el intercambio económico— es vista como voluntaria, debidamente compensada, y tendiente al bien común; la esfera penal es el límite exterior, donde el gobierno puede interferir legítimamente, ahí y únicamente ahí”.⁽⁷³⁾

Estas intervenciones estatales en el ámbito penal han llevado al ya mencionado *governing through crime* y devenido incluso en un medio predominante de control del orden social, y de la búsqueda de la seguridad, que en muchos casos debido a su fuerte simbolismo se llega a presentar como mera excusa. Se reúnen bajo el rótulo “inseguridad” —recordemos que es el opuesto constitutivo de la seguridad y más sencilla de visualizar— los más variados males, concentrando la atención propia y del público en cuestiones que parecen resumir las dolencias actuales y cuyo combate pareciera presagiar la llegada de la ansiada seguridad. Este tipo de procesos políticos, fundamentalmente discursivos —en sentido foucaultiano de entrelazamiento de lógicas y prácticas—, se ha analizado bajo el nombre *securitization*.

Se llama *securitization* al proceso discursivo por el cual un cierto objeto es declarado en peligro y necesitado de protección, y se persuade al público, la gente de a pie, de ello. Algo (el terrorismo, el crimen organizado) o alguien (el inmigrante indocumentado, el adolescente, el marginal, el mapuche),⁽⁷⁴⁾ generalmente el “no rentable” para un cierto Estado, es presentado como problema existencial a combatir y se habilita respecto de ese algo o alguien la adopción de medidas extremas, apoyadas por el temor de la sociedad, que se siente verdaderamente amenazada en su existencia. El proceso de “securitización”, es decir, de construcción de un objeto en peligro (la integridad física de cada ciudadano, la seguridad nacional, el empleo de los ciudadanos) y de atribución de peligro al sujeto a combatir, es un proceso fundamen-

(73) HARCOURT, BERNARD E., “Neoliberal penalty. A brief genealogy”, en *Theoretical Criminology*, 14 (1), 2010, p. 77. “The penal sanction is marked off from the dominant logic of classical economics as the only space where order is legitimately enforced by the state. On this view, the bulk of human interaction —which consists of economic exchange— is viewed as voluntary, compensated orderly, and tending toward the common good; the penal sphere is the outer bound, where the government can legitimately interfere, there and there alone”.

(74) Ver supra nota 62.

talmente político. No toda cuestión es “securizable”. Si se presenta como amenaza algo o alguien que no puede ser aplacado, el apoyo de la audiencia se desvanecería abruptamente, y los actores políticos involucrados saldrían perjudicados. Por ello la cuestión a “securizar” debe ser políticamente manejable, y redituable.

Declarar abiertamente en la arena política, por ejemplo, que la pobreza es una amenaza existencial para el crecimiento sano de una sociedad y de sus miembros, y prometer que será erradicada en provecho de todos, a pesar de ser materialmente cierto lo primero y políticamente loable lo segundo, parecería ser un intento condenado al fracaso. ¿Cómo combatir la pobreza rápidamente? ¿Cómo proteger a la sociedad marginal de la amenaza que representan para ella un orden injusto y su violencia estructural, si no es cambiando precisamente ese (des)orden estructural? ¿Cómo redirigir los intereses del mercado a fin de reducir la exclusión de gran parte de la población, siendo que el Estado neoliberal no se permite dirigir políticas económicas ni poner límites a la ambición de los actores activos en el mercado? La seguridad y la “securización”, por lo tanto, a fin de evitar suicidios políticos indeseados, vuelven a ser reducidas una y otra vez a cuestiones fácilmente “simbolizables” y relativamente manejables. Si se plantea, por ejemplo, a “las drogas” como amenaza, medidas legales y de intervención policial, operativos espectaculares y detenciones masivas de consumidores generarán en el público una clara sensación de que algo se hace, y de que la amenaza se logra disminuir.⁽⁷⁵⁾ La fuerza discursiva del proceso “securizante” es tan fuerte, que quienes hayan intervenido en dicho proceso (de hacer de las drogas una cuestión de amenaza existencial, por ejemplo) podrán salir al menos en el corto plazo políticamente beneficiados, aunque las drogas nunca hayan sido un problema existencial, aunque el público esté tan (in)seguro ahora como antes, aunque las medidas adoptadas no hayan sido efectivas, sino simbólicas.

(75) Véanse las diversas facetas del “megaoperativo” que el gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli, llevó adelante el día 6 de mayo de 2011 en un barrio carenciado a fin de incautar estupefacientes. En los medios de comunicación, la intervención realizada por las fuerzas de seguridad se presenta como éxito en la lucha contra las drogas (<http://www.infobae.com/notas/583841-Scioli-Con-la-droga-y-los-delincuentes-se-convive-o-selos-combate.html>); entretanto, informes y testimonios de afectados, asistentes sociales e investigadores estrechamente relacionados con actividades de acompañamiento e integración en el barrio alertan acerca de las mentiras y simbolismo de tal operativo (<http://unmedioenmoron.blogspot.de/2011/06/scioli-intento-mostrar-el-exito-de-su.html>).

El sistema penal, siempre disponible e indudable portador de esa importante carga simbólica, es uno de los medios favoritos de los procesos de "securitización". Criminalizar es simple y rápido. Hoy en muchos países el objeto de protección es la seguridad reducida a su máxima expresión (la integridad física en el espacio urbano), se la presenta amenazada por los adolescentes, los inmigrantes, los musulmanes, y se exige combatirlos mediante su criminalización. El gran problema reside en que luego de cada nueva movida, el sistema penal queda más desfigurado, con dientes más filosos y menos equilibrio, y el derecho penal debilita sus principios, redibuja los límites que impone al poder estatal, queda maltrecho.

4 | El neoliberalismo y su punitivismo “securizante”

El “crimen económico” —fundamentalmente el que se relaciona con el crimen organizado— también se encuentra dentro de la categoría de los “peligros”. Tanto Jakobs como Garland, los consideran dentro de los enemigos o extraños. Pero podríamos preguntarnos, ¿estos ofensores también pertenecen a la categoría de “otros”, de “extraños” a la sociedad, de “enemigos”? ¿Tienen en sí el “peligro biológico” o la “monstruosidad” que parecen tener los terroristas, los ofensores sexuales o los narcotraficantes? Yo más bien diría que no.

El viejo delito de cuello blanco devino de ser un delito casi no investigado a ser una amenaza de alta peligrosidad. Pero, como dije, no por su peligrosidad biológica, no porque pueda causar una degeneración de la especie, sino porque el objeto mismo del delito es nada menos que la economía. Esta economía que es blanco y elemento fundamental de las actuales sociedades neoliberales y gubernamentalizadas tiene que ver con la circulación de bienes, de riqueza, de individuos y de poder y posibilita y requiere, al mismo tiempo, de una sostenida intervención estatal: “El nuevo orden económico requiere de una autoridad estatal soberana monopólica y coercitiva para suprimir y contener dislocaciones sociales y resistencias”.⁽⁷⁶⁾

(76) Stenson, Kevin, “Sovereignty, biopolitics and the local government of crime in Britain”, en *Theoretical Criminology*, 9 (3), 2005, p. 268.

En el título *La libre economía y el Estado fuerte: Las políticas del Thatcherismo*⁽⁷⁷⁾ se resume la idea de complementariedad que antes mencionara; esa idea de una **escasa intervención estatal económica** y de una **fuerte intervención estatal punitiva**, relación propia de los órdenes neoliberales. El autor expone y critica las ideas económicas de la **escuela neoliberal** de Milton Friedman. Gamble señala cómo para estos liberales —en realidad, neoliberales— hay una diferencia importante entre regímenes totalitarios y autoritarios. Una divergencia que normalmente no es destacada.

Mientras que los primeros —como, por ejemplo, el nacionalsocialismo alemán o su contemporáneo régimen soviético— habrían limitado tanto las libertades individuales como la libre economía, los segundos —Pinochet en Chile, por ejemplo— habrían reducido sólo las libertades individuales, mientras que la economía y las relaciones económicas permanecieron sin intervención e intocables. Por eso para estos autores que Gamble analiza, es preferible el autoritarismo. Lo que sin embargo estos autores deliberadamente no dicen, remarca Gamble, es que en el nacionalsocialismo también estaba permitida una economía de libre mercado; pero ese sería un antecedente políticamente incorrecto, por supuesto. El autoritarismo se relaciona habitualmente con fuerzas militares, que imponen límites a la libertad mediante la violencia. Y es cierto que, en la mayoría de los casos, la libre economía no sólo no se limita, sino que incluso se promociona. El apoyo de las dictaduras argentina, uruguaya, boliviana y chilena por parte de los gobiernos norteamericanos tenía también estas características: un mercado libre y un Estado fuerte y violento precisamente orientado a evitar toda obstaculización —comunista— de ese libre mercado.⁽⁷⁸⁾ Estas dictaduras tenían por fin no sólo impedir el ingreso o expansión del comunismo hacia los Estados Unidos —o sea, la “seguridad” de una población determinada—, sino también la apertura del mercado, del libre mercado, hasta ese momento intervenido y controlado en muchos Estados latinoamericanos.

No necesariamente en forma tan extrema, pero con una lógica similar debe entenderse la interrelación entre economía y políticas de seguridad que

(77) GAMBLE, ANDREW, *The Free Economy and the Strong State, The Politics of Thatcherism*, Basingstoke, 1994.

(78) En igual sentido, REGINO, GABRIEL, “Globalización, neoliberalismo y control social. ¿Hacia dónde se dirige el derecho penal en México?”, en *Nómadas*, nº 0. Ver texto en: <http://www.ucm.es/info/homadas/0/gregorio.htm>, 2003.

aquí analizo, de las que podrían llamarse “democracias autoritarias”.⁽⁷⁹⁾ Si la libertad de la economía es entendida como forma de promover los procesos —vitales— de una determinada población, entonces esta libre economía exigirá ser protegida, a costa del cercenamiento de libertades políticas y civiles de aquellos que pudieran ponerla en peligro.

El rol de la política criminal de la seguridad como “guardián” de la economía es, al mismo tiempo, un ejemplo de lo que Jonathan Simon llama el *governing through crime* (“gobernar a través del crimen”). “Gobernamos a través del delito al punto que crimen y castigo devienen en las ocasiones y en los contextos institucionales por medio de los cuales intentamos conducir la conductas de los otros (o incluso de nosotros mismos)”.⁽⁸⁰⁾ A causa de la economización de lo social, es entendible que la economía marque el paso respecto de estas conductas. La libre economía debe ser protegida de peligros y, llegado el caso, puede incluso declararse el estado de excepción.⁽⁸¹⁾ En estado de excepción, las normas pierden “forma”; no hay normalidad, pero tampoco anormalidad. Por eso no son las leyes, sino una especie de reglas, o de directivas los únicos puntos de referencia, si es que llega a existir siquiera eso. Y estas reglas, o directivas vigentes en este estado pueden ser definidas en el actual neoliberalismo por la economía misma.

“De acuerdo con Schmitt, la directiva aparece porque la legislación está llamada a servir las necesidades inmediatas de la economía. En términos de Foucault, la ley opera más y más como norma —o como táctica—, como dice él. Ya no es más expresión de la voluntad de un legislador, sino una expresión de vida en la esfera de la economía. Son las leyes de la economía (...) las que definen el contenido de la norma informe”.⁽⁸²⁾

Carl Schmitt, el jurista que se desempeñó durante años como el teórico de Hitler, no es el único jurista que veía a la economía como “legisladora”. Hoy en día, Jakobs realiza un análisis similar, cuando entiende que el

(79) SILVA SERNAQUÉ Y SANTOS, ALFONSO, “El neoliberalismo y el Derecho Penal en las sociedades democráticas”, *op. cit.*, p. 44.

(80) SIMON, JONATHAN, “*Governing Through Crime*”, en Fischer y Friedman (eds.), *The Crime Conundrum. Essays on Criminal Justice*, New York, Westview Press, 1997, p. 174.

(81) AGAMBEN, GIORGIO, *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2004, p. 20.

(82) OJAKANGAS, MIKA, *op. cit.*, p. 17.

reconocimiento y asunción de la necesidad de un Derecho Penal del Enemigo es un desafío fundamental de la ciencia jurídico-penal. Para no pecar de idealismo, afirma este autor, es necesario reconocer que junto al tradicional derecho penal (que él llama del Ciudadano) es necesario establecer un sistema de lucha contra aquellos que representan una amenaza para el sistema socio-normativo: "Si ella [la ciencia jurídico-penal] no quiere reconocer la necesidad del último [el derecho de lucha contra el enemigo] va a ser marginalizada por la sociedad —**económicamente dominada**— por falta de efectividad".⁽⁸³⁾ Esto es lo que él llama un Derecho Penal del Enemigo, criticado y negado por sus colegas, pero vigente bajo otros rótulos en las prácticas cotidianas legislativas, judiciales, policiales y políticas no sólo de Alemania, sino de muchos Estados democráticos europeos y americanos.

Para poder seguirle el paso a los requerimientos de la economía, asegura Jakobs, la ciencia jurídico-penal debe reconocer al Derecho Penal del Enemigo. Para seguir las reglas de la economía —y no las jurídicas— y para no ser "idealistas", hay que adaptarse a la economía (por ejemplo, ubicando a los ofensores de crimen económico en la categoría de "enemigo").⁽⁸⁴⁾

La economía tiene que ver con normas y con libertad, y no con derecho. La seguridad exigida, se busca mediante el derecho penal, ese desfigurado derecho penal mediante el cual los legisladores obedecen a las reglas del mercado cuando deciden elevar escalas penales, introducir medidas investigativas intrusivas, sancionar penalmente conductas contrarias a las reglas del mercado, someter al sistema penal a adolescentes de hogares excluidos del mercado, sancionar leyes penales en el ámbito de la política inmigratoria, perseguir penalmente a comunidades originarias que protestan contra la explotación indiscriminada de sus tierras y sus recursos, etc. Lo que se dijo respecto de la criminalización del pueblo mapuche,

(83) JAKOBS, GÜNTHER, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, en Eser, Hassemer y Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende - Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, 2000, pp. 53/54 (la cursiva pertenece a la autora).

(84) Estas ideas van en la misma dirección que Jakobs señaló en una carta del año 2005: "En breve, un Estado de Derecho no puede hacerse realidad idealmente (según el modelo ideal) bajo cualquier tipo de circunstancias, sin por ello —por debajo de ese ideal— perder su valor" (JAKOBS, GÜNTHER, Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 dirigida a los participantes del Seminario "Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie, op. cit., p. 2, (traducción de la autora)).

que a continuación cito, es aplicable a casi todos aquellos criminalizados por el punitivismo neoliberal:

“Los únicos muertos en este conflicto con los mapuche, considerados por el Estado como el enemigo interno. Esto se hace al amparo de la doctrina de la seguridad nacional que está viva y coleando, absolutamente vigente, y le da sustento ideológico a la legislación antiterrorista. Coloca a los mapuche en el escenario del derecho penal del enemigo, por poner en riesgo el desarrollo del modelo económico neoliberal, que requiere la tierra para las empresas forestales”.⁽⁸⁵⁾

Habiendo estudiado la lógica o funcionamiento simbiótico entre las estrategias de libertad y las estrategias de seguridad, que bajo el modelo neoliberal han puesto el énfasis en el aseguramiento de la economía desregularizada y la criminalización de aquellos excluidos de ese des-orden socioeconómico, queda preguntarse si mientras prevalezca el modelo neoliberal y en tanto perduren las consecuencias de su paso incluso en las regiones en las que empieza a perder fuerza, podrá establecerse alguna alternativa al modelo de políticas de seguridad punitivistas y excluyentes. Considero que la respuesta es negativa, y que por lo tanto, la única vía de reversión de estas políticas (que no han podido ser refrenadas ni siquiera por los principios fundamentales del Estado de derecho occidental)⁽⁸⁶⁾ es el definitivo abandono del modelo neoliberal y la construcción de órdenes jurídico-institucionales solidarios que, tanto a nivel estatal como interestatal, habiliten la aplicación de mecanismos de control y cooperación económica socialmente sustentables.

Hasta que esto no empiece a ponerse en marcha, los mercados seguirán legislando penalmente, los marginalizados continuarán siendo criminalizados, y la política criminal seguirá generando inseguridad.

(85) Manifestación del abogado Alberto Espinoza (profesional de la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC) y defensor de luchadores sociales mapuches en diversos juicios) durante el “Seminario sobre Legislación Antiterrorista” realizado el 24 de junio de 2010 en la Universidad Alberto Hurtado (ver texto en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=108861>).

(86) Ver in extenso sobre esta crítica BÖHM, MARÍA LAURA, “Transformaciones en el Estado de(l) Derecho”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis, n° 5/6, Ad Hoc, 2008.; id. 2011 (en especial Kap. 7).

La culpabilidad de la empresa en el nuevo régimen penal tributario

por MARIANO H. BORINSKY⁽¹⁾

I | La justicia en lo penal económico y tributario

La evasión fiscal, el contrabando y otros delitos económicos, cuando alcanzan grandes dimensiones, hacen sentir sus perjudiciales consecuencias en el plano político-financiero. Además de modificar la distribución de las cargas tributarias y, por tanto, variar la redistribución del rédito por una alteración en las transferencias sociales de la riqueza, la evasión y el contrabando provocan ingentes pérdidas al fisco, ya por el monto de los tributos evadidos, ya por los gastos necesarios para la persecución de los evasores y contrabandistas. Estos gastos se agregan a los de determinación y recaudación de los impuestos. Además, la necesidad de reparar los daños provocados por la evasión y el contrabando obliga a los responsables políticos a adoptar medidas tendientes a restablecer el equilibrio financiero así alterado y a tomar decisiones de política económica que no suelen ser bien recibidas por la sociedad. Los instru-

(1) Juez de la Cámara Federal de Casación Penal. Abogado, Especialista en Derecho Penal, Especialista en Derecho Tributario y Doctor en Derecho Penal, todos de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Profesor Adjunto regular en diferentes asignaturas de grado y posgrado de la Facultad de Derecho, U.B.A. Ex Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico y Ex Director General de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCo).

mentos legislativos y administrativos no bastan por sí solos para volver al buen camino del consciente cumplimiento del deber contributivo a todos los ciudadanos.

En este contexto, cabe examinar la creación por parte del Estado de un fuero para resolver esta clase de casos, que le otorgan especialidad a la materia, distinguiéndola de las demás estafas contra el patrimonio de particulares.⁽²⁾

En el derecho comparado, y en Alemania en particular, a comienzos de los años setenta se empieza a demandar una reformulación fundamental del derecho penal económico. Luego de que el 49º Congreso de Juristas Alemanes de 1972, sobre la base de un informe de Klaus Tiedemann, se hubiera ocupado de la problemática, se estableció la “Comisión de expertos para el combate de la criminalidad económica y la reforma del derecho penal económico”, que aconsejó la creación de tipos penales especiales. Pero además, fue un punto de apoyo para el catálogo de delitos del parágrafo 74 c) de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG) que desde una perspectiva procesal penal y criminalística fija la competencia de las salas o cámaras en lo penal económico. Se trata principalmente de tipos penales del derecho penal accesorio: derecho de la competencia, derecho de la propiedad intelectual, derecho de las sociedades comerciales, derecho fiscal y aduanero, derechos de los alimentos y el vino, derecho del comercio exterior, derecho bancario, bursátil, crediticio, de seguros y de títulos-valor. Sin embargo, también son pertinentes algunos delitos del Código Penal: fraude mediante computadoras, fraude de subvenciones, fraude de inversiones de capital, fraude de crédito, insolvencia punible, favorecimiento del acreedor o del deudor. Finalmente, la estafa, la administración desleal, la usura y el cohecho pasivo y activo fundan la competencia de las salas o cámaras en lo penal económico cuando el juzgamiento del caso requiere especiales conocimientos de la vida económica.⁽³⁾

(2) Se destaca que tanto el material bibliográfico citado, como algunas ideas expuestas forman parte de la tesis doctoral aprobada con calificación “sobresaliente” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) bajo el título “El fraude a la Hacienda Pública” con la dirección del Dr. Edmundo Hendler, Bs. As., 31/10/2012.

(3) Ver JÜRGEN, LOUIS y WASSMER, MARTIN PAUL, “Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania”, en Revista Penal, nº 9, trad. del Profesor Dr. Héctor Hernández Basualto (Santiago de Chile), La Ley, España, Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide de Sevilla, 2002, pp. 165 y 166.

Las salas penales económicas especializadas en el órgano jurisdiccional deciden sobre las querellas formuladas por las fiscalías especializadas en delitos económicos. En estas fiscalías especializadas, colaboran singulamente, al lado de los fiscales, funcionarios expertos en ciencias económicas y empresariales ("relatores económicos"), de forma que los fiscales no están limitados a los dictámenes periciales externos o de las partes (más adelante se analizará la creación de organismos especializados en la persecución penal de los delitos económicos, en el derecho comparado y en el ámbito nacional). Los jueces de salas penales económicas pueden prescindir de la ayuda de peritos externos en tanto que, por sí mismos, tengan experiencia o estén instruidos en asuntos económicos, particularmente en el campo de la contabilidad y de los balances. Frecuentemente, los jueces legos no están instruidos en estas materias y su selección para los grandes procesos económicos presenta particulares problemas. Se discute si, en Alemania, deben implementarse "jurados económicos" como se ha hecho en algunos cantones de Suiza. Este modelo alemán ha sido seguido por varios países europeos. Es interesante la experiencia francesa que, en principio, quiso limitarse a una especialización de la fiscalía. Con acierto sostiene Tiedemann que muy pronto se ha notado que de nada sirve tal especialización en la persecución penal si después el juez entiende poco de los problemas propios de estos asuntos; por este motivo, los jueces penales en Francia, en las grandes ciudades, son jueces especializados.⁽⁴⁾ En efecto, la necesidad de especialización de los jueces que tratan los casos de criminalidad económica es reconocida en todos los países. La colaboración de expertos en contabilidad y disciplinas económicas no es suficiente. El juez debe ser capaz de entender los informes de los expertos y estudiar el sumario de los delitos económicos.⁽⁵⁾

En Francia, si bien se discute la conveniencia de deslindar las materias civil y penal, en materia de delitos económicos, el Código Procesal Penal francés contiene dos importantes especialidades judiciales. La *Loi du 29 décembre 1972* modificó el art. 398 CPP francés para permitir que el "Tribunal Correccional" (formado por un presidente y dos jueces) pueda

(4) Ver TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, trad. de Teresa Martín, Barcelona, PPU, 1993, p. 29.

(5) Ver BARBERO SANTOS, MARINO, *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, 1985, p. 65.

constituirse como un órgano unipersonal para el conocimiento de delitos cometidos mediante cheques u otros medios de pago. Desde la *Loi du 6 août 1975*, el art. 704 CPP francés permite, dentro de la jurisdicción de cada Corte de Apelación, designar uno o más "Tribunales de gran instancia" para la persecución, instrucción y enjuiciamiento de ciertos delitos de una especial complejidad incluyéndose los delitos tradicionalmente incluidos por la doctrina francesa en el ámbito del *Droit Penal des Affaires*: delitos comunes (estafa o apropiación indebida) cometidos en el marco de sociedades mercantiles, aduanas, urbanismo, operaciones bursátiles y del mercado de valores, libertad de precios, libre concurrencia, entre otros.⁽⁶⁾

En España, no se ha debatido en profundidad la conveniencia de crear órganos especializados en el enjuiciamiento de los delitos económicos, quizá por entender el legislador que las dificultades en la fase de investigación se suplen con la intervención de la Fiscalía Especial (sobre el Ministerio Público y las Fiscalías Especiales se volverá más adelante) y la del juicio oral mediante informes periciales de expertos financieros y contables.

Frente a estos ejemplos de especialización judicial, se sitúa el modelo seguido por los países del *Common Law*, donde los fraudes graves deben ser juzgados, si el imputado se declara inocente, por un jurado que resuelve tras una deliberación celebrada sin la presencia judicial. El Comité de Expertos que ha elaborado el *Corpus Iuris*, partiendo del Informe del Comité Roskill sobre la situación en Inglaterra, Escocia e Irlanda, ha advertido sobre los riesgos de permitir que esta materia se conozca por jueces legos y se ha mostrado partidario de la especialización judicial. De ahí que el art. 26 del *Corpus*, sobre la fase de enjuiciamiento de los delitos contra los intereses financieros de la Unión, señale que las jurisdicciones "se compondrán obligatoriamente de jueces profesionales, en la medida de lo posible, especializados en materia económica y financiera, y no de simples jurados o escabinos".

(6) Ver DELMAS-MARTY, "Partie générale: responsabilité, procédure, sanctions", en *Droit Penal des affaires*, París, Presses Universitaires de France, 1990, p. 139 y ss.; GUTH, "Tribunal correctionnel: composition du tribunal. Tenue des audiences", en *Juris Classeur Procedure Penale*, arts. 398-399; GUERIN, "Infractions en matière économique et financière", en *Juris Classeur Procedure Penales*, arts. 704-705; citados por GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES, *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Madrid, Colex, 2000, p. 103 y ss.

En Argentina,⁽⁷⁾ el fuero en lo penal económico tiene 55 años de existencia,⁽⁸⁾ es único a nivel nacional (sólo se encuentra en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires) y tiene una competencia mixta, pero mayoritariamente federal: Régimen penal tributario y previsional, derecho penal aduanero, Régimen penal cambiario, Defensa de la Competencia, entre otras leyes; excepcionalmente, como delitos de competencia ordinaria, se ubican el libramiento de cheques sin provisión de fondos y el balance falso, entre otros.

Cabe tener en cuenta que con anterioridad a la sanción de la Ley Penal Tributaria 24.769 (del año 1997) ya se había advertido sobre la necesidad de adecuar la legislación procesal a la naturaleza y las características particulares del delito tributario y previsional, dada la incapacidad funcional del proceso penal “convencional” para perseguir delitos que, como aquéllos, se han dado en llamar delitos “no convencionales”,⁽⁹⁾ como así también, para perseguir a las personas jurídicas.⁽¹⁰⁾

Los delitos que se sustancian en el fuero en lo penal económico⁽¹¹⁾ son delitos que se cometan en ámbitos específicos, como el caso de negocios de

(7) “Dicen que para ser un buen abogado, al igual que una buena ama de casa, una de las cosas más importantes es saber dónde están las cosas; resulta esencial para llevar a cabo eficazmente ambas tareas, saber ubicar fácilmente los instrumentos de trabajo”.

(8) Sobre este aspecto puede verse el capítulo final de la obra de BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.

(9) Ver PASTOR, DANIEL, “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal ‘convencional’ a los delitos no ‘convencionales’?”, en Julio Maier (dir.), *Delitos no convencionales*, Bs. As., Ediciones del Puerto, 1994, p. 275.

(10) Ver CSJN, “Fly Machine SRL”, sentencia del 30/05/2006. Ver al respecto voto del Ministerio Eugenio Zaffaroni, en argumento *obiter dictum*, que concretamente señaló que “La legislación nacional 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 individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, se afectaría las garantías de igualdad, de defensa en juicio y del debido proceso”.

(11) Por la ley 14.558 (BO 03/11/1958) se crearon, en el ámbito de la Capital Federal, para el juzgamiento de las infracciones a las leyes represivas del agio y la especulación, los juzgados de agio y especulación y una Cámara de Apelaciones (art. 1 de la ley). Por la ley 14.831 (BO 24/09/1959), art. 1, se estableció que la Cámara de Apelaciones y los Juzgados creados por la ley 14.558 se denominarán, en lo sucesivo, “en lo Penal Económico” e integrarán los tribunales nacionales de la Capital Federal del art. 32 del decreto-ley 1285/1958 (en consecuencia, estos tribunales, que eran de carácter administrativo, con la sanción de la ley pasan a ser

divisas y el giro de monedas al exterior, maniobras aduaneras, falsoedades contables, evasiones impositivas, manejos del mercado en beneficio de empresas de gran volumen que abusan de su posición dominante, entre otros delitos, todo lo que exige conocimientos de tipo económico, financiero y legislativo altamente especializado.⁽¹²⁾

Una de las notas particulares del fuero en lo penal económico aparece con marcada nitidez en su catálogo de sanciones previstas por la comisión de algunos de los delitos que son de su competencia, que en algunos casos escapan a las clásicas ya establecidas en el Código Penal, introduciendo variantes y novedades.⁽¹³⁾

Esta especificidad que caracteriza al fuero en lo penal económico, implica que, en cierta forma, se trate de un ámbito jurídico no muy explorado por la mayoría de los operadores del derecho, no obstante la importancia de los delitos que allí se investigan y las discusiones de distinta índole (dogmáticas, de derecho procesal, etc.) que se generan.

La importancia de los delitos investigados en este fuero finca en la magnitud de la lesión de intereses vitales de la sociedad que son, fundamentalmente, intereses económicos (hacienda pública nacional, control aduanero sobre las importaciones y exportaciones de mercaderías, competencia de los mercados, fe pública, el sistema de cambios, etc.), dando lugar a la afectación y menoscabo del denominado “orden económico” (que puede ser público o privado visto a la luz de los específicos intereses titularizados en los sujetos económicos o en la colectividad),⁽¹⁴⁾ que es producto, entre

de carácter judicial), y además de la jurisdicción que se les había asignado en materia de agio y especulación, se estableció que conocerían en las causas relacionadas con la aplicación del art. 300 del Código Penal y en el aspecto represivo de las leyes 12.906, 11.275, 11.226, 11.228 y decreto-ley 8509/1956, 12.236, 11.742, 12.253 y decreto-ley 19.697/1956, 14.516, 14.770, 14.799 y decreto-ley 62/1957 —cabe destacar que en el capítulo X de esta obra se enumera el catálogo actualizado de la legislación que es de competencia del fuero en lo penal económico—

(12) Ver BERNAUS, JOSÉ (comp.), *Código Penal Económico*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1980, p. 32; citado en BORINSKY, MARIANO, op. cit., Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 28.

(13) Por ejemplo, las penas de: apercibimiento (prevista en la ley 14.878 de vinos), clausura (ley 11.683 de infracciones tributarias, entre otros), suspensión en el goce y participación de beneficios (leyes 19.597, del azúcar, y 17.741, de cinematografía, entre otras), cesar y abstenerse (ley 25.156 de defensa de la competencia), intervención temporaria para su uso (ley 20.680 de abastecimiento), entre otras.

(14) Ver MIRANDA GALLINO, R., *Delitos contra el orden económico*, Bs. As., Pannedille, 1970, p. 29.

otras cosas, de la reiteración de aquellas conductas disvaliosas. De ninguna forma se encuentra incluida la afectación de intereses individuales, aunque fueran intereses económicos (como los derivados de la afectación del derecho de propiedad, como puede ser la estafa convencional).

Por ley 25.292 (BO 13/07/2000) se crearon los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario N° 1, 2 y 3, que entraron en funcionamiento en el mes de agosto de 2003, para su actuación en la Ciudad de Buenos Aires, por la comisión de alguno de los delitos previstos por la Ley Penal Tributaria 24.769 (1997).

Como Tribunal de Alzada de los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario interviene la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Para el juzgamiento de los delitos tributarios y contra la Seguridad Social, toman intervención los Tribunales Orales en lo Penal Económico. Con respecto al Ministerio Público, intervienen distintas fiscalías y defensorías de primera instancia y generales en lo penal económico y tributario, así como la PROCELAC en todos sus niveles.⁽¹⁵⁾

2 | Régimen penal tributario

El Régimen penal tributario ley 24.769, vigente desde el año 1997,⁽¹⁶⁾ es el que determina los delitos tributarios y previsionales. El mismo no fue ajeno a los vaivenes de la economía y de la política, motivo por el cual también ha sufrido una serie de modificaciones a lo largo del tiempo. Se destaca la asignación de competencia para la investigación de estos de-

(15) La intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y de los Tribunales Orales en lo Penal Económico para los casos de penal tributario se debió a la ausencia de presupuesto suficiente para crear una Cámara de Apelaciones en lo Penal Tributario y los correspondientes Tribunales Orales en lo Penal Tributario que, originariamente, su creación estaba prevista por la ley 25.292, pero que posteriormente fue vetada su creación por las apuntadas razones presupuestarias (ver Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 34/2002, puntos N° 1, 2 y 3). En cuanto al Ministerio Público, hay 3 Fiscalías Nacionales de 1º Instancia en lo Penal Tributario; 5 Fiscalías Generales en lo Penal Económico y Tributario (1 de Cámara y 4 que intervienen antes los Tribunales Orales); la PROCELAC (Procuraduría adjunta de Criminalidad Económica y Lavado de Activos) dependiente de la Procuración General de la Nación; 2 Defensorías Oficiales de Primera instancia y Cámara en lo Penal Económico, 1 Defensoría Oficial de Primera instancia y Cámara en lo Penal Tributario; 2 Defensorías Oficiales en lo Penal Económico y Tributario que intervienen ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico y Tributario.

(16) BO 15/01/1997.

litos a los juzgados en lo penal tributario que, en el año 2003, entraron en funcionamiento. Luego se incorporó la figura de la asociación ilícita fiscal.

Por último, nos encontramos con la reciente modificación integral de la Ley Penal Tributaria y del art. 76 bis CP (referido a la suspensión del juicio a prueba, la denominada “*probation*”), ocurrida en diciembre de 2011 mediante la sanción de la ley 26.735.⁽¹⁷⁾

Dicho régimen cuenta ya con valiosos 16 años de vigencia, en los cuales se ha suscitado una serie de inconvenientes de interpretación y de aplicación que fueron, en alguna medida, dilucidados gradualmente por la doctrina y la jurisprudencia, y que demostró la necesidad de una reforma integral a aquel texto legal. Entre otros, se incrementaron los montos mínimos fijados por las normas, lo cual ha sido un reclamo casi unánime por parte de los contribuyentes y algunos asesores contables y legales. Toda una novedad ha sido la incorporación de los tributos y recursos debidos a los fiscos provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires como objeto de protección. También lo fue la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Previo a adentrarme a las distintas modificaciones legislativas, cabe resaltar que la ley fiscal no persigue como única finalidad la recaudación fiscal, sino que se inscribe en un marco jurídico general de amplio y reconocido contenido social, en el que la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes. La equidad tributaria se tornaría ilusoria de no mediar, al menos, el cumplimiento de los deberes formales establecidos en cabeza de quienes tengan responsabilidad impositiva. Precisamente, resulta un hecho notorio la situación en que se encuentran aquéllos que, en el ejercicio de sus actividades, cumplen con las obligaciones que las leyes imponen, frente a otros que operan en los circuitos económicos informales y de creciente marginalidad. El deber prioritario del Estado es atender que los tributos se satisfagan regularmente por la importancia que tienen para la subsistencia, progreso y desarrollo de la sociedad, lo que justifica la sanción de leyes que penalicen la evasión fiscal, medida que —sujeta al razonable criterio del legislador— resulta apta para corregir la tendencia a no pagar los impuestos, consecuencia de una

(17) BO 28/12/2011.

falta de conciencia y responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de esa naturaleza.

Por ello, el interés del Estado en que se satisfagan los tributos constituye una necesidad social digna de protegerse. Por lo tanto, el no cumplimiento de los deberes tributarios configura un ataque frontal a este valor fundamental de la comunidad actual.

En esta línea, la Corte Suprema Nacional señaló que, en la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la eliminación o, en todo caso, a la aminoración del gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la evasión o bien de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias sustantivas.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado por la norma es la hacienda pública, en el sentido de preservar la percepción de los tributos y su posterior reencauzamiento social, instrumento que el legislador ha considerado necesario para asegurar el correcto funcionamiento del sistema impositivo y, a la vez, evitar la evasión fiscal. No se trata de un exclusivo propósito de recaudación, sino que se orienta a una meta de significativo contenido social, cuya directriz es la sujeción a las leyes fiscales como medio para que el Estado pueda cumplir sus fines de bien común y sus funciones básicas (educación, salud, seguridad y justicia).

Defraudar al Estado, por tanto, no significa defraudar a un ente abstracto, sino defraudar a los demás conciudadanos, a los que se priva de los beneficios y mejoras que podrían realizarse con las cantidades eludidas y a quienes se sobrecarga con unos tipos impositivos elevados para compensar el fraude.

Con la reciente reforma integral de la Ley Penal Tributaria, se determinó expresamente la protección penal de las haciendas públicas nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

Además, el monto dinerario que se fija para la evasión fiscal simple de estos tributos se incrementa de \$100.000 a \$400.000 por cada tributo y por cada ejercicio anual. Por su parte, la evasión fiscal agravada de tributos con pena de prisión de cumplimiento efectivo se eleva de 1M a 4M, incorporándose, además, la evasión fiscal mediante la utilización de facturas

apócrifas, una de las modalidades que se ha presentado más frecuentemente en los casos detectados de evasiones tributarias.

Dichos incrementos de las cuantías mínimas también se han verificado en los delitos contra la Seguridad Social. Se trata de un instrumento de política social protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuyo acceso tienen derecho los individuos, en la extensión, límites y condiciones que las normas dispongan, según permite su organización financiera. Para hacer frente a la corriente de gastos que supone su misión debe hacerse de recursos económicos. El Sistema de Seguridad Social argentino, al igual que el de la mayoría de los países occidentales, tiene en el aporte de trabajadores y empleadores el elemento de financiación más importante.

El Sistema de Seguridad Social en la Argentina, imitado en gran parte del sistema previsional chileno, era mixto: parte público —también denominado de “reparto”— y parte privado, gerenciado por Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) y, con las últimas modificaciones legislativas, tendió a un sistema mayoritariamente de reparto al permitir que un gran número de aportantes a las AFJP puedan volver a la jubilación estatal.

Con la sanción de la ley 26.425 de 2008, el sistema pasó a ser totalmente público y se dispuso la unificación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones en un único régimen previsional público que se denominara Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización, vigente hasta la fecha de sanción de la ley, idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el art. 14 bis CN.

Por la reforma introducida por la ley 26.735, se extiende el ámbito de protección a las conductas vinculadas con los aportes y contribuciones correspondientes a los fiscos, nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este aspecto, la reforma no sólo es innovadora, sino también jurídicamente acertada, pues en materia de Seguridad Social no cabía efectuar distinciones, debido a que todos los trabajadores —sin distinción del ám-

bito nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al cual pertenezcan los organismos recaudadores de los aportes y contribuciones de aquéllos— se encuentran en una situación de igualdad frente a los riesgos potenciales biológicos, patológicos y/o económico sociales, y por ello tienen el mismo derecho de gozar de la cobertura social necesaria ante la verificación de cualquiera de aquellas contingencias. Esa cobertura no se lograría si los organismos recaudadores pertinentes no contaran con la recaudación que les corresponde, en el momento en que tienen el derecho de percibirla, como así también con un marco de tutela penal por el cual se sancionen las conductas dolosas que afecten aquella recaudación y pongan en riesgo el derecho a gozar de los beneficios de la seguridad, para lo cual es útil tener presente que, por el art. 14 bis, párr. 3 CN, se establece que el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social (sin efectuar distinciones sobre el ámbito nacional o provincial del organismo de la Seguridad Social), el cual tendrá “carácter integral e irrenunciable”.

Por otra parte, se incorpora la represión de quien modifique o adulterare los sistemas informáticos o equipos electrónicos suministrados u homologados por los organismos recaudadores nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, siempre que fuera susceptible de provocar un perjuicio. La norma intenta abarcar las alteraciones efectuadas a elementos de registro proporcionados por los organismos recaudadores, destinados, generalmente, a facilitar los controles de las operaciones comerciales de los contribuyentes.

Otra de las novedades es la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sintonía con la reciente modificación de la Ley de Lavado de Activos. De acuerdo a lo que establece la nueva Ley Penal Tributaria al respecto, la primera pena a imponer a la persona jurídica que tipifica la ley es la multa de dos a diez veces de la deuda verificada, cuando los “hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal”. Otras sanciones a la persona jurídica que prevé la ley son la “Suspensión total o parcial de actividades”; la “Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado”.

Con respecto a la que puede entenderse como una de las consecuencias jurídicas más graves para la persona jurídica, se tipifica la “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". Por su parte, también se encuentra la "Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere". Por último, la "Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal" demuestra la ejemplaridad de la sanción, constituyéndose en una real agravante de la pena. Asimismo, no cabe soslayar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es de tipo acumulativa, pues no excluye a la de la persona física.

Siguiendo con la reforma, se modifica el otorgamiento de los supuestos de extinción por pago, no restringiéndose este beneficio a casos determinados y exigiéndose espontaneidad en el acogimiento del imputado, lo que supone la voluntad del contribuyente de someterse a las normas tributarias y penal tributarias. Se equipara a los miembros del organismo recaudador a los restantes funcionarios públicos en cuanto a su obligación de denunciar ante la comisión de hechos ilícitos. Se mantiene la actuación de la justicia nacional en lo penal tributario o en lo penal económico para los casos allí en trámite, disponiendo que, en las restantes jurisdicciones, sea competente la justicia federal. Se establece la competencia ordinaria para los tributos locales. Se niega la posibilidad de aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba ("probation") en los expedientes en los cuales se investiguen delitos tributarios y aduaneros.

3 | La responsabilidad penal de los administradores de sociedades por ilícitos tributarios

Previo a adentrarnos en detalle en lo que constituye la materia central del presente trabajo, describiremos la disposición legal aplicable:

"Art. 14: Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive

cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

Cuando los hechos delictivos previstos en esta ley 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:

- a. Multa de dos (2) a diez (10) veces de la deuda verificada.
- b. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
- c. 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 los cinco (5) años.
- d. 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.
- e. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
- f. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal. [Párrafo incorporado por art. 13 de la ley 26.735 BO 28/12/2011].

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. [Párrafo incorporado por art. 13 de la ley 26.735 BO 28/12/2011].

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inc. 2 y el inc. 4. [Párrafo incorporado por art. 13 de la ley 26.735 BO 28/12/2011].

En cuanto a la primera parte del artículo bajo comentario, se mantiene en iguales términos a como estaba prevista la ley 24.769 desde su sanción originaria en el año 1997.

Previo a esta reforma, no había demasiados cuestionamientos en la doctrina nacional especializada con respecto a que lo dispuesto por el art. 14 de la ley 24.769 constituía la cláusula de extensión de la autoría que se ha denominado “actuar en lugar de otro”.⁽¹⁸⁾

Esta construcción dogmática con arraigo normativo fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron en casos de delitos especiales, ante la inexistencia de una regulación legal que permitiera responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y la imposibilidad de penar a los órganos y representantes que actuaban por ellas por carecer de la calidad especial requerida por el tipo penal.

A partir de la lectura de este artículo, ante la afirmación de la existencia de delitos especiales propios en la Ley Penal Tributaria (vgr. condición de sujeto obligado en el art. 1, entre otros, o de agente de retención en los arts. 6 y 9) y las referencias efectuadas con relación al “actuar en lugar de otro”, la conclusión que aparecía como válida es que por aquel artículo se establecía un caso especial de “actuar en lugar de otro”.

Por ejemplo, en un caso de evasión tributaria simple (art. 1) a cuyo pago se encuentra **obligada** una persona jurídica, se imputaría su comisión al directivo que haya intervenido en aquella evasión, mediante la utilización de la cláusula establecida por el art. 14. Sin embargo, por las leyes tributarias se determina que el director ostenta la calidad especial de obligado sin necesidad de recurrir al art. 14.⁽¹⁹⁾

De cualquier manera, a partir de la incorporación del segundo párrafo de este artículo, que determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas,⁽²⁰⁾ la naturaleza del primer párrafo se modifica.

En cuanto al contenido del artículo, de su redacción se distinguen los tres grupos de condiciones que deben darse para su aplicación: los modos

(18) En contra, TURANO, PABLO, “Criterios de imputación”, en *Obra colectiva derecho penal tributario*, Bs. As., Marcial Pons, 2008, t. II, pp. 867/883 y sus citas.

(19) Ver art. 6, inc. d), de la ley 11.683 (t.o. 1998).

(20) BORINSKY, MARIANO; GALVÁN GREENWAY, JUAN; LÓPEZ BISCAYART, JUAN y TURANO, PABLO, *Régimen penal tributario y previsional. Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735*, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2012.

de ejecución del hecho, las características de quien ostenta la calidad especial requerida por el tipo penal y las características de aquél a quien se transfiere aquella calidad.

3.1 | Sobre los modos de ejecución del hecho

Por aquella disposición legal se determina, como condición para la transferencia de la calidad especial de la empresa a la persona física que actuó, que el hecho se haya ejecutado “en nombre, con la ayuda o en beneficio” de aquella persona jurídica.

Que el acto sea realizado “en nombre” de la empresa supone que fue efectuado por una persona física pero actuando en representación de aquélla.

La referencia a que aquel hecho sea realizado “con la ayuda” de la empresa es un término impreciso que puede prestar a equívocos. La expresión pretende denotar el supuesto en el cual el hecho se produce sirviéndose o aprovechándose de la estructura, operaciones comerciales, etc., de la empresa. La circunstancia de que en el segundo párrafo se haga referencia a que el hecho se haga en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, parece dar mayor fundamento a esta afirmación.

Finalmente, que el hecho sea realizado “en beneficio” de la empresa es, tal vez, el caso más emblemático pues supone claramente que la evasión se ha efectuado en favor de la persona jurídica; en lenguaje, al menos, corriente: que la empresa ha evadido el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y/o previsionales. Entonces, debemos suponer que los casos anteriores se presentarían cuando la conducta prohibida se efectuó en beneficio de un tercero (persona física o jurídica) que pudo haber participado, o no, en los hechos, y en los cuales la empresa obligada hasta pudo haber sido víctima de fraude (vgr. el director que se apropió del dinero destinado al pago de tributos, ocultándoselo al fisco y a la empresa a través de maniobras engañosas).

3.2 | Sobre las características de quien ostenta la calidad especial requerida por el tipo penal

En este caso, la ley acude a una extensa referencia con respecto a la calidad que debe reunir el ente, que tiene su razón de ser en las pro-

pias leyes tributarias que asignan la calidad de “obligado” inclusive a patrimonios destinados a fines determinados⁽²¹⁾ y sucesiones indivisas.⁽²²⁾ En definitiva, será todo ente que no sea una persona física al que la ley le impute obligaciones tributarias o relativas a los recursos de la Seguridad Social.

3.3 | Sobre las características del “representante”

Según la descripción legal, para la transferencia de la calidad exigida para ser autor se requeriría que la persona física posea determinados roles dentro de la empresa. En principio, todos ellos suponen la potestad de “actuar”—con mayor o menor alcance—“en nombre” de la empresa: directores, gerentes, administradores, mandatarios, representantes o autorizados.

El fundamento radicaría en que sólo las conductas de quienes ejercen aquellas funciones podrían tener el mismo significado social que el de las personas jurídicas por las que actúan.

3.4 | Algunos casos especiales

3.4.1. El síndico y los miembros del consejo de vigilancia

El síndico es, en principio, un sujeto al que se le confía una función de fiscalización de la actividad de la empresa, orientado al control de legalidad de los actos de aquélла.⁽²³⁾ No actúa en nombre de la empresa, sino que controla los actos de quienes lo hacen.⁽²⁴⁾ Afirmación que cabe hacer extensiva a los miembros del consejo de vigilancia.⁽²⁵⁾

Las únicas excepciones en las cuales quienes ejercen aquellas funciones podrían realizar actos en nombre de la empresa serían el síndico en la

(21) Art. 5, inc. c) de la ley 11.683.

(22) Art. 5, inc. d) de la ley 11.683.

(23) Art. 294 de la ley 19.550.

(24) GÓMEZ, TERESA, “La autoría y responsabilidad profesional en materia penal tributaria”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Tributaria* 1, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, pp. 67 y 68.

(25) Art. 281 de la ley 19.550.

quiebra, pues tiene la administración de los bienes del fallido,⁽²⁶⁾ y el consejo de vigilancia, en el caso de la aprobación de actos o contratos que el reglamento de la sociedad anónima prevea como necesaria para su celebración,⁽²⁷⁾ pues en definitiva perfecciona el acto del "representante" de la empresa: sin aquél no hay expresión de la voluntad social.

3.4.2. El representante basado en un acto ineficaz

En este caso, el problema no radica en que no ejerzan actos de administración, ni siquiera que no posea el cargo requerido, sino que el acto que lo impuso en aquel rol es ineficaz. En realidad, esta referencia no hace más que reflejar un criterio establecido por la jurisprudencia comercial, a través de numerosos precedentes, en cuanto que la sociedad queda obligada frente a los terceros de buena fe por los actos que realice el mandante, cuando crea una apariencia en la atribución de las facultades invocadas, aunque sea infringiendo lo dispuesto por el estatuto social.⁽²⁸⁾

3.4.3. El administrador de hecho

La doctrina se ha preguntado sobre la posibilidad de incluir en este grupo al administrador de hecho. Particularmente en el supuesto de la cláusula del "actuar en lugar de otro". De hecho, este fue uno de los fundamentos de la modificación legislativa al antiguo art. 15 bis Código Penal español, que fue reemplazado por la fórmula contenida en el nuevo art. 31,⁽²⁹⁾ que justamente receptan aquella cláusula.

En el supuesto del art. 14 de la Ley Penal Tributaria argentina pareciera que la expresión "administrador" denota la intención del legislador de establecer un término amplio que incluya otro supuesto de personas que

(26) Art. 109 de la ley 24.522. Debe tenerse en cuenta, sobre todo, en el caso del cumplimiento de contratos pendientes de resolución (art. 144 de la ley 24.522).

(27) Art. 281, inc. c) de la ley 19.550.

(28) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala "A", "Bercovich Gregorio N c/ Dacar Export Import SA s/ ejecutivo", 08/11/1996, entre muchos otros.

(29) SÁNCHEZ, J. M. SILVA, "El actuar en lugar de otro en el Código Penal Español", en Percy García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, pp. 286/292.

actúen en nombre de la empresa además de los expresamente detallados: director, gerente, síndico y miembro del consejo de vigilancia.

En este sentido, se debe tener en cuenta que mientras que en estos últimos casos el legislador los identifica por el cargo que ocupan, por aquella expresión se indica la función. El director y el gerente son puestos que claramente suponen el ejercicio de actos de administración; por lo tanto, aquella expresión pretende denotar otras personas que realizan actos de administración o están autorizados a la realización de determinados actos en nombre de la empresa, pero no son directores, gerentes, etc. Estos no serían administradores por un acto jurídico (mandato o designación), sino por el ejercicio espontáneo de actos de aquella naturaleza (gestor de negocios) o por su designación informal.

3.5 | Sobre los actos exigidos al “representante”

El segundo requisito exigido por el art. 14, en relación a los representantes, es la intervención en el hecho de la persona física (derecho penal de acto).

4 | La responsabilidad penal de las sociedades por ilícitos tributarios

En cuanto a la segunda parte del art. 14, la reforma introducida a esta disposición acertadamente reconoce la realidad de que las empresas, organizadas de tal manera que sus políticas internas alientan la comisión de hechos ilícitos, deberían ser castigadas ellas mismas con verdaderas sanciones penales.

Así, se supera la posición tradicional que negaba la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas con fundamento en que éstas serían incapaces de acción.

Esta propuesta cuenta con el aval de la comunidad científica internacional, que sostiene la punibilidad de las personas jurídicas y la necesidad de instaurarla como forma de combatir la criminalidad de empresa. En efecto, se inscribe en la tendencia moderna, ya adoptada por otros sistemas jurídicos de otros países, que se caracteriza por el abandono del principio

societas delinquere non potest y da un giro copernicano al instaurar la responsabilidad de las personas jurídicas.

Otro acierto de la ley radica en que se evita que se aplique una pena a quien no tuvo culpabilidad o que se imponga una sanción por el hecho de otro (prohibición de la responsabilidad objetiva). En este sentido, es crucial la inclusión de la regla según la cual no puede sancionarse penalmente a una empresa si no le es reprochable a la entidad el no haber tomado todas las precauciones exigibles para impedir el delito.

Asimismo, se mantiene vigente la punibilidad de la conducta de las personas físicas que participaron en el hecho, y coloca, junto a ella, la nueva regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si se tiene presente que esas personas de existencia visible, generalmente, son directores, gerentes, representantes de la persona de existencia ideal, etc., se concluye que la ley está instaurando un régimen mixto, que establece la doble imposición de penas: a los directores que hubieran intervenido en el hecho, y, al mismo tiempo, a la entidad en nombre de la cual aquéllos habrían actuado.

Según lo que surge del debate parlamentario de la recientemente sancionada ley 26.735 hubo concordancia de opiniones de los diversos partidos políticos sobre la necesidad de incorporar las sanciones a personas jurídicas por hechos delictivos cometidos en nombre o en beneficio de las mismas, incluso en términos similares a como se previó en la Ley de Lavado de Activos de Origen Delictivo, que en la última reforma a dicha ley —por medio de la ley 26.683— se incorporó una disposición igual a la que ahora se estipula para los delitos tributarios,⁽³⁰⁾ solucionando uno de los problemas de imputación que admite la ciencia penal moderna.

No obstante, el legislador tomó en cuenta, en esta ocasión, una de las advertencias que había efectuado el Dr. Zaffaroni en su voto en el fallo *in re "Fly Machine"*,⁽³¹⁾ que consideró que la legislación nacional 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 individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, según el voto, se afec-

(30) Art. 5 de la ley 26.683 que renumera el art. 304 CP.

(31) CSJN, 30/05/2006.

tarían las garantías de igualdad, de defensa en juicio y del debido proceso. Según el citado voto, lo expresado no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo.⁽³²⁾

En el debate parlamentario de la actual modificación a la presente disposición se hizo hincapié en el ejercicio fundamental del derecho de defensa cuando se trata de sancionar a personas jurídicas, especialmente en las investigaciones penales que se llevan a cabo en las provincias, dado que la norma amplía el sujeto pasivo a las haciendas públicas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no sólo respecto de los tributos e impuestos, sino también de los recursos de la Seguridad Social. Consideró que el derecho de defensa de las personas jurídicas padece de uno de los elementos esenciales de toda defensa penal que es la indagatoria. Asimismo, dijo que no podía soslayarse el derecho que tiene todo ciudadano (y también la persona jurídica) a no autoincriminarse (art. 18 CN). Por ello, se concluyó que la disposición por la cual se dispone sancionar a personas jurídicas permitirá la aplicación de mejores procedimientos por parte del Estado nacional, pero en lo que respecta a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires habrá que adaptar los procedimientos para la persecución fiscal en cada una de las jurisdicciones.

En la Cámara de Senadores también hubo consenso sobre la necesidad de sancionar a las personas jurídicas que cometan ilícitos tributarios. Se resaltó que se trata de conductas denominadas delitos de cuello blanco, cometidas por individuos socialmente encumbrados, de quienes debería esperarse un máximo apego a las normas que estructuran la conveniencia pacífica de la sociedad donde prosperan. Por ello, consideró que estas conductas antijurídicas que se esconden, muchas veces, al amparo de la complejidad del mundo de transacciones financieras, tengan realmente sanción penal.

Lo cierto es que más allá del *nomen iuris*, las sanciones que se imponen a las personas jurídicas (penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas o consecuencias accesorias) pertenecen a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha denominado “derecho penal en sentido amplio”, es decir, sanciones que por sus características afflictivas son materia penal y, en conse-

(32) Art. 876, apart. 1 Código Aduanero.

cuencia, resultan de aplicación las garantías básicas del derecho penal. Esta garantía constitucional es un excelente antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten, sólo que con otro nombre, las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación.⁽³³⁾

Otro punto importante, a partir de la reforma en estudio que incorpora las sanciones a las personas jurídicas, es la toma de conciencia de que una parte considerable de las mayores afectaciones a las relaciones de convivencia e intereses sociales se efectivizan, en contextos complejos, como consecuencia de la intervención de organizaciones empresariales. Todo lo cual plantea el interrogante de si las conductas desplegadas, utilizando los recursos o en beneficio de estos entes, deben merecer un abordaje por parte del sistema jurídico.⁽³⁴⁾

En este marco de análisis se han expresado, en lo que constituye materia propia del derecho penal, diferentes respuestas que van desde el rechazo a la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la vez que se han desarrollado construcciones teóricas alternativas de doble imputación (a la persona física y a la persona jurídica), destacándose al respecto la obra del Dr. David Baigún.⁽³⁵⁾

Por otra parte, el profesor Righi reconoce que existen necesidades de política criminal que justificaban la adopción del principio *societas delinquere potest*, y dado que el modelo concebido para las personas físicas no permitía ser aplicado a las personas jurídicas, su punto de vista fue que era necesario delinear pautas para crear otro sistema, o en todo caso adaptar el existente a las modalidades de una corporación.⁽³⁶⁾

(33) Nieto Martín, Adán, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal". Ver texto en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf; citado por Bertaza, Humberto y Marconi, Norberto, La nueva ley penal tributaria, La ley Online.

(34) CRUZ, CARLOS; THUS, VALERIA, ET AL., "Cuestiones de imputación en el ámbito de la actividad empresarial", en Zulita Fellini (dir.), Temas de derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas, Bs. As., Grün Editora, 2004, t. I, p. 115.

(35) Ver BAIGÚN, D., La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico, Bs. As., Depalma, 2000.

(36) RIGHI, E., Los delitos económicos, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 149.

Algunos de los principales postulados de quienes admiten la culpabilidad de la empresa, a través de la Teoría de la realidad (Otto Gierke), aluden a la importancia del sujeto como determinante de la concepción de las categorías dogmáticas: las personas jurídicas tienen existencia propia distinta de sus miembros; las personas jurídicas tienen derechos y obligaciones (*universitas, corporación*) distintos de sus miembros (*singuli*) —derecho romano—; las personas jurídicas obran con voluntad; las corporaciones son entes provistos de vida a través de sus miembros y órganos (Hirsch).⁽³⁷⁾

En cuanto a la dificultad de conciliar la responsabilidad penal de la persona jurídica con la teoría jurídica del delito, Aftalión, con cita de Von Jhering señala la crítica al formalismo jurídico: “la vida no debe plegarse a los principios, sino éstos deben modelarse sobre aquélla”.

Terradillos Basoco entiende que es necesario afrontar la posibilidad de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas. Ello así, pues si los costos del principio *societas delinquere non potest* constituyen un tópico de partida al abordar esta cuestión, parece razonable admitir que serán aún mayores cuando de una delincuencia típicamente empresarial se trata. Según el citado autor, el problema actual no es pronunciarse sobre la conveniencia de revisar dicho principio, porque es innegable la mayor lesividad de las conductas protagonizadas por las personas jurídicas e inaplazable articular un sistema de reacción penal eficaz frente a ellas. El desafío consiste en romper con la resignación, meramente descriptiva del *statu quo*, y superar las dificultades de aplicación a la persona jurídica de un sistema pensado para fundamentar la responsabilidad de la persona física.⁽³⁸⁾

Según Silvina Bacigalupo, el punto central de la posición que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas es metajurídico y no jurídico: el significado que ocupa una persona jurídica en la vida social contem-

(37) Entre los principales antecedentes históricos, Kelsen (tomando como modelo el Estado y su responsabilidad por conflictos bélicos) considera que si se puede ejecutar una pena pecuniaria contra el patrimonio de una corporación por un delito cometido por aquélla significa que sus miembros responden colectivamente por un delito. El primer antecedente que sostuvo la existencia de capacidad delictiva de las corporaciones fue en el derecho romano. Ulpiano trata en el digesto la *actio de dolo malo* (acusación) contra el municipio, cuando un perceptor de impuestos engañó a una persona y enriqueció a la ciudad. Luego, los habitantes de la ciudad debían devolver lo obtenido por una acción contra el municipio.

(38) TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 69.

poránea. El sujeto es determinante de la concepción de las categorías dogmáticas (Otto Gierke y Julius Binder). El concepto de "persona" se refiere a la portación de un rol de un ciudadano que ha prestado fidelidad al derecho. Esa referencia al ciudadano es la que permite considerar que el sujeto de la imputación en modo alguno queda limitado a los sujetos individuales. El derecho penal está dirigido a los actos de personas, pero no en el sentido natural, sino como sujeto entendido en un sistema de imputación. En tal sentido, un acto colectivo adquiere significado para la ley, el significado de ser un acto imputable al colectivo, no a la suma de individuos. Luego, el concepto de culpabilidad está desligado de reproche individual. Los postulados funcionalistas permiten hoy, sin renunciar a la dogmática jurídico-penal, incluir a las personas jurídicas como sujetos de sanción. En consecuencia, según esta línea de pensamiento, el concepto de sujeto del derecho penal es redefinido a través de la **teoría de los sistemas** (sistema jurídico a través de la distinción de sistemas sociales y psíquicos) y la **prevención general positiva** (satisfacer vigencia de una norma e identidad normativa de la sociedad).⁽³⁹⁾ Gómez-Jara Diez pretende armonizar la culpabilidad jurídico penal individual y la de la empresa.⁽⁴⁰⁾ Según el citado autor, los fundamentos de culpabilidad jurídico-penal de la empresa: fidelidad al derecho como condición de vigencia de la norma (autoregulación empresarial); igualdad objetivada entre personas. Libre albedrío en la persona física es libertad de autoadministración en persona jurídica; posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma. Ello es así, pues la función de la pena a la empresa es mantener la vigencia de la norma.

Para el derecho comunitario, el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, hay que atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en función de diversas variables, a saber: la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa, el efecto para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones (Recomendación 18 (de 20/10/1988). Asimismo, el Tratado Comunidad Económica Europea,

(39) BACIGALUPO, SILVINA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 354 y 355 y ss.; BACIGALUPO, SILVINA, "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995", en E. Bacigalupo (coord.), *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 65 y ss.

(40) GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, *Culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 199 y ss.

arts. 85/6, establece Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en "defensa de la competencia" (Reglamento 17 de 06/02/1962).⁽⁴¹⁾

Las citadas pautas se emparentan de alguna forma con las que tuvo en cuenta el legislador en la actual ley al señalar que, para graduar la sanción a la persona jurídica, los jueces tendrán en cuenta el "incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica".

Ahora bien, la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica abre un abanico de posibilidades sobre cuáles son las consecuencias jurídicas a aplicar a aquéllas.⁽⁴²⁾ Al respecto, resulta insoslayable tener en cuenta el principio de culpabilidad (responsabilidad social). La pena debe producir un impacto en el patrimonio de la persona jurídica. En cambio, en las medidas de seguridad rige el principio de peligrosidad, según el cual se debe neutralizar la situación de riesgo que genera la actividad de la persona jurídica.⁽⁴³⁾

(41) En cuanto a los países que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cabe destacar: Francia (*Code Pénale* de 1992), Holanda, Dinamarca (ley 474 de 12/06/1996, art. 25-27), Irlanda, Reino Unido, Eslovenia (art. 33). Entre los países que niegan la responsabilidad penal de la persona jurídica, se encuentra la mayoría de los sistemas penales de Europa (Bélgica e Italia) y América Latina (con excepción de Argentina, por las modificaciones recientes en materia de lavado de activos y ley penal tributaria). Por otra parte, Alemania, España y Portugal imponen constitucionalmente el límite de la culpabilidad para la responsabilidad penal, pero admiten responsabilidad directa en el orden administrativo y regulan la actuación en nombre de otro (OWiG Alemana, p. 30, dec-ley 433/82 portuguesa y ley 30/1992 de 26 de noviembre española). Los países que se rigen por el sistema del *Common Law* aceptan la responsabilidad penal corporativa. Inglaterra y Estados Unidos, por razones prácticas y de política criminal, han ido introduciendo de manera progresiva, desde mediados del siglo XIX, la responsabilidad penal de las personas morales. En Estados Unidos, el tema se vincula con el de la responsabilidad estricta u objetiva y, más precisamente, con el de la responsabilidad vicariante. Actualmente, se proclama como regla la responsabilidad penal de personas jurídicas (*corporations*) y se menciona la regla de la autoridad superior (*superior agent*), es decir, la de que cabe esa responsabilidad —fuera de los casos de responsabilidad objetiva— cuando la conducta se atribuye al directorio o a un funcionario de alto nivel gerencial.

(42) BORINSKY, MARIANO y CATANIA, ALEJANDRO, "Coerción penal a las personas jurídicas", en Zulita Fellini (dir), *Temas de derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas*, Bs. As., t. I, Grün Editora, 2004, p. 317 y ss.

(43) BAIGÚN, op. cit., p. 260 y ss.

Vale reiterar que, de acuerdo a lo que establece la nueva Ley Penal Tributaria al respecto, la primera pena a imponer a la persona jurídica que tipifica la ley es la multa de dos a diez veces de la deuda verificada, cuando los "hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal". Para la imposición de dicha pena pecuniaria habrá que tener en cuenta la "acción institucional" de la persona jurídica, el "daño social causado" así como la marcha de la empresa y el empleo laboral. También hay que evitar que la multa se traslade a los precios. Habrá que tener en cuenta el beneficio ilícitamente obtenido, no sólo el capital, sí las ganancias.

Otras sanciones a la persona jurídica que prevé la ley son la "Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años"; la "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 los cinco (5) años". En esta clase de suspensiones, la norma es clara por lo que no merece mayor comentario al respecto.

Con respecto a la que puede entenderse como una de las consecuencias jurídicas más graves para la persona jurídica, se tipifica la 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. La cancelación de la personería jurídica (equivalente a la disolución en el Código Penal francés de 1992) se debe utilizar para la persona jurídica creada para cometer delitos, es decir, para la persona jurídica que desvía objeto social y que está dirigida a una actividad ilícita. Hay que tener en cuenta el daño causado y el principio de proporcionalidad. El efecto es la disolución de la sociedad.

Por su parte, la "Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere" tiene directa relación con la sanción determinada por el art. 5 de la Ley Penal Tributaria.⁽⁴⁴⁾

Por último, la "Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal" demuestra la ejemplaridad de la

(44) Art. 5. En los casos de los arts. 2, inc. c), 3 y 4, además de las penas allí previstas se impondrá al beneficiario la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años.

sanción y descalifica al grupo empresario; los medios de difusión los fija el juez; es una real agravante de la pena.

Asimismo, la ley también establece pautas generales al señalar que "Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica". Aquí, estamos en presencia de pautas para la determinación de la pena aplicadas específicamente a la persona jurídica, que complementan las fijadas por el Código Penal a través de los arts. 40 y 41.

Culmina el artículo bajo comentario señalando que "Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inc. 2 y el inc. 4". En estos casos, la medida es claramente de seguridad y no una sanción, pues como se indicó precedentemente, no se apunta a causar un impacto en el patrimonio de carácter definitivo.

5 | A modo de colofón

Así, entonces, hemos determinado que, en la reciente reforma al Régimen penal tributario, cuyo ámbito de juzgamiento es la justicia en lo penal económico y tributario, por el segundo párrafo del art. 14 de la Ley Penal Tributaria nacional, se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, responsabilidad del tipo acumulativo, pues no excluye a la de la persona física. En este marco, el primer párrafo de la citada disposición legal tiene una doble función, por un lado, establecer reglas de imputación penal para las personas físicas en el ámbito de estructuras organizadas y, por el otro, establecer quién puede con su conducta dar origen a la responsabilidad de la persona jurídica.

El presente trabajo tuvo por finalidad resultar de utilidad para abogados litigantes, magistrados y funcionarios, estudiantes y a quienes decidan adentrarse en esta particular materia del derecho penal económico, que es el derecho penal tributario, que cobra especial relevancia si tenemos en cuenta que los impuestos son el precio que pagamos por tener una sociedad civilizada.

El administrador como autor: la validez del criterio de la pertenencia del hecho

por SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA⁽¹⁾

I | Introducción

Una de las categorías más estudiadas y, a la par, de mayor complejidad conceptual es, sin duda, la autoría y la participación delictiva. La respuesta a la pregunta ¿quién de entre los intervenientes en un hecho puede ser considerado autor? ha sido objeto de innumerables estudios dogmáticos a lo largo de la historia y a buen seguro, teniendo en cuenta la constante evolución que sufre nuestro ordenamiento jurídico-penal, la continuidad del estudio de dicha categoría se sigue garantizando. Al respecto cabe destacar la introducción en el Código Penal español —en virtud de la reforma operada por la LO 5/2010— de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 bis. En dicho precepto se arbitra la responsabilidad de estos entes estableciendo un sistema de responsabilidad de *numerus clausus*, circunscrito, por tanto, a un catálogo cerrado de delitos legalmente previsto, y derogando así el principio de *Societas delinquere non potest*.⁽²⁾ El art. 31 bis consagra un modelo de heterorresponsabilidad

.....

(1) Abogada. Profesora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales. Facultad de Dret (Universidad de Barcelona).

(2) La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha derivado en una avalancha de opiniones doctrinales de diverso posicionamiento. Para una visión resumida

de la sociedad junto al de la persona física.⁽³⁾ De este modo, la responsabilidad penal de los administradores de hecho o de derecho que actúan en nombre y por cuenta de la persona jurídica no desaparece, sino que se suma a la responsabilidad del ente que representan. Lo que interesa al respecto desde la perspectiva de este trabajo es que sigue resultando ineludible una determinación, a partir de criterios delimitadores de la autoría, de la responsabilidad jurídico penal del administrador de hecho o de derecho.⁽⁴⁾

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta cualquier criterio delimitador de la autoría que se precie es la resolución, nada fácil, de las diferentes variantes casuísticas que presentan la autoría y la participación en aquellos delitos en los que el legislador ha restringido el círculo de posibles sujetos activos —delitos especiales en la terminología tradicional—. Valdría como ejemplo la tan cuestionada aceptación de la autoría mediata con la utilización de instrumento doloso no cualificado. Pero en la actualidad no sólo esta problemática pone en jaque las construcciones doctrinales en el ámbito de la autoría.

En efecto, por todos es sabido que la gran mayoría de categorías elaboradas por la Parte General del Derecho Penal han tenido tradicionalmente un anclaje en tipos delictivos que podríamos denominar “clásicos”. De este modo, los diferentes aspectos de la teoría del delito se elaboraron sobre la base de dichos tipos y adaptándose a las modalidades y dinámicas delictivas que éstos presentan. Sin embargo, el elenco de infracciones relevantes en términos jurídicos y penales ha aumentado con el devenir de los tiempos, sufriendo este sector del ordenamiento jurídico el denominado fenómeno de la “expansión del Derecho Penal”.⁽⁵⁾ En este ámbito interesan especialmente

y especialclaratoria del estado de la cuestión, ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 9na. ed., Barcelona, Reppertor, 2011, p. 189 y ss.

(3) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, 9na. ed., op. cit., p. 190 y ss.

(4) El estudio pormenorizado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas daría sin duda para la publicación de varias monografías. En este lugar únicamente quisiera manifestar mi opinión contraria a aceptar que la responsabilidad de las personas jurídicas es realmente responsabilidad penal. Recoge los argumentos que apoyan esta opinión de manera excelente ROBLES PLANAS, “Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP”, en *Revista Jurídica La Ley*, nº 7055, 2011, pp. 1/24.

(5) Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, en el que se hace mención expresa a las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada

para el desarrollo de este trabajo los delitos societarios que necesariamente deben incluirse dentro de ese fenómeno expansivo predictable del Derecho Penal actual. En estos tipos, y particularmente en el ámbito de la autoría, se aprecian especiales dificultades a la hora de aplicar criterios excesivamente restrictivos o que presenten escasa flexibilidad. Ello es debido, entre otras muchas razones, a su propia dinámica delictiva, en la que se ven implicadas una multiplicidad de personas físicas y jurídicas; a la existencia, en muchas ocasiones, de una estructura jerarquizada en la que se delegan competencias; y, cómo no, también a la cuestión de qué debe entenderse por de hecho y de derecho.⁽⁶⁾ Todos estos motivos aconsejan, en mi opinión, la adopción de un criterio delimitador de la autoría flexible y acorde a las nuevas dinámicas delictivas.

Estos motivos, entre otros, han reavivado la discusión doctrinal acerca de la conveniencia de adoptar como válida la construcción dogmática elaborada inicialmente por Claus Roxin sobre la teoría de los *Pflichtdelikte*⁽⁷⁾ y continuada, entre otros, por Günther Jakobs (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*), con relevantes aportaciones propias de su peculiar entendimiento del sistema penal.⁽⁸⁾ Ambas concepciones de los delitos de infracción de deber bien podrían ser, en principio, aplicables a aquellos delitos en los que el sujeto activo se circunscribe al administrador

vez más compleja, lo que motiva la acogida en el seno del ordenamiento jurídico-penal de nuevas formas de delincuencia. Sobre este tema ver SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA SILVIA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. ed., Madrid, 2001, p. 20, donde afirma que el fenómeno de la expansión del Derecho Penal es una característica innegable del Código Penal de 1995.

(6) Ya en otro lugar me ocupé in extenso de este tema. Ver FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Valencia, 2007, p. 277 y ss.

(7) Ver una primera aproximación en ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho Penal*, Muñoz Conde (trad.), Barcelona, Bosch, 1972, p. 45 y ss; y ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ma. ed., Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid-Barcelona, 2000, p. 387 y ss.

(8) Como introducción al sistema funcional ver, entre otras obras, JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Cancio Meliá / Feijoó Sánchez (trads.), Madrid, 1997. Especialmente sobre la vigencia de la norma a través de la sanción penal —lo que constituye un aspecto esencial en el sistema jakobiano—, ver p. 25 y ss. Asimismo, ver JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras / Serrano González de Murillo (trads.), 2da. ed., Madrid, 1995, pp. 7/70, 21/115; 29/57; y, del mismo autor, "El ocaso del dominio del hecho", en Jakobs / Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, Cancio Meliá (trad.), Lima, 2000, p. 119.

de hecho o de derecho. A diferencia de lo que ocurre con otros delitos en los que también existen restricciones en sede de autoría, parece ser que los delitos societarios pueden ser catalogados como verdaderos *Pflichtdelikte*⁽⁹⁾ —en la concepción de Roxin— o bien como delitos de “responsabilidad por competencia institucional”⁽¹⁰⁾ —en la construcción de Jakobs—.

En cualquier caso, atendiendo a una u otra teoría de los delitos de infracción de deber, la principal consecuencia que debiera asumirse es idéntica: el sujeto especialmente cualificado —es decir, el administrador hecho o de derecho— será, en todo caso, autor del delito en cuestión. En lo esencial, tal afirmación es totalmente compatible pues, desde la perspectiva de un concepto restrictivo, sólo el sujeto especialmente cualificado puede ser autor de un delito que exija tales características en sede de autoría. Lo que no puede —bajo mi punto de vista— ser admitido es el criterio a través del cual se va a determinar la responsabilidad a título de autor del sujeto especialmente obligado, cual es la mera infracción del deber —que, en el caso de los *Pflichtdelikte* “Roxin”, es un criterio que delimita la autoría, pero en el caso de los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” “Jakobs” constituye incluso el fundamento del injusto—.⁽¹¹⁾

En mi opinión, atender a la infracción del deber como único criterio que delimita, cuando menos, la autoría, por bien que garantice el respeto a la legalidad en esta sede, no atiende a los requisitos que, en el ámbito de la conducta típica, establece el delito en cuestión. Todo ello porque cualquier “causar” infractor del deber puede ser tildado como suficiente para imputar el delito a título de autor al sujeto especialmente cualificado. Es cierto que el legislador, por unas u otras razones, delimita el círculo de posibles sujetos activos en algunos delitos, pero también lo es que, en atención al mandato de certeza y determinación, delimita además la conducta que se entiende jurídico-penalmente relevante. En definitiva, no

(9) Ver ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 499.

(10) Ver JAKOBS, GÜNTHER, *Parte General*, op. cit., 23/25; 25/45 y 25/46.

(11) Ver el desarrollo pormenorizado de las consecuencias de la adopción de tales teorías en FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho*, op. cit., p. 176 y ss.; 209 y ss.; 223 y ss.

me parece de recibo una consecuencia prácticamente inevitable de las teorías (puras) de los delitos de infracción de deber: una responsabilidad quasi objetiva —responsabilidad por el cargo si se quiere— del sujeto especialmente obligado.

Además de estas objeciones, debe ponerse de manifiesto que estas teorías han provocado, en gran medida, una ruptura de los criterios delimitadores de la autoría. En efecto, tales criterios quedan perfectamente diferenciados en función de la clasificación bifronte de los tipos de la parte especial: delitos de dominio (o delitos de responsabilidad por competencia organizacional en la construcción jakobsiana) y delitos de infracción de deber (o delitos de responsabilidad por competencia institucional para Jakobs). Los criterios que delimitan la autoría en cada una de estas clases delictivas son radicalmente diferentes: dominio del hecho para los delitos de dominio e infracción de un deber para los delitos de infracción de deber. Esto supone, como es obvio, un abandono de la unidad sistemática de la autoría, en tanto que resulta imposible sostener un único criterio delimitador de la misma. El motivo es más que evidente: ambas constelaciones delictivas obedecen a fundamentos totalmente distintos —e, incluso, irreconciliables si atendemos a las construcciones puras cuales son las de Roxin y Jakobs— y así queda reflejado en los criterios que deben determinar la autoría en cada una de ellas.⁽¹²⁾

En las líneas que siguen —siempre de manera abreviada y, en ocasiones, seccionada por imperativo del espacio— se pretende poner de manifiesto la idoneidad de un criterio delimitador de la autoría cual es la pertenencia del hecho. Tal criterio se muestra —en mi opinión— lo suficientemente flexible y amplio para dar solución no sólo a los clásicos problemas de autoría en el ámbito de los delitos especiales, sino particularmente para la resolución de la problemática en este ámbito en aquellos delitos cuyo sujeto activo se reduce al administrador. La pertenencia del hecho pretende ser, a su vez, un criterio delimitador de la autoría con vocación de aplicación general —esto es, válido para cualquier clase delictiva—, recuperando así una unidad sistemática en el ámbito de la autoría.

(12) Para un análisis completo de dichas teorías ver, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, Montevideo-Buenos Aires-Madrid, 2006, p. 128 y ss.

2 | La pertenencia del hecho: concepto

En el ámbito del concepto restrictivo de autor,⁽¹³⁾ la teoría del dominio del hecho constituye, como por todos es sabido, una de las construcciones dogmáticas más consensuadas en tanto que criterio delimitador de la autoría. Sin embargo, surgen opiniones en la doctrina que, sin ser radicalmente opuestas a las principales características de la referida teoría, ponen de manifiesto algunas limitaciones derivadas de su aplicación en algunos supuestos concretos.⁽¹⁴⁾ Una de las principales carencias que presenta esta teoría es, a juicio de Mir Puig, el desconocimiento fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. Abundando en esta cuestión, Mir Puig añade que el control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor,⁽¹⁵⁾ pero no el único, y como se verá en lo sucesivo, desde el punto de vista aquí defendido, tampoco siempre el más importante.⁽¹⁶⁾

Con la finalidad última de superar las limitaciones que la teoría del dominio del hecho presenta en la delimitación de la autoría, Mir Puig desarrolla la pertenencia del hecho, criterio que adoptará como válido para constatar, en cualquier clase de delito, cuándo un sujeto puede ser calificado

(13) Parece existir, prácticamente, unanimidad en la doctrina acerca de la idoneidad del concepto restrictivo de autor cuyas principales características pueden resumirse en la posibilidad de distinguir diferentes grados de responsabilidad en la intervención de un hecho delictivo, negando la equiparación entre causación y realización del delito, amén de la sumisión al principio de accesoriedad de la participación. En este sentido, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, MIGUEL, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 407 y ss.

(14) Este sería el caso, por ejemplo, de los supuestos conocidos como utilización de "instrumento doloso no cualificado"; es decir, la utilización de un extraneus que actúa como "instrumento" en la comisión de un hecho punible, si bien lo realiza con total libertad y conocimiento del significado y alcance de su actuación. Muchas de las variantes de la teoría del dominio del hecho o similares tienen como objetivo la solución, siempre problemática, de estos casos. Así lo pone de manifiesto GÓMEZ MARTÍN en *Los delitos especiales*, op. cit., p. 328 y ss.

(15) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 8va. ed., Barcelona, 2008, p. 376.

(16) Me refiero concretamente a aquellos delitos en los que el círculo de posibles sujetos activos está legalmente delimitado. En esta clase de delitos, la existencia de otros criterios relacionados con la autoría y su obligada observancia en la delimitación de la figura del autor reducen drásticamente la importancia del dominio material o fáctico del hecho por parte del *intraneus*.

como autor. En esta teoría acuñada y desarrollada por Mir Puig lo decisivo para la imputación del hecho a título de autor es que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo;⁽¹⁷⁾ es decir, que pueda predicarse una relación de pertenencia exclusiva o compartida entre el sujeto (autor) y el hecho punible. La calificación de un sujeto como autor no es, por tanto, una mera descripción, sino que constituye una adscripción⁽¹⁸⁾ de un hecho a un sujeto. Dicha relación de pertenencia podrá ser afirmada de aquel o aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización. Sin embargo, debe destacarse que, bajo la perspectiva que ofrece la teoría de la pertenencia del hecho, la ejecución material o control efectivo del mismo (dominio material o fáctico del hecho) puede ser, a lo sumo, un criterio más que permite afirmar dicho protagonismo, pero ello no siempre será así.⁽¹⁹⁾

Para poder afirmar la relación de pertenencia entre el hecho y su autor debe comprobarse, como mínimo, que el sujeto ha (co-) causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la imputación objetiva y subjetiva del resultado. En definitiva, la relación de pertenencia presupone, cuando menos, la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia.⁽²⁰⁾ En opinión de Mir Puig, dicha relación de pertenencia puede predicarse, en primer lugar, del ejecutor material individual cuando es el único interviniente al que es imputable el tipo, porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia, y cuando concurren otros intervenientes

(17) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., p. 376.

(18) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 407, donde afirma que la imputación es adscripción a un sujeto, no descripción; argumento que bien puede aplicarse a la relación de autoría si ésta es entendida como parte u objeto de un juicio de imputación.

(19) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 376 y 377, donde expone que el criterio de dominio o control efectivo puede estar ausente en un co-causante del hecho que, a pesar de ser sujeto principal del hecho, no lo ejecuta materialmente. Éste es realizado por otro sujeto (casos de autoría mediata). También puede darse esta falta de dominio o control efectivo en supuestos en que el sujeto ejecuta sólo una parte de la ejecución o, incluso, aporta una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (coautoría).

(20) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., p. 376.

no ejecutores, porque éstos desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo en cuanto dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio.⁽²¹⁾ En segundo lugar, la pertenencia de la realización típica también corresponde al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control. El “hombre de atrás” es, en este segundo supuesto, el único interviniente en el delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo.⁽²²⁾ En tercer y último lugar, la pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito; esto es, entre los coautores.⁽²³⁾

3 | La relación de autoría como tercer nivel de imputación

Uno de los aspectos más importantes en el ámbito de la relación de autoría es, amén de establecer el criterio que determinará cuándo un sujeto puede ser calificado como autor, la ubicación de dicha relación de autoría en la teoría del delito. Pues bien, en este aspecto Mir Puig⁽²⁴⁾ ha incidido y ha manifestado una clara progresión en las ideas iniciales que conceptualizan la pertenencia del hecho. Esta evolución se materializa en el hecho de que Mir Puig califique expresamente la relación de autoría entre el sujeto y el hecho objetiva y subjetivamente imputable como una relación perteneciente a lo que él denomina un “segundo nivel de la imputación objetiva”.⁽²⁵⁾ De este modo, la imputación objetiva de segundo nivel

(21) *Ibid.*, p. 377.

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

(24) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, “Significado y alcance de la imputación objetiva...”, op. cit., p. 405 y ss.

(25) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, “Significado y alcance de la imputación objetiva...”, *ibid.*, p. 405. El autor especifica que este “segundo nivel de imputación objetiva” se entiende en la medida en que existen diversos criterios (intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría, la participación punible y participación impune, etc.) que no tienen cabida en el concepto de imputación objetiva en sentido estricto, pero en la medida en que tratan también de determinar cuándo se puede y cuándo no se puede imputar el hecho a un sujeto, cabría incluirlos en ese “segundo nivel de imputación”.

supone —tal y como indica ‘Mir’— la distribución de la imputación entre los sujetos interviniéntes y determina la conexión de autoría y la de participación, así como la imputación a la víctima.⁽²⁶⁾

Obviamente, la inclusión de la relación de autoría dentro de este segundo nivel de imputación objetiva realizada por Mir Puig presupone una clara distinción de, como mínimo, dos niveles en el ámbito de la imputación. Así lo manifiesta expresamente cuando afirma que el primero de estos niveles está referido al contenido de la imputación objetiva en sentido estricto (imputación objetiva de primer nivel). Para poder afirmar la posibilidad de imputación objetiva en sentido estricto se exige la concurrencia de una determinada relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta.⁽²⁷⁾ Por otra parte, el segundo nivel de imputación objetiva (imputación objetiva en sentido amplio) se configura dando cabida a criterios que no tienen acogida en el concepto de imputación en sentido estricto, pero que indudablemente también determinan cuándo y en qué medida se puede imputar el hecho a un sujeto.⁽²⁸⁾

Los criterios susceptibles de inclusión en este segundo nivel de imputación objetiva son, a juicio de Mir Puig, la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría y la participación punible y participación impune entre otros.⁽²⁹⁾ Debe destacarse que la inclusión de esta aparente heterogeneidad de criterios en el segundo

tación”. Sobre el análisis de la teoría de la pertenencia del hecho en casos de instrumento doloso no cualificado, ver GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano”, en *RDPC* (17), 2006, pp. 11/15.

(26) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *op. cit.*, p. 408.

(27) Mir Puig aclara que este contenido predicado de la imputación objetiva en sentido estricto, o de primer nivel, debe estar presente en los delitos de acción, tanto si son de resultado separado como si son de mera actividad. Sin embargo, matiza que en los delitos de comisión por omisión la imputación del resultado típico requiere algo distinto a la relación de riesgo —esto es, la posición de garante que debe integrar también la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel en esta clase de delitos—. Ver MIR PUIG, SANTIAGO, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *op. cit.*, p. 405. Para un análisis exhaustivo de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva ver MIRÓ LLINARES, FERNANDO, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como participe en el delito*, Barcelona, Atelier, 2009, especialmente p. 99 y ss.

(28) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, *op. cit.*, p. 405.

(29) *Ibid.*

nivel de imputación objetiva no es aleatoria ni gratuita, antes al contrario. La agrupación de estos diversos criterios en un segundo nivel de imputación se fundamenta en el hecho de que todos ellos obedecen a una idea o nexo común. Según Mir Puig, la distribución de la imputación entre sujetos mediante la delimitación de sus esferas de responsabilidad es la idea que subyace a todos aquellos criterios que según este autor pueden incluirse en el ámbito de la imputación objetiva en sentido amplio (o de segundo nivel).⁽³⁰⁾

Esta idea de delimitación de esferas de responsabilidad se manifiesta de manera incuestionable en lo que a la relación o determinación de la autoría se refiere. En efecto, una vez evidenciada y constatada la relación de riesgo entre la conducta y el resultado (realización del riesgo en el resultado), la cuestión es concretar quién (o quiénes) de entre los distintos sujetos que conforman dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y en qué medida. Pues bien, de todos los intervenientes en el hecho que crean el riesgo realizado en el resultado sólo será calificado como autor aquel sujeto que ostente con el hecho una relación que permita imputárselo como suyo. Es decir, para la imputación de un tipo de autoría no bastará la relación de riesgo, sino que hace falta, además, la relación de pertenencia a título de autor.⁽³¹⁾

Con esta afirmación Mir Puig pone de manifiesto que, para la determinación de la autoría, es necesario, en primer lugar, la constatación de la relación de imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel, y posteriormente, el análisis del segundo nivel de imputación. Este segundo nivel de imputación informado por la idea de responsabilidad permitirá o no afirmar si el hecho, que a priori puede imputarse objetivamente a un determinado sujeto, le pertenece y si puede, por tanto, predicarse de dicho sujeto la cualidad de autor. Así las cosas, si la relación de autoría se halla inserta en un segundo nivel de imputación orientado principalmente por la idea de delimitación de esferas de responsabilidad, parece factible sostener que la pertenencia del hecho como criterio delimitador de la autoría está necesariamente unido a la idea de responsabilidad y que dicho criterio es parte u objeto de un juicio de imputación.⁽³²⁾ Debe

(30) *Ibid.*, p. 406.

(31) *Ibid.*

(32) Así también lo advierte José Ulises Hernández Plasencia. Ver HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U., "Imputación objetiva versus dominio del hecho", en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo*

ponerse de manifiesto que, aunque tal concepción de la autoría es compartida también por otros autores,⁽³³⁾ Mir Puig la entiende —tal y como ya se ha señalado— comprendida en un segundo nivel de imputación. Ello implica necesariamente que, de manera previa a la determinación de la relación de autoría, debe comprobarse la imputación objetiva en sentido estricto —esto es, la efectiva realización del riesgo en el resultado— y, de manera alguna, podrá aceptarse —desde el punto de vista esgrimido por Mir Puig— la alteración en este orden.⁽³⁴⁾

Llegados a este punto estimo oportuno plantear las siguientes cuestiones: ¿es necesario el análisis de la imputación subjetiva para poder establecer la relación de pertenencia entre el hecho y el autor?, ¿pasaría, por tanto, a un tercer lugar la determinación de la relación de autoría tras la comprobación de la imputación objetiva y posteriormente la subjetiva?, ¿está incluida ya en la imputación en sentido estricto tanto la perspectiva objetiva como la subjetiva? Estas preguntas pretenden cuestionar y, a su vez, poner de manifiesto cuál es la importancia del ámbito subjetivo en la imputación de un hecho a su autor. Pretenden, en definitiva, acometer la nada pacífica cuestión de la imputación subjetiva y, en concreto, precisar si ésta debe quedar ubicada con anterioridad o posterioridad a la determinación de la

siglo, Madrid, LH-Cerezo Mir, 2002, p. 746. Veáse también la posición, parcialmente diferente, de CORCOY BIDASOLO, MIRANTXU, en *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuals*, Valencia, 1999, pp. 319/320, en donde hace referencia a la coincidencia entre el dominio funcional del hecho típico y la competencia en la esfera de organización.

(33) Ver HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, "Imputación objetiva versus dominio del hecho", *op. cit.*, pp. 746/748. Hernández Plasencia agrupa, como afines también a esta idea (la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación) a diversos autores como Gómez Benítez, Luzón Peña, Jakobs y Bloy. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien comparten dicho concepto de autoría como imputación, no todos ellos lo entienden en igual medida.

(34) En contra, entre otros, LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", en ADPCP (III), 1989, pp. 891/892. Este autor expone que, antes de preguntar si un resultado típico puede imputarse a una acción típica, hay que aclarar si verdaderamente ésta es una acción de autoría; es decir, afirma que el examen de la autoría debe ser previo al de la imputación objetiva del resultado. Asimismo, pone de manifiesto que la determinación de la autoría con carácter previo evitaría, en muchos casos, el examen de la imputación objetiva del resultado, pues eliminaría algunos de los problemas que actualmente se analizan en este ámbito. Este sería el caso de la participación en el que los criterios de imputación objetiva del resultado al partícipe pueden no tener el mismo alcance que si se tratara de imputar objetivamente el resultado como obra suya al autor, o sobre todo —como indica Luzón—, dado que puede carecer de sentido discutir si hay o no imputación objetiva en casos en los que, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, ésta sea impune si el hecho principal también lo es (casos de autolesión, por ej.).

relación de autoría. Pues bien, la respuesta a dicha cuestión depende de la importancia que se otorgue tanto a los elementos subjetivos como a su incidencia en la imputación de un hecho a un determinado sujeto.

Parece acertado sostener que el derecho penal no pretende desvalorar hechos meramente objetivos sino que, por el contrario, la norma jurídico-penal desvaloriza hechos que en su conjunto son típicos; esto es, objetiva y subjetivamente típicos. La concurrencia de los diferentes elementos objetivos del tipo resulta tan necesaria como la comisión —u omisión— dolosa o imprudente de dichos elementos, pues el aspecto subjetivo es legalmente indispensable en la determinación de la tipicidad de una concreta conducta. Por otra parte, resulta también evidente que la imputación de un hecho a título de autor debe serlo de un hecho típico, de un hecho objetiva y subjetivamente típico.⁽³⁵⁾ Sentado lo anterior —esto es, que el elemento subjetivo es indispensable para afirmar la tipicidad de una conducta y que sólo pueden imputarse a un sujeto acciones típicas—, sólo queda concluir que la relación de autoría no puede estar vinculada única y exclusivamente a la parte objetiva de los tipos penales, sino sólo a aquellos hechos que están conectados con un específico contenido de la voluntad del sujeto,⁽³⁶⁾ resultando inoperante la imputación de hechos meramente objetivos sin tener en cuenta su conexión con el contenido de la voluntad del aquél.⁽³⁷⁾

En definitiva, la argumentación aquí expuesta defiende la necesidad de establecer la relación de autoría en la medida en que el hecho se manifieste ya como objetiva y subjetivamente típico. Ello implica que dicha relación de autoría no pueda referirse únicamente a la parte objetiva del tipo

(35) En este sentido, ver CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2da. ed., Bs. As., 2005, pp. 327/328. El autor afirma que, para que un riesgo tenga relevancia típica, es necesario que sea doloso o imprudente.

(36) Ver HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, "Imputación objetiva versus dominio del hecho", *op. cit.*, p. 748.

(37) Ver CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, *op. cit.*, pp. 327/328 y 595; HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, "Imputación objetiva versus dominio del hecho", *op. cit.*, p. 748. El autor expone ya con anterioridad esta misma idea en HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, pp. 137/136. Allí afirma que la autoría opera como centro de imputación de hechos integrados, por el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos que convierten la lesión del bien jurídico en típica.

pues, en este caso, se imputaría un hecho a un sujeto que todavía carece de la concreción de una parte del tipo: el aspecto subjetivo.

Admitido que la imputación de un hecho a su autor debe serlo por la previa concurrencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo —es decir, si se acepta que la autoría se predica de los hechos típicos en toda su extensión—, no parece descabellado afirmar que la determinación de la autoría se encuentra situada, no ya en un segundo nivel de imputación, sino en el tercer nivel de imputación. En efecto, acorde con los argumentos aquí esgrimidos, el primer nivel de imputación correspondería a la imputación objetiva en sentido estricto, el segundo nivel se correspondería con la determinación del tipo subjetivo (imputación subjetiva) y, finalmente, tras el análisis de los dos niveles precedentes, procedería determinar la relación de autoría, situada ahora —insisto— en un tercer nivel de imputación.⁽³⁸⁾

El último interrogante formulado suscitaba la cuestión de si la imputación subjetiva puede entenderse ya incluida en la imputación objetiva en sentido estricto. Tal y como se ha expuesto, la imputación objetiva en sentido estricto (de primer nivel) comprende únicamente la comprobación de la realización del riesgo en el resultado, obviando el aspecto subjetivo de dicha conducta, lo que obligaría a responder negativamente a dicha pregunta. Sin embargo, debe matizarse que, tal y como indica Mir Puig, la distinción entre la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo es relativa. Esta necesaria ausencia de rigidez en la diferenciación entre ambas partes de las que consta el tipo se evidencia en la medida en que la parte objetiva depende, obviamente, también de elementos subjetivos, como son el conocimiento que tiene el sujeto de la situación y la intención por él

(38) De especial interés me parece en este punto la propuesta elaborada por Corcoy Bidasolo que propone la imputación del resultado típicamente relevante únicamente tras haber determinado tanto el tipo objetivo como el subjetivo, así como la relación de autoría. De este modo, la imputación objetiva y subjetiva —que, forzosamente, deben ir unidas para determinar la tipicidad de la conducta— quedaría situada en primer lugar. En segundo lugar, se procedería a la determinación de la relación de autoría, también como juicio de imputación. Finalmente, tras la comprobación de lo anterior, procedería la imputación del resultado. Ver CORCOY BIDA-SOLO, MIRANTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, op. cit., passim. En sentido similar, ver FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, 2004, p. 47 y ss. Con interesantes matizaciones al respecto, ver también la postura de ROBLES PLANAS, RICARDO, "Conducta típica, imputación objetiva e injusto, penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo", en Frisch, Wolfgang y Robles Planas, Ricardo, *Desvalorar e imputar*, Barcelona, 2005, p. 71 y ss.

manifestada. Esto obliga, por tanto, a tener en cuenta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo a pesar de mantener dicha división que debe entenderse, indefectiblemente, de forma flexible.⁽³⁹⁾ Ahora bien, aun aceptando la existencia de una relación o interdependencia entre lo objetivo y lo subjetivo del tipo, ello no significa, bajo mi punto de vista, que en el análisis de la imputación objetiva de primer nivel se incluya forzosamente el de la imputación subjetiva en toda su extensión.

Lo anterior confirmaría la hipótesis apuntada más arriba: habida cuenta de la necesaria comprobación de la imputación objetiva en primer lugar y, en segundo término, de la imputación subjetiva para conformar en su totalidad un hecho típico que imputar a un sujeto como autor, ésta última comprobación de la relación de autoría pasa, ineludiblemente, a ocupar el tercer lugar o bien, en la media en que se conciba la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación normativo —tal y como aquí se defiende—, a un tercer nivel de imputación.

4 | El contenido de la pertenencia del hecho: criterios materiales

En cualquier criterio delimitador de la autoría que se precie, resulta imprescindible, además de utilizar una nomenclatura u otra para calificarlo, dotar de contenido su formulación para contar con suficientes criterios materiales que nos permitan el análisis exhaustivo de cada supuesto de hecho. Así, la afirmación de la concurrencia de todos ellos permitirá establecer la relación de autoría de manera satisfactoria.

Por este motivo resulta ineludible analizar cuáles son los criterios que pueden subyacer a la pertenencia del hecho y permitirán concretar la responsabilidad del autor por el hecho punible. Es cierto que la construcción dogmática de la teoría de la pertenencia del hecho —tal y como se concibe inicialmente por Mir Puig— no alude expresamente a la existencia de dichos criterios a los que aquí me referiré, pues en su fundamento teórico se acude a la pertenencia del hecho, al protagonismo del autor o a su

(39) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., p. 236; en sentido similar, CORCOY BIDASOLO, MIRANTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, op. cit., p. 430.

cualidad de sujeto principal⁽⁴⁰⁾ como elementos determinantes en la imputación de un hecho a su autor. Ahora bien, entiendo que tras el análisis de esta formulación y de la ubicación de la relación de autoría en la teoría del delito pueden deducirse otros elementos que, en función de la clase delictiva ante la que nos encontramos, coadyuvarán en la conformación de la relación de pertenencia entre hecho y autor.

4.I | La competencia y el dominio

Como se ha indicado, la autoría —entendida como una relación de pertenencia entre hecho y sujeto— puede entenderse incluida en una tercera línea de imputación con la que se pretende delimitar esferas de responsabilidad. Siendo esto así, no parece haber obstáculo alguno para afirmar que el criterio de la pertenencia debe tener como principal objetivo constatar la responsabilidad del sujeto en el hecho punible. Es por ello que la idea de responsabilidad debe estar presente e informar el proceso mediante el cual se determina la relación de autoría en un determinado delito. Dicho de otro modo, debe comprobarse si el sujeto puede ser titulado de “responsable” en referencia a ese riesgo típicamente relevante; es decir, a aquel riesgo que es ya objetiva y subjetivamente típico.

En esta misma línea argumentativa, y con la intención de concretar la idea de pertenencia —indefectiblemente unida a la de responsabilidad—, no me parece desdeñable acudir al concepto de competencia.⁽⁴¹⁾ Tal concepto nos puede orientar a la hora de determinar cuándo puede predicarse la pertenencia de un hecho relevante en términos jurídicos y penales a un determinado sujeto. El criterio de la competencia sería de gran utilidad, por tanto, para delimitar aquel ámbito en el que el sujeto (posible autor) posee una especial responsabilidad con respecto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. La responsabilidad sobre el riesgo típicamente relevante podrá acordarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, si la evitación de di-

(40) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 376/ 377.

(41) Ver JAKOBS, GÜNTHER, “El ocaso del dominio del hecho”, op. cit., p. 87 y ss. El autor desarrolla de manera muy convincente el concepto de competencia, en tanto que criterio que debe corroborarse en todo caso para determinar la posible autoría de un sujeto. Afirma este autor que “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social”. En sentido similar, ver del mismo autor *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., 21/35.

cho riesgo se encuentra inmersa en el ámbito de competencia del sujeto. Lo que se pretende, en definitiva, es entender el criterio de la responsabilidad como delimitación de esferas donde el sujeto es competente.⁽⁴²⁾

Ahora bien, el criterio de la competencia no puede aportar por sí solo la “información” necesaria para determinar cuándo un sujeto puede ser calificado autor de un hecho objetiva y subjetivamente típico. En mi opinión, dicho criterio debe ser necesariamente coadyuvado por otros que faciliten perfilar la relación de pertenencia. Veamos si el criterio del dominio puede ser válido en este ámbito.⁽⁴³⁾

Tal y como indica Mir Puig, la relación de pertenencia —con todo lo que ello implica— corresponde al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito, al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control y, por último, se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito.⁽⁴⁴⁾ Afirmando la existencia de tal relación en estos supuestos, no cabe la menor duda de que Mir Puig no rechaza —mejor dicho, no puede rechazar— el dominio —“control material”, en sus palabras— como uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Un ejemplo evidente es el caso de autoría directa individual. En este supuesto no puede negarse la pertenencia del hecho al sujeto cuando lo domina de facto pues se convierte en el protagonista o sujeto principal; el hecho aparece como suyo. Sin embargo, el dominio ni es suficiente ni siempre necesario.⁽⁴⁵⁾

(42) El criterio de la competencia utilizado por Jakobs despliega su eficacia en las diferentes modalidades de comisión delictiva tanto en los, por él denominados, delitos de “responsabilidad, por competencia organizacional” y en los delitos de “responsabilidad, por competencia institucional”. Ver JAKOBS, GÜNTHER, “El ocaso del dominio del hecho”, op. cit., p. 92 y ss. Ya analicé de un modo más extenso esta construcción doctrinal en FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, op. cit., p. 200 y ss.

(43) El criterio de la competencia utilizado por Jakobs despliega su eficacia en las diferentes modalidades de comisión delictiva tanto en los, por él denominados, delitos de “responsabilidad, por competencia organizacional” y en los delitos de “responsabilidad, por competencia institucional”. Ver JAKOBS, GÜNTHER, “El ocaso del dominio del hecho”, op. cit., p. 92 y ss. Ya analicé de un modo más extenso esta construcción doctrinal en FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, op. cit., p. 200 y ss.

(44) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., p. 377.

(45) Tal sería el caso de la utilización de instrumento doloso no cualificado. En estos casos la teoría de la pertenencia del hecho se muestra mucho más flexible. El criterio de la

Abundando en esta cuestión, entiendo que el dominio al que se ha hecho referencia debe verse como un criterio a tener en cuenta para afirmar la pertenencia del hecho al autor no sólo por otorgar protagonismo al que lo ostenta, sino también por la situación en la que, en ocasiones, coloca al sujeto activo frente al bien jurídico protegido. El control o dominio sobre el hecho posibilita al sujeto que lo ejerce un fácil acceso al bien jurídico protegido —esto es, lo posiciona en una situación privilegiada en cuanto a la posibilidad de lesionarlo—; lesión que debe entenderse, claro está, desde la perspectiva de la relevancia jurídico-penal. De este modo se pondría de relieve la íntima relación que debe existir entre la autoría y la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido. Dicha relación vendría a confirmar que sólo puede ser atribuida la cualidad de autor a un sujeto en la medida en que éste pueda lesionar —desde una perspectiva jurídica y penalmente relevante— el bien jurídico-penal, tras comprobar previamente la posibilidad de imputarle objetiva y subjetivamente el hecho. Si bien el dominio o control del hecho puede ser uno de los criterios que otorguen esta posibilidad de lesión del bien jurídico protegido —y permita, por tanto, calificar al sujeto que lo ejerce como autor—, quizá este criterio no baste para algunos tipos delictivos en los que el acceso a dicho bien jurídico se supedite a la concurrencia de determinadas características en sede de autoría.

pertenencia permite afirmar la autoría del intraneus que adopta la postura del hombre de atrás, aun admitiendo que dicho sujeto no domina o controla el hecho. En estos supuestos, el criterio del dominio puede “relajarse”, e incluso materialmente desaparecer y, no obstante ello, se puede seguir afirmando la autoría del intraneus. Esto será posible sólo en la medida en que concurra tanto la especial cualificación del sujeto como la posibilidad de imputarle objetiva y subjetivamente el hecho. En estos casos, a los sujetos especialmente cualificados les compete un especial deber de salvaguarda con respecto a determinados bienes jurídicos, lo que les coloca frente a éste en una situación de tal proximidad que le permite lesionarlo, y todo ello con independencia de que materialmente domine el hecho. En este sentido, ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., p. 384: a propósito de un ejemplo de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP) afirma que, para los casos de utilización de instrumento doloso no cualificado, la comprobación de la imputación objetiva del resultado —esto es, la realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del sujeto de atrás (*intraneus*)—, constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor. Si a esta circunstancia se le añade la posibilidad de imputar también subjetivamente el hecho a dicho sujeto no puede negarse la autoría del intraneus (“ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputarle el hecho como suyo”). Ver también el análisis de esta cuestión en GÓMEZ MARTÍN, VICTOR, *Los delitos especiales*, op. cit. 379/388, que se posiciona a favor de la aceptación del criterio de la pertenencia del hecho en estos casos.

4.2 | El acceso al bien jurídico

Una de las aportaciones más destacables,⁽⁴⁶⁾ a mi juicio, en el ámbito del análisis de la autoría en aquellos delitos que presentan restricciones en sede de autoría —o delitos especiales en la terminología tradicional— es la importancia otorgada a la relación entre la autoría y la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido.⁽⁴⁷⁾ Este criterio es, en mi opinión, no sólo esencial en lo relativo a los delitos especiales, sino también en los delitos comunes. De todos es sabido, que el derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que, por su importancia, pueden merecer la protección del derecho se denominan “bienes jurídicos”. Así las cosas, se afirma que el derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”.⁽⁴⁸⁾

La intervención penal se justifica por su función de protección de la sociedad mediante la evitación de lesiones o puestas en peligro de dichos bienes jurídicos —en concreto, de aquellos que merezcan ser calificados como bienes jurídicos-penales—.⁽⁴⁹⁾ Si se pretende evitar la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos, parece obvio que deba castigarse únicamente a aquellos sujetos que ostenten la posibilidad de lesionarlos o ponerlos en peligro; en definitiva, a aquellos sujetos con posibilidad de acceso al bien jurídico.

(46) Me parece de especial interés destacar las construcciones doctrinales de Schünemann, “dominio sobre el fundamento del resultado”, como criterio de delimitación de la autoría en cualquier clase delictiva. Sobre el alcance de este criterio delimitador de la autoría ver, entre otras obras del autor, SCHÜNEMANN, BERND, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen 1971, p. 231 y ss. y, *passim*; Idem., “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común, para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, Sacher (trad.), en *LH*, Pamplona, Rodríguez Mourullo, Pamplona, 2005, p. 993. Y también el “dominio social” de Gracia Martín. Ver, entre otras obras del autor, GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal (I) Teoría general*, Zaragoza 1985, p. 350 y ss.; GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una actuación en lugar de otro”, en *LH*, Madrid, Tiedemann, 1995, p. 100 y ss.

(47) Sobre la crucial importancia de este concepto, ver, entre otros DEICHMANN, GRENZFÄLLE DER SONDERSTRAFTAT, *Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere, persönliche Merkmale bei den Aussage - und Verkehrsdelikten*, Berlín, 1994, pp. 26/27.

(48) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, op. cit., p. 128.

(49) Sobre la diferenciación entre bien jurídico y bien jurídico-penal ver MIR PUIG, SANTIAGO, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius, puniendo”, en *EPC* (XIV), 1991, p. 202 y ss.

Esta posibilidad de acceso es, en ocasiones, factible para cualquier sujeto, es el caso de los delitos comunes en los que el legislador no establece limitación alguna del círculo de posibles sujetos activos —ni de manera expresa ni a través de la descripción de la conducta típica—. Ahora bien, existen otra clase de delitos en los que sólo determinados sujetos, o ellos de manera especialmente peligrosa, pueden lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico. Precisamente por este motivo el círculo de posibles sujetos activos en esta constelación delictiva queda legalmente restringido a los que de este modo, especialmente peligroso, pueden actuar —esto es, a sujetos que reúnen determinadas condiciones, cualidades o relaciones—. Es el caso, obviamente, de los delitos especiales.

De lo anteriormente expuesto puede deducirse una íntima relación entre la autoría y el acceso al bien jurídico protegido: la posibilidad de ser sujeto activo de un delito depende, entre otras cosas, de las posibilidades de lesionarlo o ponerlo en peligro. Ahora bien, la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico que el tipo penal pretende proteger debe verse como un criterio necesario pero no suficiente para la determinación de la autoría. Ello significa, también en el caso de los delitos especiales, que dicha posibilidad de lesión o puesta en peligro no debe existir sólo formalmente, sino que debe ser materialmente factible. No basta, pues, con ostentar un determinado status o condición para ser calificado como autor de un delito especial, sino que ello debe materializarse en el ejercicio o desarrollo de una concreta función.⁽⁵⁰⁾ A través de la realización efectiva de esta función, el intraneus debe controlar el ámbito de responsabilidad que de él depende y en el que está implicado el bien jurídico protegido. Únicamente de este modo se evitará la posibilidad de castigar como autor a quien ostente, sólo de manera formal, el status exigido por el tipo.

Estar en posesión de un concreto status es, efectivamente, un indicio —o *ratio cognoscendi*— de que dicho sujeto podría estar en condiciones de acceso al bien jurídico protegido. Ahora bien, este indicio debe confirmarse como una posibilidad real de lesión o puesta en peligro. Ello se dará en la medida en que, a través del ejercicio efectivo de la función que su status requiere, ostente el control del ámbito de responsabilidad o competencia que le concierne. En este ámbito es muy factible que, a pesar de

(50) En un sentido similar, ver GRACIA MARTÍN, Luis, *El actual en lugar de otro (I)*, op. cit., p. 365.

que un sujeto cumpla formalmente con los requisitos típicos exigidos por el delito especial en sede de autoría, no pueda predicarse de tal sujeto un verdadero control de su ámbito de responsabilidad y, todo ello, puesto que materialmente no ejerce la función propia de su *status*.⁽⁵¹⁾

5 | La pertenencia del hecho como punto de partida

Sentado lo anterior, la cuestión ahora es concretar las siguientes preguntas: ¿cuándo puede determinarse una relación de pertenencia entre un hecho y un sujeto? ¿Cuáles son los criterios que permiten afirmar la existencia de dicha relación? Pues bien, en mi opinión, puede afirmarse que el principal criterio al que debe atenderse para determinar la relación de pertenencia entre el hecho y el autor es, precisamente el acceso, rector, la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido por parte del sujeto al que objetiva y subjetivamente puede imputársele el hecho en cuestión. Este será, por tanto, el primer indicio a través del cual emprender el estudio acerca de la existencia o no de relación de autoría; es decir, de relación de pertenencia entre hecho y autor.

Como ya se ha mencionado, en los denominados delitos comunes, el acceso al bien jurídico no está limitado a sujetos especialmente cualificados. En esta constelación delictiva, cualquiera está en disposición de acceder al ámbito donde se encuentra ínsito el bien jurídico que la norma pretende proteger a través de la tipificación del delito. Este motivo puede ser entendido como una de las razones por las cuales el legislador no establece, en estos tipos, limitación alguna en sede de autoría. Sin embargo, también en esta clase de delitos no basta con un mero acceso formal al bien jurídico protegido, sino que ello debe materializarse en una posibilidad efectiva o material de lesionarlo o ponerlo en peligro.

Precisamente por este motivo —es decir, por la teórica posición idónea de cualquier sujeto para acceder al bien jurídico— debe buscarse un criterio

(51) Tal podría ser el caso de un mero testaferro a través del cual se gobierna una empresa. A pesar de que este sujeto debiera ser considerado “administrador de derecho” —por reunir su nombramiento las características legalmente requeridas—, difícilmente podría afirmarse que ejerce las funciones propias de su *status*.

que permita concretar, de entre todos ellos, aquel del que se puede predicar la pertenencia del hecho jurídico-penalmente relevante. En definitiva, se trata de identificar al sujeto al que puede atribuirse el hecho como suyo. En estos casos, no me parece desdeñable acudir al criterio del dominio como factor coadyuvante en la delimitación de la autoría. Ahora bien, este dominio debe darse en un ámbito de responsabilidad o competencia propia del sujeto pues, sólo de este modo, el acceso al bien jurídico de éste se revela como verdaderamente factible y deja de ser una posibilidad simplemente teórica.

En los delitos especiales, en cambio —al menos en los que se reduce la autoría a la figura del administrador de hecho o de derecho—, el ámbito en el que se halla el bien jurídico protegido por la norma deviene de acceso limitado a aquellos sujetos que ostentan un determinado *status*. En estos casos, podría presumirse que dichos sujetos, precisamente por el dato objetivo de su especial cualificación, controlan el ámbito propio de su responsabilidad. Ahora bien, dicho dato formal no puede, en absoluto, ser suficiente.

Al igual que sucediera en los delitos comunes, será imprescindible la comprobación de que ese supuesto acceso al bien jurídico pueda materializarse efectivamente. Ello será factible en la medida en que el sujeto ejerza realmente una función propia de su *status*. De este modo, el dato meramente formal de la especial cualificación del sujeto se ve completado por un criterio material que permite afirmar que el sujeto no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real al mismo; es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo o ponerlo en peligro por el hecho de ejercer las funciones propias de su *status*.⁽⁵²⁾

En relación a la función que debe ejercer el sujeto especialmente cualificado de manera efectiva, entiendo que debe caracterizarse como una función esencial o relevante. En efecto, no cualquier función propia del *status* puede ser suficiente para afirmar una posibilidad real de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Entiendo que únicamente aquellas que forman el núcleo

(52) Resulta interesante destacar en este punto el estudio que realiza de esta cuestión ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona, 2003, p. 240 y ss. Después de un exhaustivo análisis de las diferentes, posturas doctrinales, Robles desarrolla su, particular entendimiento de los "delitos de, posición" en los que el criterio esencial deviene, precisamente, la posición especial que asume el sujeto activo y no una mera cualificación formal.

principal propio del ámbito de responsabilidad son válidas como criterio material para afirmar el acceso al objeto de protección por parte del sujeto que las ejerce. Todo ello puesto que son precisamente éstas las que con mayor facilidad pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Dicho de otro modo: el bien jurídico se encuentra en una posición de máxima vulnerabilidad ante aquellos sujetos que ejercen las funciones esenciales propias del ámbito de responsabilidad en el que se encuentra inmerso.

La postura expuesta en relación a los criterios que permiten afirmar la pertenencia de un hecho puede resumirse del siguiente modo: acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad (o competencia) del sujeto. Ahora bien, como ya se dijo, el criterio del dominio como *quantum*⁽⁵³⁾ de aportación del sujeto no es en absoluto desecharable.⁽⁵⁴⁾ Por este motivo, cuando haya más de un sujeto en la misma posición de idoneidad para poder lesionar o poner en peligro el bien jurídico —precisamente por ejercer una función relevante en su ámbito de responsabilidad— podrá tenerse en cuenta el criterio del dominio⁽⁵⁵⁾ para poder discernir, de entre todos los intervenientes que pueden acceder de igual modo, a cuál de ellos le pertenece el hecho no pudiéndole disputar los demás dicha pertenencia.

Desde la perspectiva de este trabajo se acepta el criterio del acceso al bien jurídico como esencial, siendo este concepto dotado de contenido por la idea del ejercicio de una función en el ámbito de responsabilidad propio del sujeto. También se ha optado por la utilización de la terminología utilizada por Mir Puig: la pertenencia del hecho. Pues bien, este aspecto puede verse simplemente como una cuestión de “etiqueta” bajo la cual se aúnan diferentes criterios utilizados ya, como es obvio, desde distintas

(53) Esto es, como cuestión cuantitativa. En este sentido ver JAKOBS, GUNTER, “El ocaso del dominio del hecho”, op. cit., p.118.

(54) Así lo entienden, incluso, autores que aunque se sitúan a favor de la teoría de la infracción de un deber exigen otros criterios para poder determinar la autoría del especialmente obligado. De este modo, sólo podría ser autor aquel sujeto especialmente obligado que infrinja el deber dominando el hecho. Ver OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, en Jura, 1987, p. 257; OTTO, GRUNDKURS STRAFRECHT. Allgemeine Strafrechtslehre, 7ma. ed., Berlín, 2004, 21/107, p. 310, donde afirma que el dominio de hecho no es suficiente en la autoría de los delitos especiales.

(55) En parecidos términos, ver OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, op. cit., pp. 247/257.

concepciones de la autoría. Sin embargo, entiendo que calificar el criterio que debe definir la autoría como pertenencia del hecho representa de manera terminológicamente correcta el verdadero significado de adscripción o imputación que conlleva la relación de autoría entre el hecho y el sujeto. Lo que se pretende es utilizar una nomenclatura correcta que, en la medida de lo posible, sea lo suficientemente plástica para abarcar todos aquellos criterios materiales que la dotan de significado. Tal es el caso de la expresión “pertenencia del hecho”.

El concepto de pertenencia, a su vez, dota de unidad sistemática en el ámbito de determinación de la autoría, pues se puede predicar esta relación entre hecho y autor tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales. Si bien es cierto que existirían algunas pequeñas diferencias entre ambas constelaciones delictivas, dicho concepto de la pertenencia se dota de contenido a través de criterios en absoluto contradictorios sino, por el contrario, homogéneos. En ambos casos se tendrá en cuenta la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido por parte del autor, así como el ámbito de responsabilidad o competencia donde el sujeto ejerce sus funciones.

6 | La idoneidad de la pertenencia del hecho: vuelta a una unidad sistemática

Para concluir, podría resumirse la argumentación expuesta hasta el momento del siguiente modo: la delimitación de la autoría constituye un juicio de adscripción que debe ubicarse en un tercer nivel de imputación, tras la comprobación de la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente el hecho. Así mismo, el criterio a adoptar en dicha delimitación es la pertenencia del hecho concretada en la posibilidad de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.

Tal y como se ha definido, la teoría de la pertenencia del hecho, ciertamente puede convenirse en que ésta se manifiesta como un concepto o criterio delimitador de la autoría amplio y flexible. Ahora bien, entiendo que dicha laxitud no debe verse como un aspecto negativo, antes al contrario, constituye una de las principales virtudes aportadas por la dicha teoría. En primer

lugar, ello permite manejar un criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor válido para cualquier clase de delito —tenga éste o no restricciones en sede de autoría—. En segundo lugar, entiendo que este criterio delimitador, debido precisamente a su flexibilidad, permite una mejor adecuación a la dinámica delictiva y a las singularidades que presentan, entre otros, los delitos en los que la figura del administrador de hecho y de derecho adquiere especial relevancia en el ámbito de la autoría y la participación —como son, por ejemplo, los delitos societarios—.

Por todos es sabido que algunas construcciones doctrinales, en el intento de solucionar determinados problemas en el ámbito de la autoría y la participación, han construido diferentes criterios delimitadores de la autoría en función de la clase delictiva analizada. Este es el caso, por ejemplo, de las construcciones dogmáticas de Roxin (*Pflichtdelikte*) y Jakobs (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*). Dichas teorías desembocan en una inevitable —e indeseada— ruptura de la unidad sistemática de la autoría pues, obviamente, el concepto de autor depende de la previa clasificación del delito que pretende ser imputado.⁽⁵⁶⁾

Pese a ello, no deben olvidarse los esfuerzos por parte de estos mismos autores por buscar un “supra-concepto” que englobe ambos criterios de delimitación de la autoría, aparentando así mantener la unidad a la que ahora hacemos referencia. En el caso de Roxin, bajo el concepto de la “figura central”, característica que se puede predicar de todo autor con independencia de la clase de delito imputado, se pretende englobar los criterios del dominio y los de la infracción de un deber.⁽⁵⁷⁾ Por su parte, Jakobs también cree encontrar un nexo común entre ambos basado en el concepto de “competencia”.

A pesar del esfuerzo realizado por estos autores para encontrar un supra-concepto que áune posturas tan dispares como el dominio del hecho y la infracción de un deber, no se puede afirmar, en mi opinión, que exista en sus concepciones una unidad sistemática en cuanto a los criterios de

(56) Un completo análisis de las consecuencias de adoptar estas teorías “puras” de la infracción de un deber se encuentra en GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *Los delitos especiales*, op. cit., p. 129 y ss.

(57) En mi opinión, el concepto de “figura central” presenta tal carencia de contenido que se manifiesta incapaz de constituir una especie de “supra-concepto” aglutinador de criterios tan dispares como son el dominio y la infracción del deber. De la misma opinión es GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *Los delitos especiales*, op. cit., pp. 141 y 142.

limitadores de la autoría, pues las figuras que, a su juicio, pueden hacer de nexo común deben ser dotadas de contenido con elementos radicalmente opuestos, lo que obliga a manejar dos criterios delimitadores de la autoría totalmente irreconciliables y no reconducibles a uno común, salvo al genérico concepto restrictivo de autor.

Ante estas posturas, en la doctrina surgen intentos por retomar dicha unidad.⁽⁵⁸⁾ Este esfuerzo unificador se ha realizado desde muy diversas perspectivas. Algunas de ellas lo han hecho procurando aunar el criterio del dominio y del deber en la delimitación de la autoría de los delitos con especiales restricciones en este ámbito.⁽⁵⁹⁾ Otras, por el contrario, optan por un único criterio normativo que, gracias a su flexibilidad, sea válido en la determinación de la autoría de cualquier constelación delictiva. Esta última postura se ve claramente, por ejemplo, en la teoría del "dominio sobre el fundamento del resultado" acuñada por Schünemann. Es el propio autor el que pone de relieve que dicho criterio nace con vocación de aplicación general. Para ello, le resulta imprescindible concebir el "dominio sobre el fundamento del resultado" como un nexo común que englobe lo que él define como "dominio sobre la situación de desamparo

(58) Aquellas posturas doctrinales que pretenden combinar los criterios del dominio con el de la infracción de un deber —o, por el contrario, elaborar un criterio basado en el dominio con pretensión de aplicación general a cualquier clase de delito— han sido calificadas, por Sánchez-Vera Gómez Trelles, como "caza" del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber. Ver SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial-Pons, 2002, p. 153 y ss. Con esta calificación queda clara la radical postura de este autor que niega rotundamente la compatibilidad del criterio del dominio en los delitos con especiales restricciones en sede de autoría, que él califica como delitos de infracción de deber. Sin embargo, debe destacarse que Roxin afirma que algunas de estas posturas, en concreto la iniciada por Schünemann, Bottke y Murmann, no son incompatibles con su teoría de los *Pflichtdelikte*. Ver ROXIN, CLAUSS, *Autoría y dominio del hecho*, 6ta. ed., op. cit., p. 702. Afirma expresamente que "...la búsqueda de un nexo, para todas las formas de autoría, que se manifiesta en estos esfuerzos, es absolutamente fructífera y no contradice mi teoría..." .

(59) Ver, entre otros autores, WELZEL, HANS, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ma. ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 98; BLOY, RENE, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1985, p. 230 y ss., que admite la existencia de delitos en los que debe forzosamente combinarse el criterio del dominio y la infracción de un deber; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, op. cit. 21/107, p. 310; GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1984 (reimpresión, 1987), p. 155. A pesar de que estos autores logran, no sin éxito, aunar los criterios del dominio y de la infracción del deber, entiendo, sin embargo, que tampoco consiguen un concepto o nexo común que explique unitariamente la autoría en cualquier clase de delitos.

del bien jurídico” y “dominio sobre una causa esencial del resultado”. Se trata de criterios que se adecuarán en cada momento a las necesidades de cada uno de los tipos penales en lo que a la determinación de la autoría se refiere.⁽⁶⁰⁾

Cierto es que las construcciones doctrinales que abogan por una clara diferenciación entre los delitos de dominio y delitos de infracción de deber son, no es necesario recordarlo, sumamente atractivas. En efecto, ofrecen una solución sencilla y diáfana a problemas altamente complicados surgidos en el seno de los delitos con especiales restricciones en sede de autoría, como es la utilización de instrumento doloso no cualificado. Sin embargo, las consecuencias a las que, en última instancia, conducen no son, en mi opinión, atendibles. Es precisamente éste uno de los motivos —además de la posibilidad de que ciertas conductas deriven necesariamente en la impunidad— que impulsa la necesidad de justificar la unidad sistemática en el ámbito de la autoría y la participación con la elaboración de un criterio lo suficientemente flexible y amplio para abarcar la totalidad de problemas y cuestiones que surgen en este ámbito, especialmente en el seno de determinados delitos; esto es, los delitos especiales. Por eso, en esta modestísima construcción teórica se ha procurado —a pesar de la innegable amplitud del concepto— aportar algunos criterios materiales: en definitiva, indicadores orientativos que permitan el estudio pormenorizado de cuándo un sujeto puede responder como autor en cualquier tipología delictiva.

7 | La pertenencia del hecho y el concepto de administrador

Con la intención de concretar la idoneidad del criterio de la pertenencia en un ámbito específico del estudio de la Parte Especial quisiera, en este punto, enunciar la incidencia de la teoría que nos ocupa en el análisis de la figura del administrador que, recuérdese, se erige en el principal sujeto activo en el ámbito de los delitos societarios.⁽⁶¹⁾ Resulta obvio afirmar que,

(60) Ya analicé esta construcción doctrinal en otro lugar. Ver FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho*, op. cit., p. 230 y ss. con referencias bibliográficas.

(61) Debe recordarse que la figura del administrador también cobra relevancia en lo referente, por ejemplo, al art. 31 CP (“actuación en lugar de otro”) y al art. 318 CP en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores. En relación a esta última cuestión ver GÓMEZ

en estos tipos, el legislador ha querido —expresamente, en este caso— restringir el ámbito de posibles sujetos activos y que la figura del administrador —de hecho o de derecho— adquiere especial relevancia. Para ser coherentes con la exposición, otra afirmación no es posible: el criterio que delimita la autoría en estos supuestos no puede ser otro que el establecido de modo genérico: esto es, la pertenencia del hecho como acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.

Lo anterior me lleva a concluir la necesidad de que el concepto de administrador esté íntimamente ligado a los criterios delimitadores de la autoría establecidos. El alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal alejada de los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un delito. Todo porque este concepto está ligado al ejercicio de una determinada función cuya realización puede afectar al bien jurídico protegido por la norma, con independencia de cualquier nombramiento formal.⁽⁶²⁾

Administradores de derecho serán aquellos sujetos que, habiendo sido designados conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social competente, han aceptado dicha designación; una designación que, además, ha sido debidamente inscrita en los oportunos registros públicos.⁽⁶³⁾ Sin embargo, y a pesar de esta delimitación formal, será exigible,

MARTÍN, VÍCTOR, "El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas", en Santiago Mir Puig y Mirantxu Corcoy Bidasolo (dirs.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2009, p. 252 y ss.

(62) Ver, en parecidos términos, aunque utilizando otros ejemplos (art. 306 CP —delito fiscal— y art. 282 CP —delito publicitario—), ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito*, op. cit., pp. 240/241. Este autor diferencia en el ámbito de los delitos con restricciones en sede de autoría entre "delitos de posición" y "delitos especiales de deber" siendo estos últimos los que considera delitos especiales en sentido estricto. Entiendo que cabría incluir en la categoría de "delitos de posición" los tipos que, desde la perspectiva de este trabajo, interesan particularmente.

(63) En este sentido, ver, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, p. 45; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid, Montecorvo S.A., 1997, p. 98; RODRÍGUEZ MONTAÑES, TERESA, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 112; CASTRO MORENO, ABRAHAM, *El delito societario de administración desleal* (art. 295 CP), Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 213; NÚÑEZ CASTAÑO, MARÍA ELENA, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 67 y 68; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 8va. ed., Barcelona, 2003, p. 249 y ss.; MARTÍNEZ-

en todo caso, que el sujeto calificado como administrador de derecho ostente materialmente el acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia. De este modo, reunir las condiciones formal y legalmente exigidas para el cargo de administrador de derecho, podrá ser, a lo sumo, un indicio en lo referente a la autoría de dicho sujeto, pero no una condición suficiente para calificarlo como autor de un delito de estas características.

En un esfuerzo de síntesis, podría decirse que la obligación de los administradores consiste en desempeñar su cargo persiguiendo los intereses de la sociedad con diligencia, fidelidad y lealtad. Junto a estos deberes tan genéricos, no debe olvidarse la existencia de otros más concretos perfectamente explicitados, por ejemplo, en el actual articulado de la Ley de Sociedades de Capital.⁽⁶⁴⁾ Es obvio que el deber que obliga al administrador de manera extrapenal —por bien que, desde la perspectiva aquí ofrecida, no constituya el criterio esencial a través del cual delimitar la autoría del sujeto— no desaparece en el ámbito penal y, por tanto, resulta necesaria su ubicación en el posible delito cometido por el administrador. Si se toma como referencia, por ejemplo, el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)⁽⁶⁵⁾ sólo cabe aceptar la existencia de la infracción de

BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2da. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 349; MAYO CALDERÓN, BELÉN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Granada, Marcial Pons, 2005, p. 328; RíOS CORBACHO, JOSÉ MANUEL, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2005, p. 63 y ss.; 121 y ss. Ver arts. 138-148 RRM.

(64) Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Tales deberes son la prohibición de utilización del nombre de la sociedad en operaciones propias (art. 227); la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio (art. 228); la obligación de no intervenir en caso de conflicto de interés (art. 229); el deber de comunicación, de participaciones y cargos en sociedad competidora y de competencia (art. 230) y, finalmente, el deber de secreto (art. 232). Para un análisis detallado de todos ellos, ver DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 148 y ss.

(65) Se parte del ejemplo del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP), por ser uno de los tipos en el ámbito de los delitos societarios más discutidos y cuestionados por la doctrina desde su inclusión en el CP, en 1995. Ya analicé este delito con detalle en FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, "Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)", en MIRANTXU CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho Penal de la Empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, p. 571 y ss. con referencias bibliográficas. Sin embargo, cabe destacar que la aplicación (prácticamente inexistente, por razones poco jurídicas) de este precepto han hecho de él más bien un banco de prueba teórico, antes que práctico. Quizá éste sea uno de los motivos por los cuales dicho precepto sea llamado a desaparecer tal como se contiene en

un deber al tiempo de la comisión del delito.⁽⁶⁶⁾ De este modo, el deber extrapenal sería condición necesaria en la comisión del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) por ser éste un elemento más del tipo que forzosamente debe ser realizado —esto es, dotado de contenido material— por el autor. Ahora bien, no será en absoluto suficiente la infracción del deber de diligencia, lealtad y fidelidad, ni siquiera la imputación objetiva y subjetiva de la conducta típica (primer y segundo nivel de imputación), sino que le será exigible que cumpla con los requisitos establecidos por los criterios delimitadores de la autoría: esto es, que real y materialmente acceda al bien jurídico protegido por el delito en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia.⁽⁶⁷⁾

Pues bien, es precisamente esta característica fundamental la que, en muchas ocasiones, no puede predicarse de un administrador de derecho. Muchos son los casos en los que el sujeto que cumple los requisitos formales legalmente exigidos no es, en realidad, el que ejerce el poder de gestión y administración de la sociedad. Tal sería el caso de la administración a través de fiduciarios o testaferros.⁽⁶⁸⁾ Siguiendo las directrices apuntadas en este estudio, debe afirmarse que dicho sujeto no puede responder penalmente como autor ya que no tiene capacidad material para lesionar el bien jurídico pues no decide el devenir de la administración y gestión de la empresa que formalmente representa. Por todo ello es imposible afirmar la pertenencia del hecho a este sujeto que, aún cumpliendo con

el actual Anteproyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros de 17/10/2012.

(66) Parece existir consenso en la doctrina en reconocer la infracción del deber extrapenal en la referencia que el art. 295 CP hace del "abuso de las funciones propias del cargo". Ver, entre otros, NIETO, MARTÍN, ADÁN *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 278; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *La responsabilidad, penal, op. cit.*, p. 180; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *La responsabilidad, penal del administrador, op. cit.*, pp. 126 y 127; CASTRO MORENO, ABRAHAM, *El delito societario en la administración desleal, op. cit.*, pp. 283 y 284; FERNANDEZ TERUEL, JAVIER GUSTAVO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 337; FARALDO CABANA, PATRICIA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 340.

(67) Se analiza con mayor profundidad esta cuestión en FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría, op. cit.*, p. 284 y ss.

(68) Sobre la posible responsabilidad del testaferro, ver el interesante estudio de RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, "La responsabilidad, penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles; problemas de imputación subjetiva", en *InDret*, julio, 2008, p. 6 y ss.

los requisitos formalmente establecidos, no representa un papel relevante en el ámbito de competencias y responsabilidad que están asignadas a dicho cargo.⁽⁶⁹⁾

Junto a la existencia de la figura del administrador de derecho pueden darse otras situaciones irregulares en las cuales dichas funciones de gestión —o, propiamente, administración— no son ejercidas por el sujeto formalmente designado para ello. Se trata de supuestos en los que puede apreciarse claramente una escisión entre titularidad del gobierno de la empresa y el gobierno efectivo de la misma.⁽⁷⁰⁾ Son los casos que corresponden al administrador de hecho. Desde el punto de vista jurídico-penal no cabe compartir la interpretación tan restrictiva que ofrece un sector de la doctrina mercantil⁽⁷¹⁾ de este concepto pues, entre otras divergencias, estas construcciones doctrinales pretenden, en esencia, determinar la validez o no de un negocio jurídico en el ámbito de un sector (privado) del ordenamiento jurídico cual es el derecho mercantil.⁽⁷²⁾ El derecho penal, por el contrario, debe sancionar la conducta del sujeto con potencialidad

(69) Respecto a la responsabilidad del administrador de derecho que actúa como simple testaferro, es generalizada la opinión de que el sólo nombramiento y la inscripción en el Registro Mercantil es una apariencia que no fundamenta una responsabilidad penal. En este sentido, ver GARCÍA CAVERO, PERCY, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999, pp. 123 y 124.

(70) En estos términos, ver GALLEGOS SOLER, JOSÉ IGNACIO, "El concepto de administrador de hecho como criterio de criterio de imputación de la autoría en derecho penal", *op. cit.*

(71) Tradicionalmente, el concepto de administrador de hecho en la doctrina mercantilista se ha identificado, básicamente, con los administradores que presentan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado. Sin embargo, debe destacarse que existen otras posturas doctrinales que abogan por una concepción más amplia de administrador de hecho y que da cabida, por tanto, a muchos otros supuestos de administración y gestión material que, de otro modo, no podrían ser recogidos bajo dicho concepto. En la doctrina mercantil ver, por todos, PERDICES HUETOS, ANTONIO, "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Mercantil", en Mirantxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho Penal de la Empresa*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2002, p. 134 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", en Rojo y Beltrán (coords.), *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, 2005, p. 55 y ss.; PRADES CUTILLAS, D., "Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas", en *Revista Jurídica La Ley*, LL (7168), 2009, p. 5 y ss.

(72) Ver PERDICES HUETOS, ANTONIO, "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Mercantil", *op. cit.*, p. 133 y ss., quien señala que la doctrina mercantil no ha tratado específicamente —salvo en contadas ocasiones— el problema de los administradores de hecho, pues la noción de esta figura tiene su origen en el ámbito sancionatorio-penal toda vez que se trata, más bien, de depurar responsabilidades adminis-

suficiente para lesionar el bien jurídico en juego; potencialidad que no reside exclusivamente en los sujetos formalmente designados para ejercer la función de administrador. A mi juicio, la principal nota definitoria de la figura del administrador de hecho debe ser el ejercicio efectivo de las funciones de gestión y administración, bien sea por ellos mismos o bien a través de terceros en quienes influyen decisivamente o a quienes interponen como meros testaferros para evitar ser reconocibles.

Así, poco importa que dicho sujeto aparezca o no frente a terceros como administrador, o bajo otra apariencia, si puede demostrarse que el artífice de las decisiones acerca de la gestión social son obra suya. Desde esta perspectiva, se aceptaría incluido en el término administrador de hecho no sólo al denominado administrador de hecho notorio, sino también al administrador de hecho oculto, tanto en el caso de actuar bajo otra apariencia como en los casos en los que permanece en la sombra.⁽⁷³⁾ En la actualidad no debe albergarse duda alguna acerca de los deberes que deben guiar la conducta del administrador de hecho, pues expresa y legalmente son los mismos que se exigen al administrador formalmente designado para esta función. Por ello, la responsabilidad en la que incurre el administrador de hecho que no se acoge a las normas de conducta concretadas en los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad, debe ser idéntica a la del administrador de derecho.

En relación al deber extrapenal que infringe el administrador de hecho, éste es, justamente, el inherente al cargo que ocupa materialmente. De

trativas o penales, antes que determinar la validez de un negocio, la vinculación al mismo de una persona jurídica o la responsabilidad civil de un actuante.

(73) A favor ver QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP, *Derecho Penal español*, 5ta. ed., Barcelona, 2008, p. 547, quien afirma que el concepto administrador de hecho alude a algo tan simple como a la persona que, en realidad, manda en la empresa —persona que puede ser un alto directivo, sin necesidad de formar parte del Consejo de Administración—. De otro modo —prosigue— se dejaría sin cubrir una importante esfera del mundo real de los negocios y supondría una subordinación del Derecho Penal a conceptos comerciales. En contra de esta opinión, ver, entre otros, FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 148, quien alude a la necesaria existencia de un mínimo formal, reconducible, por lo menos a la tolerancia de su actuación como tal, por la sociedad respecto de la cual deba considerársele órgano fáctico; esto es, un reconocimiento de hecho o tácito; GALLEGOS SOLER, JOSÉ IGNACIO, "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal", *op. cit.*, p. 167, que exige de igual modo una actuación con efectos externos no bastando una pura influencia interna en la dirección empresarial para cumplir con las condiciones que fundamentan penalmente la figura del administrador de hecho.

este modo, y acudiendo nuevamente al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP), sólo cabe concluir que el administrador de hecho puede infringir exactamente el mismo deber que el administrador de derecho en lo referente a este tipo y, con ello, cumpliría, además del resto de circunstancias exigidas, uno de los elementos típicos necesarios de este delito.

Así las cosas, el administrador de hecho queda situado en idéntica posición que el de derecho ante la posible comisión de un delito —como, por ejemplo, el de administración fraudulenta (art. 295 CP)— ya que cumple con el requisito indispensable exigido en sede de autoría para ser calificado como autor. En efecto, dicho sujeto accede al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia y también puede infringir el deber extrapenal que parece recoger la expresión “con abuso de las funciones propias del cargo”.

Lo expuesto, si bien de manera muy resumida,⁽⁷⁴⁾ me lleva a proponer, basándome en los criterios acuñados para la Parte General en sede de autoría, la equiparación jurídico-penal del administrador de hecho con el administrador de derecho. Lo indispensable es, a la postre, que el sujeto en cuestión tenga capacidad efectiva y material para realizar la conducta típica en toda su extensión; todo ello con independencia del título bajo el que la lleve a cabo.

(74) Un análisis más extenso en FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho*, op. cit., p. 321 y ss.

Breves notas en torno al delito de “desbaratamiento de empresa” del art. 174, inc. 6 del Código Penal

por DIEGO HERNÁN GOLDMAN⁽¹⁾

I | Prolegómeno

Vástago indeseado de la crisis que vivió nuestra República en los albores de este siglo, producto culposo de alegadas presiones ejercidas por organismos internacionales, remedio improvisado frente a presumibles impunidades, la figura incorporada como inc. 6 del art. 174 CP⁽²⁾ vino al mundo tan malhadada que, transcurrida ya más de una década desde su aparición, la doctrina no sólo no ha arribado a consenso alguno en relación a su recta interpretación, sino que ni siquiera ha atinado a bautizarla de un modo más o menos uniforme. Así, puede encontrarse rotulada con denominaciones diversas, tales como “vaciamiento de empresas”⁽³⁾ (justo es decirlo, quizá la más extendida), “sub-

.....

(1) Abogado (UBA), Magíster en Economía y Ciencias Políticas (ESEADE), docente de la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal” (Facultad de Derecho - UBA).

(2) Incorporado por el art. 2 de la ley 25.602, BO 20/06/2002.

(3) Así, PALACIO LAJE, CARLOS, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2002; BUONPASTORE, Jorge, *Estafas y otras defraudaciones*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005; ILHARRECONDO, JORGE, *Delitos societarios*, Bs. As., La Ley, 2011.

versión económica”,⁽⁴⁾ “fraude empresarial”,⁽⁵⁾ “sabotaje y vaciamiento de empresas”⁽⁶⁾ o “fraude en perjuicio de algún establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinado a la prestación de servicios; fraude de materias primas, productos o bienes de capital”,⁽⁷⁾ e incluso hay quienes no se han aventurado a nominarla.⁽⁸⁾ Por mi parte, pido al lector me perdone el desliz de proponer una nueva designación, la de “desbaratamiento de empresa”, la cual se me antoja suficientemente sintética y descriptiva de las conductas atrapadas por el tipo penal en trato. Al respecto, baste decir que el verbo “desbaratar” tiene entre sus acepciones las de “deshacer o arruinar algo” y “cortar, impedir, estorbar algo inmaterial”, acciones todas ellas evidentemente identificables con el contenido que, como se verá, entiendo posee la figura que nos convoca.

A decir verdad, causa algo de perplejidad observar cómo los exégetas se empantanen en severas divergencias partiendo de un texto legal que, más allá de algunos defectos de técnica legislativa y cierta amplitud semántica en sus términos, no resulta particularmente complejo u obscuro en su redacción. Me adelanto en señalarlo pero, en mi opinión, el verdadero escollo para interpretar el art. 174, inc. 6 CP no reside en la letra de la norma, sino en la tentación, para muchos aparentemente ineludible, de abusar del método teleológico tratando de adecuar el tipo penal al supuesto propósito del legislador o, más bien, al gusto del intérprete. Ello colleva, en ocasiones, la evasión de la legalidad mediante la introducción de misteriosos bienes jurídicos que no surgen expresamente de ningún lado pero tuercen el sentido de los vocablos, la imposición de tácitas condiciones que recortan el ámbito de aplicación de la norma o, por el contrario, de excepciones que subrepticiamente

(4) Así, ILHARRESCONDO, JORGE, *op. cit.*, quien propone el uso indistinto de esta denominación y la de “vaciamiento de empresa”.

(5) Así, CARRIZO, RUBÉN, “Fraude empresarial. ¿Un nuevo tipo defraudatorio o un forzado reciclaje legislativo?”, en *DJ*, 2003-3, p. 1089.

(6) Así, DONNA, EDGARDO, *Derecho Penal. Parte especial*, 2da. ed., Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2007.

(7) Así, D’ALESSIO, ANDRÉS, *Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*, Bs. As., La Ley, 2004.

(8) Así, DE LUCA, JAVIER; PÉREZ DE MATEIS, LAURA Y SCHEDROVITZKY, SERGIO, “Ley 25.602. Derogación de la ley 20.840 y un nuevo tipo de defraudación (a la ciudadanía)”, en *ADLA*, 2002-C, p. 3944.

lo amplían, entre otras curiosidades destinadas a malear la norma más allá de lo razonable.

En lo personal, prefiero mantener cierto apego a la letra de la ley y al viejo método gramatical, al menos en cuanto ello no conduzca al absurdo, la injusticia palmaria o el escándalo jurídico. Lo hago no por tozudo anacronismo, sino en el convencimiento de que las normas jurídicas en general, y las penales muy en particular, deben ser interpretadas y aplicadas con arreglo al modo en que pueden ser entendidas por el ciudadano común, que no tiene por qué estar interiorizado del contenido de extenuantes debates parlamentarios o de las últimas tendencias doctrinarias. Siendo entonces que la única fuente de conocimiento legal verdaderamente vinculante para los habitantes de la República es el texto expreso de las normas (no la opinión de los legisladores, no las teorías de los dogmáticos), propongo el esfuerzo de desentrañar la figura prevista en el art. 174, inc. 6 CP tratando de circunscribirnos a lo que **efectivamente dice**, dejando de lado que **pudo** o **debió decir**. Creo que ello contribuye esencialmente a la defensa del Principio de Legalidad, fundado ni más ni menos, como lo señalara Spolansky, en la idea de que las leyes penales están dirigidas a todos los habitantes capaces de comprender su significado y ordenar sus comportamientos de acuerdo a tal intelección, para lo cual resulta necesario que puedan conocer los hechos relevantes para la norma penal y la sanción asociada a ellos.⁽⁹⁾

Clarificada entonces la óptica desde la que partirá el análisis, podemos entrar sin más preámbulos a acometer la tarea de descifrar el contenido y alcances del tipo penal de “desbaratamiento de empresa”.

2 | La norma en cuestión

Después de tanto insistir en la importancia de circunscribir el análisis del tipo penal al texto expreso de la norma, no podría continuar sin ilustrar al lector mediante su transcripción. Pues bien, el inc. 6 del art. 174 CP amenaza con pena de prisión de dos a seis años, a quien:

“...maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecua-

(9) Ver SPOLANSKY, NORBERTO, “Delito, error y excusas absolutorias”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 4 y 5, Ad-Hoc, año III, p. 117.

ria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”.

Parece conveniente comenzar a desandar el estudio de la norma principiando por la determinación del bien jurídico protegido u objeto de la tutela penal. Tendremos así una guía, un principio ordenador, que nos ayudará luego a despejar algunas dudas originadas en la poco feliz sintaxis del inciso que convoca nuestra atención, y que ha llevado incluso a parte de la doctrina a postular que contendría no uno, sino dos tipos penales perfectamente distinguibles.

3 | Objeto de la tutela penal

Es materia de discordia en la doctrina, la determinación del bien jurídico cuya salvaguarda procura el tipo penal en examen. Básicamente, las opiniones al respecto se dividen en tres grupos.

El primero de ellos, poniendo el énfasis en la pretendida intención tenida en miras por el legislador al incorporar el inc. 6 al art. 174, y basándose en los debates parlamentarios y el antecedente dado por la ley 20.840 (que contemplaba la represión de conductas en apariencia similares, pero en el marco de la persecución de conductas que atentasen contra la “seguridad nacional”), sostiene que lo que se busca proteger es el patrimonio de las empresas, en tanto prenda común de sus acreedores. Desde esta óptica, el tipo penal sancionaría al empresario que pretende deshonrar sus compromisos, y que recurre al vaciamiento del patrimonio de su empresa como medio para frustrar las expectativas de cobro de sus acreedores. En esta inteligencia, Palacio Laje (denodado defensor de esta postura) sostiene:

“Como toda defraudación, el bien jurídico protegido por estos delitos es el patrimonio. La parte del patrimonio que se protege está constituida por el crédito, lo cual surge de una interpretación teleológica: si el tipo protege el patrimonio, y si la acción del agente tiene como objeto su empresa (si la empresa sobre la cual se actúa fuera ajena, estaríamos en el marco de otro delito) resul-

ta claro que el patrimonio que se protege corresponde a los sujetos que tengan en vista aquel objeto y su patrimonio, como medio para satisfacer sus expectativas. Esos sujetos no pueden ser otros que los que revistan la cualidad jurídica de acreedores".⁽¹⁰⁾

Siguiendo esta misma línea argumental, Balcarce considera que la figura se enmarca dentro de lo que denomina "defraudaciones por frustración de derechos", apuntando a proteger los derechos que se hubieran otorgado sobre la generalidad del patrimonio de la empresa.⁽¹¹⁾ Buompadre, por su parte, también se encuentra entre los partícipes de esta postura, en la idea de que el bien jurídico tutelado es la "propiedad ajena", entendida como el derecho de los acreedores a percibir sus legítimas acreencias.⁽¹²⁾

Lamento tener que disentir con tan ilustres opiniones, pero no veo elemento alguno en el texto del art. 174, inc. 6 que habilite a acotar el objeto de la protección penal al patrimonio de los acreedores de la empresa. Es cierto que la palabra "vaciamiento" sobrevoló el debate previo a la sanción de la ley 25.602, donde las posiciones se dividieron entre quienes airadamente sostenían que la introducción del nuevo tipo penal y la consecuente eliminación de los escombros aún en pie de la vieja ley 20.840 consagraría la impunidad de banqueros y empresarios acusados de fugar divisas durante la crisis económica de los años 2001 y 2002 (soslayando que, durante la vigencia de la norma finalmente derogada, no sólo llovieron los cuestionamientos sobre su dudosa constitucionalidad, sino que, aparentemente, su aplicación apenas derivó en el dictado de sentencia condenatoria en dos casos a lo largo de tres décadas)⁽¹³⁾ y el bando contrario, finalmente airoso, de los que sostenían que el nuevo tipo penal ase-

(10) PALACIO LAJE, CARLOS, "El transvasamiento de empresas en el marco del derecho penal", en Revista Jurídica La Ley, 2003-D, p. 1423.

(11) Ver BALCARCE, FABIÁN, "Proceso de generalización y clasificación de las defraudaciones", en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Ver texto en: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/clasifdefradudaciones1.pdf>

(12) Ver BUOMPA DRE, JORGE, op. cit., p. 228.

(13) Tomo el dato de las palabras de la diputada Nilda Garré durante el debate legislativo, quien refirió que "los resultados de veintiocho años de vigencia no son muchos. Hubo condena firme en dos casos, lo que demuestra claramente que la vigencia de esta ley de ninguna manera garantiza la lucha contra la impunidad; estamos diciendo algo que es falso". Ver Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, del 23/05/2002.

guraría la continuidad de la persecución penal de aquellos casos que por entonces conmocionaban a la opinión pública, mejorando la redacción de las figuras derogadas y despejando las dudas respecto de su compatibilidad con el orden constitucional vigente.

Sin embargo, más allá del propósito y los discursos de los legisladores, el texto finalmente sancionado no posee referencia alguna que habilite a sostener que la tutela penal está dirigida a proteger el patrimonio de los acreedores del accionar de sus inescrupulosos deudores, independientemente de que, indirectamente, pueda quizás contribuir a tal fin. Nótese, en tal sentido, que aquellos tipos penales que efectivamente buscan salvaguardar los derechos de los acreedores, hacen concreta indicación de tal propósito. Por caso, en el art. 173, inc. 11, el objeto de protección es específicamente “el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo”, en el art. 176 se aclara que el autor debe actuar “en fraude de sus acreedores”, en el art. 177 se exige el perjuicio a los acreedores, y en el art. 179, amén de requerirse nuevamente el propósito de “defraudar a sus acreedores”, se reprimen una serie de acciones (curiosamente similares a las de la parte final de la norma que nos ocupa) con la condición de que el autor de “esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles”. Ninguna mención de esa índole prevé el art. 174, inc. 6. Ni una sola palabra refiere a acreedores, deudas u obligaciones incumplidas. Sólo se hace alusión a la afectación del “normal desenvolvimiento” de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario, minero o destinado a la prestación de servicios, lo que me disuade de concluir que el bien objeto de la tutela penal pueda ser el patrimonio de sus acreedores.

Un segundo grupo de autores, entre los que se destaca Ilharrescondo, es de la opinión que, a través de la incorporación del inc. 6 al art. 174, se procuró dar amparo a un supuesto “orden público económico”, que debe verse afectado para que las conductas descriptas en la norma adquieran tipicidad. Fundan su opinión, nuevamente, en el antecedente de la ley 20.840, y además en el título “Subversión económica” que se utilizó para rotular a la ley 25.602:

“...la referencia a la subversión económica realizada al rotularse la ley tiene precisamente una gran importancia para entender el alcance del delito. De acuerdo con lo dicho, además de re-

clamar que se produzca una concreta afectación al patrimonio de la empresa, somos de la opinión que la figura exige que el obrar del agente quebrante, trastoque, destruya o transforme el llamado orden público económico, entendido éste como la vulneración de la economía nacional o regional, circunstancia que se verifica claramente cuando se ataca un establecimiento de magnitud y la afectación del normal funcionamiento de éste atenta contra la comunidad en su conjunto".⁽¹⁴⁾

De igual modo que en el caso anterior, no alcanzo a ver de dónde puede extraerse la exigencia de que las acciones previstas en el art. 174, inc. 6 deban afectar el orden económico o la economía nacional. No es sólo que el título de una ley por sí mismo, aislado de su contenido, no genera efectos jurídicos, sino el hecho concreto de que, más allá de su nombre, la ley 25.602 vino precisamente a derogar las referencias respecto del "perjuicio a la economía nacional" y el peligro para la "seguridad del Estado" contempladas como agravantes del tipo penal previsto en el art. 6 de la ley 20.840. Es decir que, si pretendiéramos que el bien jurídico protegido por la figura bajo estudio es el "orden económico", deberíamos sostener algo tan extraño como que el legislador buscó darle tutela recurriendo al curioso procedimiento de eliminar de la ley toda referencia a él. Ciertamente, la idea de que el bien jurídico ha sido "tutelado por derogación" se me hace demasiado paradójica para tenerla por válida, por lo que es menester descartarla.

Amén de lo expuesto, es de mencionar que el concepto mismo de "subversión económica" o "afectación del orden económico" es de una vaguedad tal que todos los intentos por dotarlo de definición han fracasado o recaído en la tautología. Probablemente porque, como ácidamente lo indica Donna, "se buscaba darle algún sentido a algo que no lo tenía".⁽¹⁵⁾ Cuáles son las condiciones, el criterio diferenciador, que debe cumplir un hecho para que pueda decirse que afecta al conjunto de la economía, y no meramente al patrimonio de uno o varios individuos, es pregunta que hasta ahora nadie atinó a responder satisfactoriamente.

(14) ILHARRESCONDO, JORGE, *op. cit.*, p. 392.

(15) DONNA, EDGARDO, *op. cit.*, t. II-B, p. 641.

Finalmente, cae de maduro que me enrolo entre quienes entienden que, para determinar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma, no es necesario escudriñar en la voluntad de los legisladores que la sancionaron, ni recurrir a piruetas dogmáticas, sino simplemente atenerse a su texto y observar hacia qué objeto apuntan los distintos verbos previstos en el tipo. Así, resulta bastante claro que todas las acciones mencionadas en la norma a lo que apuntan es a impedir, obstaculizar o frustrar el normal desenvolvimiento de una empresa. Ergo, cabe sostener que el objeto de la protección penal no es otro que el patrimonio de la empresa como tal o, más precisamente, la libre disponibilidad de los factores materiales e inmateriales necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial. Lo que se procura es que nadie impida o estorbe ilegítimamente el funcionamiento de la empresa, ya sea perturbando su actividad o privándola de los elementos indispensables para la consecución de sus fines económicos. Al respecto señala Carrizo:

"La acción está dirigida a atacar la funcionalidad de la empresa (...) El agente se contenta con dirigir sus acciones en sentido de la actividad empresarial, más no hacia la empresa como entidad física, tal como sucedería en el supuesto de atentado contra la estructura edilicia del establecimiento o explotación. El sujeto ejecutor de la acción quiere que la empresa no funcione correctamente, no cumpla con las actividades que normalmente realiza..."⁽¹⁶⁾.

Complementariamente, De Luca, Pérez de Mateis y Schedrovitzky señalan, a mi entender, con acierto:

"El nuevo tipo penal fue incluido dentro de los delitos contra la propiedad, de modo que a diferencia de las figuras de la derogada ley 20.840, ahora deberá verificarse en cada caso una lesión de esa naturaleza, con la particularidad que no limita el campo de sujetos activos y pasivos, de modo que cualquiera puede ser autor y víctima de este delito. Ya no se exigirá una gran magnitud en el daño económico producido, ni que se afecten intereses económicos del Estado Federal, ni que haya algún

(16) CARRIZO, RUBÉN, *op. cit.*

tipo de vinculación con actividades —políticas, violentas, por las armas, etc.— que pongan en riesgo la seguridad nacional”.⁽¹⁷⁾

Sin ánimo de recaer en obviedades, me permito remarcar que, no obstante el tipo penal apunta a la protección del patrimonio de la empresa sin distinguir entre establecimientos grandes o pequeños, la afectación al normal desarrollo de la actividad empresarial debe revestir cierta entidad, considerada dentro del contexto propio de cada firma, puesto que lo que se sanciona no es cualquier acto que genere una molestia o dificultad al funcionamiento de la empresa, sino aquéllos con aptitud suficiente para frustrarlo o, al menos, obstaculizarlo severamente.

4 | Las acciones alcanzadas por el tipo

Múltiples son los verbos contenidos en la figura de desbaratamiento de empresa. Por un lado, se habla de “afectar” el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, etcétera; y por otra parte, punto y coma mediante, se enumeran una serie de actos que recaen sobre bienes de capital o de cambio vinculados al proceso productivo: “destruir”, “dañar”, “hacer desaparecer”, “ocultar” y “disminuir fraudulentamente su valor”. Esa pluralidad verbal ha llevado a parte de la doctrina a sostener que el art. 174, inc. 6 abarca en realidad dos tipos penales perfectamente distingubles entre sí. Tendríamos así un tipo de “sabotaje” que contemplaría la hipótesis del que “afectare” el funcionamiento de la empresa y uno de “vaciamiento”, comprensivo de las distintas acciones tendientes a la disminución del capital de la firma.

Sin embargo, a mi entender, una lectura integral de la norma lleva a concluir que es impropio hablar de la existencia de dos tipos penales. Lo que tenemos, en rigor, es un único tipo cuyo núcleo está dado por la acción de “affectar” el normal funcionamiento o desenvolvimiento de una empresa.⁽¹⁸⁾ Las distintas formas de menoscabar el capital de la firma previstas en

(17) DE LUCA, JAVIER; PÉREZ DE MATEIS, LAURA y SCHEDROVITZKY, SERGIO, *op. cit.*

(18) En consonancia con lo expuesto, sostiene Carrizo que “...la conducta es única y ésta se manifiesta en la actividad desplegada por el agente hacia la prosecución de un fin cual es el de afectar maliciosamente el normal desenvolvimiento empresarial. En el núcleo de la acción, el legislador aplica un verbo bastante peculiar para designar la acción del agente,

la segunda parte del inciso, no son otra cosa que modalidades específicas a través de las cuales se puede interferir negativamente en el desarrollo de su actividad.

Si consideramos que una empresa es, por dar una noción sencilla, la organización de factores económicos (administración, capital y trabajo) para la producción de bienes o servicios en orden a conseguir una ganancia, fácil es advertir que su función puede verse perjudicada tanto por el ataque que recae sobre los factores inmateriales que hacen a la organización misma (toma de decisiones, ejecución de tareas), como por el daño a los bienes físicos vinculados al proceso productivo (maquinarias, materias primas, mercaderías terminadas, etc.). Esas son, precisamente, las dos hipótesis contempladas por el tipo penal de desbaratamiento de empresa.

Tenemos entonces que, en la primera parte del inciso, el tipo penal capta toda conducta que repercuta negativamente en el “normal desenvolvimiento” de una empresa. La vaguedad de la fórmula empleada por el legislador nos enfrenta a un problema de indeterminación lingüística bifronte, como es la dificultad de precisar tanto qué es el “normal desenvolvimiento” de un establecimiento comercial, industrial o dedicado a la prestación de servicios, y al mismo tiempo, tratar de definir las múltiples formas en que esa “normalidad” puede verse afectada.

Como bien apuntan De Luca, Pérez de Mateis y Schedrovitzky, es harto complejo definir qué se entiende por normal desenvolvimiento de una firma, puesto que “lo normal para unos puede ser anormal para otros”.⁽¹⁹⁾ Sin perjuicio de esa dificultad, algo de luz puede echarse al asunto si, en lugar de enfocarnos en encontrar alguna forma específica de asignación de recursos dentro de una empresa que pueda catalogarse de “normal”, nos centramos en el análisis de la función empresarial misma. En tal sentido, lo “normal” es que un empresario, partiendo de los conocimientos y recursos a su disposición, trate de organizarlos de modo tal de obtener un beneficio económico apreciable. Esa estructura organizativa, va

empleando el término ‘afectar’; dentro de las acepciones reservadas para dicha palabra se puede citar: el menoscabo, perjuicio, influencia negativa o producir algún tipo de alteración desfavorable, conducente a describir una actividad que incide dañosamente donde se aplica tal acción”. CARRIZO, RUBÉN, *op. cit.*

(19) DE LUCA, JAVIER, PÉREZ DE MATEIS, LAURA y SCHEDROVITZKY, SERGIO, *op. cit.*

de suyo, no será estática, en la medida en que no es posible conocer de antemano cuál es la disposición específica de recursos que puede resultar más eficiente o reportar un mayor provecho.

La actividad empresarial supone un proceso de aprendizaje que puede llevar a adoptar nuevas configuraciones de los recursos disponibles, formas más beneficiosas de alcanzar los objetivos de la empresa. Por otra parte, las cambiantes condiciones del mercado en que opera cada empresa y el descubrimiento de nuevas oportunidades de negocio son factores que también pueden obligar al empresario a replantear la asignación de recursos materiales e inmateriales a su disposición. De tal forma, no puede identificarse el "normal desenvolvimiento" con aquello que venía haciéndose de forma habitual dentro de una firma o establecimiento en un período de tiempo determinado. Lo "normal" en el desarrollo de la actividad empresarial, será entonces no una forma determinada de hacer las cosas, sino la búsqueda permanente de nuevas y mejores formas de alcanzar los fines de la empresa y obtener ganancias por medios lícitos. Lo "normal", en una empresa, no es permanecer estática, sino cambiar, adaptarse, evolucionar constantemente.

Lo antedicho adquiere relevancia para entender el alcance del término "afectar" empleado en el tipo penal, puesto que generalmente se lo ha circumscristo a las acciones enderezadas a alterar, negativamente, una determinada disposición de recursos en la empresa, olvidando que el cambio y la adopción de decisiones son parte fundamental de la actividad empresarial. Para dar un ejemplo, si lo habitual en la fábrica "X" es que los sueldos se paguen el día cinco de cada mes, que el empleado "Juan" opere la máquina "Alfa" y que los productos se embalen en cajas de color marrón, cualquier acto disruptivo de esa rutina que repercuta negativamente en el patrimonio de la firma (por ejemplo, que un cliente retenga pagos obligando a posponer el depósito de los sueldos, lo que lleva a una huelga del personal; que activistas obliguen a Juan a dejar de operar la máquina "Alfa" o lo fuerzen a utilizar la máquina "Beta", menguando su productividad; o que un bloqueo impida que lleguen a la planta las cajas marrones, debiéndose suspender indefinidamente los despachos) podría ser eventualmente encuadrado dentro del tipo penal como una "afectación maliciosa" del funcionamiento del establecimiento. Tal modo de ver las cosas, aun siendo al menos parcialmente cierto, dejaría no obstante fuera de la tipicidad a una gran cantidad de conductas tanto o más lesivas

para la empresa que las referidas en el ejemplo, que no apuntan a lo que ésta "hace" actualmente o "hizo" en el pasado, sino a lo que "normalmente puede hacer" de cara al futuro.

Lo que quiero decir es que afecta el normal desenvolvimiento de una firma no sólo quien, a decir de Donna, busca que "el establecimiento empresario, cualquiera sea su entidad, deje de funcionar como lo venía haciendo",⁽²⁰⁾ sino también quien impide o dificulta ilegítimamente la reorganización de los factores de producción en pos de lo que, a criterio del empresario, es una forma más beneficiosa de hacer las cosas o una posibilidad de aprovechar nuevas oportunidades de negocios. Tal sería el caso, verbigracia, de quien abusivamente impide que la firma se deshaga de bienes que han quedado en desuso o devenido obsoletos, que se abandonen determinadas líneas de producción para concentrarse en otras que se estiman más provechosas, que se implementen novedosas metodologías de trabajo, etc. Interpretar la idea de "normal desenvolvimiento" de modo que abarque globalmente la actividad empresarial, considerando a la empresa no como un conjunto de factores estáticos sino como un sistema en permanente evolución, creo que contribuye a dar tutela a una de las funciones socialmente más valiosas de la empresa, como es la de **innovar** generando nuevos productos o servicios, introduciendo procesos más eficientes, etc.⁽²¹⁾

Resumiendo, podemos decir que la noción de "normal desenvolvimiento" comprende toda aquella actividad desarrollada en el marco de la empresa que tiene por objeto la obtención de un provecho pecuniario lícito para aquélla, incluyendo tanto el desempeño de las tareas o funciones habituales como la introducción de todo cambio a la organización que pueda estimarse *a priori* beneficioso para la misma.

Aclarado, espero, qué debe entenderse por "normal desenvolvimiento" de una empresa, veamos de qué formas esa normalidad puede alterarse.

Mencioné anteriormente al respecto que el tipo penal no especifica ni limita los medios a través de los cuales el agente puede afectar el regular

(20) DONNA, EDGARDO, op. cit., p. 644.

(21) Para una explicación más profunda y mejor fundada de lo que es la función empresarial, ver: KIRZNER, ISRAEL, "El empresario", en *Libertas*, nº 29, ESEADE, 1998.

funcionamiento de la empresa, por lo que cualquier ataque que imponga una dificultad u obstáculo de cierta entidad a la persecución de los fines de la organización puede ser considerado típico. Lógicamente, el daño ocasionado por el autor debe revestir cierta importancia en relación al giro de la firma, obstaculizando seriamente sus operaciones, menoscabando su patrimonio o entorpeciendo severamente la toma de decisiones, aunque no resulta necesario que se interrumpan totalmente las actividades de la empresa o se ponga en inminente peligro su existencia. Está claro, por otro lado, que aquellas acciones que representan meras molestias u obstáculos de poca relevancia, sin llegar a dificultar seriamente el desenvolvimiento de la empresa (vgr. ruidos que distraen al personal unas pocas horas, incidentes menores que obligan a suspender transitoriamente una reunión de directorio, interrupción de la entrega de ciertos suministros que pueden ser fácilmente reemplazados y sin mayores costos, etc.) no hallan encuadramiento típico en la figura que nos ocupa.

Aun cuando la casuística puede ser prácticamente inagotable, y siendo que las formas comisivas vinculadas al menoscabo de los bienes afectados al desarrollo de la actividad de la empresa se encuentran específicamente previstas en la parte final del inciso, pueden ser ejemplos de acciones que afectan seriamente el desenvolvimiento de una firma encuadrables en el art. 174, inc. 6 CP: la ocupación de su planta por parte de activistas, que implica la paralización de la producción; el accionar del socio minoritario que impide la adopción de decisiones por parte del directorio mediante la impugnación abusiva y recurrente de sus reuniones; la suspensión repentina e injustificada en el suministro de materias primas esenciales que no pueden ser sustituidas fácilmente; la interrupción intempestiva de pagos por parte de un cliente importante, etcétera.

En todo caso, el elemento determinante para establecer si cualquiera de las conductas mencionadas u otras que pudieran afectar severamente el funcionamiento de una empresa resultan subsumibles en el tipo penal, será verificar si el agente ha obrado con "malicia", es decir, con ánimo de dañar, de causar un perjuicio injustificado. La introducción de este particular elemento subjetivo vinculado a la motivación del autor, que impone una exigencia adicional a la constatación del dolo meramente entendido como conocimiento y voluntad de realizar la conducta descripta por el tipo objetivo, tiene el importante efecto de restringir el ámbito de aplicación de la figura, al excluir a todas aquellas acciones que no están signadas por

el propósito específico de causar un mal o provocar un daño. Al decir de Ilharrescondo: "Si bien la incorporación de este tipo de elementos subjetivos vinculados con la culpabilidad ha sido cuestionada, la presencia de la malicia tiene una importancia mayúscula para determinar el ámbito restringido de la figura y sirve, a la vez, para evitar criminalizar conductas que bien pueden obedecer a la propia dinámica de los negocios".⁽²²⁾

En cuanto a las acciones enumeradas en el epílogo de la disposición legal que concita nuestra atención (destruir, dañar, hacer desaparecer, ocultar o disminuir fraudulentamente el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital), lo primero que cabe mencionar es que, al igual que las conductas analizadas en los párrafos precedentes, deben ser ejecutadas con malicia.⁽²³⁾ Amén de ello, es obvio que todas estas acciones deben tener como resultado el perjuicio para el normal desenvolvimiento de una empresa, puesto que, de lo contrario, carecería de sentido su punición autónoma respecto del delito de daño previsto en el art. 183 CP. Reitero, al respecto, que esta segunda parte del inc. 6 del art. 174, no hace otra cosa más que detallar algunas formas específicas de entorpecer, estorbar o impedir el funcionamiento de una empresa, privándola total o parcialmente de los elementos materiales necesarios para el desarrollo de sus actividades.

Analizando someramente los términos empleados para describir estas puntuales formas de perjudicar el desenvolvimiento de una empresa, tenemos que "destruir" implica arruinar una cosa inutilizándola completamente, mientras que "dañar" implica causar un detrimiento o menoscabo que reduce la funcionalidad de los bienes, sin llegar a su destrucción. "Hacer desaparecer" puede entenderse como quitar los productos, materias primas, maquinarias, etcétera, del alcance de su titular, sustrayéndolos del lugar en que se encontraban de modo tal que no puedan ser hallados, en tanto que "ocultar", según la Real Academia Española, significa "esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista", constituyendo otro modo de impedir que los efectos en cuestión sean utilizados en provecho de la empresa, sólo que sin sacarlos de su ámbito natural. Como puede observarse, todas estas acciones tienen por propósito frustrar, en mayor o menor medida, el

(22) ILHARRESCONDO, JORGE, *op. cit.*, p. 418.

(23) Ver DE LUCA, JAVIER; PÉREZ DE MATEIS, LAURA y SCHEDROVITZKY, SERGIO, *op. cit.*

goce que la empresa hace de sus bienes, tratando de reducir o eliminar el provecho o utilidad que regularmente se puede obtener de ellos.

La expresión “disminuir fraudulentamente el valor”, referida a los bienes que conforman el patrimonio de la empresa, resulta algo más compleja de descifrar, al menos desde la postura que rechaza que el art. 174, inc. 6 tipifique actos de “vaciamiento” enderezados a defraudar las expectativas de cobro de los acreedores de una firma. Desde mi perspectiva, debe entenderse que la locución apunta a aquellas conductas que tienen por finalidad mermar el provecho que puede extraerse de las cosas sin recurrir a la fuerza, la violencia o la sustracción, sino mediante el ardid, el engaño, la simulación. Un ejemplo podría ser el de quien sustituye las fechas de vencimiento de determinados productos, con el propósito de hacer incurrir en pérdidas a un comercio, forzándolo a venderlos por debajo de su precio.

En definitiva, y más allá de las específicas modalidades previstas en la última parte del inciso que acabo de repasar, lo relevante, a los efectos de la configuración del delito en tratamiento, es que el accionar del agente tenga como resultado un perjuicio al funcionamiento, al normal desarrollo de los negocios de la empresa. Resulta indiferente, en este sentido, que el ataque se haga efectivo sobre los bienes utilizados por la firma para su actividad, mediante el impedimento u obstaculización de los procesos productivos o las tareas desempeñadas por el personal, o bien que se dificulte la dirección de los negocios o la toma de decisiones. Más aún, en muchas ocasiones esas distintas modalidades de embate al funcionamiento normal, armónico, orgánico de la empresa irán aunadas, tornando vana su distinción.⁽²⁴⁾

(24) Un ejemplo del modo en que las distintas conductas descriptas en el tipo penal pueden conjugarse en un mismo contexto delictivo lo podemos ver en uno de los pocos precedentes judiciales en que se ha recurrido a la utilización del art. 174, inc. 6, consistiendo los hechos investigados en el accionar de un grupo de activistas sindicales que ingresaron violentemente en las instalaciones de una firma petrolera y, “...en ese trance habrían roto alambrados perimetrales, derribado el portón de ingreso, cortado fibra óptica para interrumpir comunicaciones y filmaciones e intentado derribar torres de iluminación; al mismo tiempo que habrían robado dos camionetas de la empresa y habrían golpeado con palos y piedras al personal, y a integrantes de la Gendarmería Nacional. De tal manera que fue imposible para la empresa evitar el inicio de los procesos de cierre de la planta, corte de gas y de energía eléctrica, con la consecuente merma en el bombeo de crudo a la terminal de Caleta Córdova y el corte de la producción de petróleo y gas natural, imposibilitando la operación total del campo...”. Del dictamen del Procurador General de la Nación en CSJN, “Pan American Energy LLC Sucursal Argentina s/ denuncia”, 07/08/2012.

5 | Tipo subjetivo

Resulta sencillo concluir, y en esto existe acuerdo en la doctrina, que la figura de desbaratamiento de empresa es de índole estrictamente dolosa, exigiendo que el autor sepa que su accionar va en detrimento del funcionamiento normal, regular, de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o dedicada a la prestación de servicios (en definitiva, de una empresa con fines de lucro), y que su voluntad esté dirigida, precisamente, a ocasionar ese perjuicio ilegítimo. La introducción del adverbio “maliciosamente”, por su parte, impone que el dolo sea directo, dado que será preciso que el autor haya obrado con el específico propósito de causar un daño injusto, dejando fuera del tipo la hipótesis de quien actúa con dolo eventual.⁽²⁵⁾

Queda claro que el tipo no impone ninguna otra exigencia subjetiva al margen del conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realizarlos con ánimo de daño. Por las razones ya apuntadas oportunamente, descarto entonces que sea necesaria la presencia de un elemento subjetivo distinto al dolo, consistente en el propósito de tornar imposible, total o parcialmente, el cumplimiento de las deudas contraídas por la empresa.⁽²⁶⁾ Agrego al respecto que, cuando la motivación del autor se ha creído relevante al momento de incriminar una conducta, se la ha incorporado expresamente dentro de los requisitos del tipo subjetivo, como sucede, por caso, en el delito de administración infiel que exige el fin de lucro para el autor o un tercero o el propósito de daño, o en la quiebra fraudulenta, en la que es necesaria la intención de defraudar a los acreedores.

Asimismo, y dado que el tipo objetivo no hace referencia alguna a la magnitud de la empresa cuyo funcionamiento se perjudica, tampoco resulta necesario, como por el contrario entiende Ilharrescondo, que el autor conozca la “incidencia que el establecimiento afectado tiene en la economía nacional y las consecuencias que su virtual afectación le generan a esta última”.⁽²⁷⁾

(25) Ver DONNA, EDGARDO, *op. cit.*, p. 646.

(26) Ver D'ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 524.

(27) ILHARRESCONDO, JORGE, *op. cit.*, pp. 416 y 417.

6 | Sujetos del delito

Ingresando ya al epílogo de este trabajo, parece oportuno dedicar unas palabras a indagar respecto de quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos del delito de desbaratamiento de empresa.

Partiendo de la postura según la cual el art. 174, inc. 6 CP no reprime el denominado “vaciamiento”, sino que abarca un espectro bastante más amplio de acciones encaminadas a desarticular el funcionamiento de una empresa, se hace evidente que, para ser **sujeto activo** del delito no se requiere ninguna condición en particular. No puedo sino coincidir, sobre la cuestión, con la concluyente opinión de Donna en el sentido de que: “Sujeto activo puede ser cualquier persona, pues el texto legal no restringe el posible círculo de autores a personas que reúnan determinadas cualidades”.⁽²⁸⁾

Además, y contrariamente a lo que sostiene gran parte de la doctrina, considero que los casos en que la autoría podría recaer sobre los accionistas mayoritarios, directores, administradores u otros sujetos que ejercen el control de la empresa ni siquiera deberían ser los más comunes. Aun cuando, en teoría, el tipo penal podría captar algunas acciones desplegadas por quienes dirigen o administran la empresa en perjuicio de terceros (principalmente acreedores o socios con participación minoritaria), en particular aquellas vinculadas al ocultamiento, enajenación o desvalorización de sus bienes, la mayoría de esos actos de “vaciamiento” encuentran, en mi opinión, una adecuación típica más precisa en otras figuras previstas en el Código Penal o en leyes especiales. Así, los actos realizados en detrimento de los intereses de socios minoritarios resultarán encuadrables, la mayoría de las veces, en tipos como el de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7 CP), balance falso (art. 300, inc. 2 CP) o autorización de actos indebidos (art. 301 CP). En cuanto a los derechos de los acreedores, parecieran encontrarse más específicamente protegidos por las figuras de desbaratamiento de derechos acordados (art. 173, inc. 11 CP), las distintas modalidades de quiebras y deudores punibles (arts. 176 a 180 CP), y aún por la genérica estafa del art. 172 CP, cuando adopta la forma del abuso de confianza. Inclusive, algunas leyes especia-

(28) DONNA, EDGARDO, *op. cit.*, p. 647.

les prevén formas de protección penal de ciertos acreedores en particular, como lo es el caso del art. 10 de la ley 24.769, que reprime la denominada “insolvencia fiscal fraudulenta”, constituida por aquellos actos destinados a frustrar total o parcialmente las expectativas de cobro de los fiscos nacional y provinciales, derivadas de determinaciones administrativas de obligaciones impositivas o de multas por incumplimiento de las leyes de procedimiento tributario.

En línea con lo expuesto en el párrafo precedente, soy de la idea de que la figura en examen, en tanto reprime conductas destinadas a impedir u obstaculizar el funcionamiento normal y armónico de una empresa, tendrá habitualmente por sujetos activos a sujetos ajenos a la titularidad o control de la firma, tales como socios minoritarios que bloquean ilegítimamente las decisiones de la mayoría, empleados infieles que sabotean sus operaciones o activistas que buscan interrumpir o perjudicar seriamente sus operaciones. Más aún, el tipo penal contempla formas de ataque al bien jurídico protegido (destruir o dañar bienes que conforman el capital de la empresa) que constituyen modalidades típicas de sabotaje, que difícilmente vayan a ser cometidas por los propios titulares del patrimonio afectado, y que resultan a las claras incompatibles con la noción de “vaciamiento”, la cual implica, precisamente, un modo ilícito de conservación de la hacienda de la firma, a través de su escamoteo a las acciones de cobro de los acreedores.

En lo que ataña al **sujeto pasivo** del desbaratamiento, el mismo será la persona, física o jurídica, titular del patrimonio afectado por el delito, que como ya vimos adquiere la forma de una organización de recursos materiales e inmateriales destinados a la persecución de un fin de lucro. Al respecto señala Carrizo:

“Sujeto pasivo es aquel que posee la titularidad del patrimonio afectado por la acción del (...) agente. Como componente de la relación delictiva, el rol del sujeto pasivo puede estar desempeñado de modo individual o colectivo, es decir, que puede ser tanto una persona física como ideal, tal el caso de las sociedades; en este último de los casos no se debe olvidar, que salvo en las sociedades en participación, los socios no son sujetos pasivos de la relación penal, pero ello no obsta a que puedan ser damnificados, semejante a lo que ocurre en el caso de la

aplicación del inc. 7 del art. 173 CP en materia de sociedades; en virtud de ello, se determina que la sociedad es titular del patrimonio afectado y por ende, sujeto pasivo".⁽²⁹⁾

Parece útil distinguir, por último, entre las nociones de **sujeto pasivo** y de **damnificado u ofendido**, siendo el primero el titular del patrimonio sobre el que recae el accionar del agente y el segundo aquel sujeto que sufre, directa o indirectamente, un perjuicio (en nuestro caso patrimonial) como consecuencia del delito. En esta última categoría podríamos, sí, incluir a los acreedores que ven frustradas sus expectativas de cobro, los empleados que pierden su fuente laboral, etcétera.

7 | Reflexiones finales

Arribamos finalmente al punto en que conviene repasar las cuestiones principales sobre las que he reflexionado en las páginas precedentes.

El punto central sobre el que me parece necesario insistir es que, a contrapelo de lo que sostiene buena parte de la doctrina especializada, el art. 174, inc. 6 CP no reprime una forma particular de defraudación orientada a frustrar la expectativa crediticia de los acreedores de una empresa, usualmente sintetizada en las ideas de "vaciamiento" o "transvasamiento", sino que tipifica lo que más bien puede ser entendido como una forma agravada de daño, enderezada a entorpecer o aun a paralizar el funcionamiento normal de un "establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios".

Tal como está redactada la norma, y más allá de la intención que hubieran podido tener en mente los autores del Proyecto que finalmente fue sancionado como ley 25.602, parece claro que el objeto de la tutela penal no son los terceros que contratan con la empresa, sino la empresa misma, entendida ésta no desde un criterio físico-patrimonial, como mero conjunto de bienes, sino desde una óptica económico-funcional, como la organización de factores productivos (capital, administración y trabajo) destinada a satisfacer una demanda de bienes y/o servicios en pos de una ganancia. Y, sinceramente, parece bien que así sea, si se atiende a la

(29) CARRIZO, RUBÉN, *op. cit.*

primordial importancia que el desarrollo de la actividad empresarial tiene para el bienestar y la prosperidad de la sociedad en su conjunto.

Para entender cómo operan las acciones atrapadas por el tipo penal de desbaratamiento de empresa, puede recurrirse a una analogía entre el funcionamiento de una firma y el del cuerpo humano. Tanto el cuerpo como la empresa son “sistemas” integrados por órganos o componentes que cumplen diversas funciones, las cuales pueden ser suprimidas o debilitadas por distintas vías. Y así como el derecho penal protege al ser humano de los daños al cuerpo que pueden acabar con su vida (mediante los distintos tipos de homicidio y aborto previstos en los arts. 79 a 88 CP) o perjudicar el normal cumplimiento de las funciones orgánicas (a través de las figuras de lesiones de los arts. 89 a 94 CP), del mismo modo la figura tipificada en el art. 174, inc. 6 procura evitar que la empresa se malogre o vea obstaculizada su actividad merced a acciones que buscan privarla de la libre disposición de sus bienes, impedir que su personal cumpla normalmente sus tareas o frustrar la toma de decisiones por parte de los órganos directivos. Siguiendo con la analogía propuesta, cabe concluir que la figura en trato reprime actos que buscan “matar” o “lesionar” a la empresa, y por ello he propuesto denominarla como “desbaratamiento”, término que, como se mencionó, precisamente da la idea de deshacer, arruinar, estorbar o desordenar algo.

En cuanto a las formas que puede adoptar el desbaratamiento de empresa, son muchas las posibilidades imaginables, y el tipo penal no las acota, aun cuando en su segunda parte brinda algunos ejemplos clásicos de sabotaje, que no son taxativos y serán encuadrables en la figura en trato si implican un efectivo perjuicio para el funcionamiento de la firma. En definitiva, cualquier acto que impida el desenvolvimiento normal de la organización encontrará adecuación típica, en la medida, está claro, en que represente un impedimento serio para el desarrollo de sus funciones y la consecución de sus fines. No interesa, en tal sentido, la forma en que se manifieste el ataque a la empresa, pudiendo consistir en el daño a sus bienes, el ejercicio de violencia o intimidación sobre su personal, el abuso de recursos jurídicos destinados a paralizar su actividad, etcétera.

Por último, y más allá del amplio alcance dado a la figura, no puedo dejar de remarcar una idea que, me temo, está siendo severamente amenazada en materia de delitos económicos en los últimos tiempos: la de que jamás

debemos perder de vista el carácter de ultima ratio del sistema jurídico que posee el derecho penal, lo cual nos debe conducir a una aplicación sumamente cautelosa de sus normas, reservada exclusivamente a los conflictos de mayor gravedad, que no puedan ser resueltos de otro modo. En el caso del tipo penal de desbaratamiento de empresa, prácticamente todas las conductas alcanzadas por la figura no son otra cosa que el reflejo amplificado de conflictos laborales, comerciales y aun familiares, que deberían hallar solución en el marco de las respectivas ramas del derecho privado, sin llegar al conocimiento de la justicia penal. El recurso enérgico, extremo, de la amenaza penal debería estar siempre restringido a aquellos casos en que han fracasado los demás remedios que ofrece el ordenamiento jurídico, y en que exista un severo perjuicio para la integridad del patrimonio de la empresa o una amenaza concreta para su supervivencia misma.

El Ministerio Público Fiscal frente a los delitos económicos

por **CARLOS GONELLA**⁽¹⁾

De acuerdo al diseño constitucional del poder, trazado con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, al Ministerio Público Fiscal de la Nación le compete promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, en coordinación con el resto de las autoridades públicas. A partir de este esquema, la función del fiscal, igual que la de otras personas que encarnan quehaceres estatales —incluidos los jueces— es eminentemente política, ya que representa una porción del poder del Estado que posee esa misma naturaleza. De allí que cada dictamen de un fiscal, así como cada sentencia de un juez, sea un acto político, pues expresa una decisión de poder estatal.

Trasladando lo dicho al ámbito de la política criminal, entendida como un campo que abarca la valoración de la estructura del sistema penal y de la política a su respecto, el Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a su rol constitucional y a su propia ley orgánica, debe ejercer la titularidad de la acción penal pública en el marco de una política institucional. En materia de criminalidad económica, teniendo en cuenta las características que presentan ilícitos como el lavado de activos, el Ministerio Público Fiscal se encuentra ante un desafío que exige, no sólo compromiso y presencia,

.....

(1) Fiscal General subrogante de la PGN, a cargo de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos, ex Fiscal General subrogante ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba; Especialista en Derecho penal y doctorando en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba; Docente de Derecho penal por concurso, Universidad Nacional de La Rioja (2007-2010).

sino preparación para comprender y afrontar las dificultades que encierra la investigación (y efectiva sanción) de estos delitos.

Por otro lado, en virtud de las graves y profundas consecuencias corrosivas que produce el lavado de activos en el plano político, económico y ético, la actuación del Ministerio Público implica una elevada responsabilidad democrática. Piénsese que en esta especie de ilícitos siempre hay un trasfondo delictivo de narcotráfico, trata de personas, fraudes fiscales, etc., que impactan en ámbitos muy sensibles para las políticas estatales, como la salud pública, la hacienda pública, la afectación a la dignidad humana, etc.

En la planificación de una política criminal enfocada hacia estos fenómenos criminales, no puede prescindirse del análisis de las dificultades que se deben enfrentar. En tal sentido, entre las diversas aristas que tipifican su complejidad, se destaca la corrupción. Desde perspectivas criminológicas, se la ha concebido como un nexo entre el crimen y la política. El poder corruptor del delincuente económico es uno de los rasgos que lo diferencian del infractor convencional de la ley penal. Aquél utiliza la corrupción de modo instrumental, como medio para comprar voluntades políticas de funcionarios de fuerzas de seguridad, judiciales, etc.

Otro aspecto problemático en torno a la delincuencia económica se vincula con el carácter selectivo del sistema penal, que es visto como una cuestión estructural generada por diversas circunstancias, entre las cuales se menciona:

- a. La ausencia de un afectado directo debido al aparente distanciamiento entre el autor y la víctima, lo que se relaciona con las características del bien jurídico tutelado, de corte colectivo o supra individual;
- b. el perfil del delincuente económico, a quién no se percibe como tal, debido al prestigio de las actividades que desarrolla en su medio. Resulta interesante enfocar este punto desde el plano cultural ya que, a partir del mismo, se advierte que existe indiferencia, tolerancia y, a veces, adhesión social a este tipo de conductas;
- c. las deficiencias en el sistema de administración de justicia para dar respuesta al problema debido a la escasa especialización y la falta de estructura material y humana;
- d. la influencia corruptora de los responsables sobre las estructuras de poder (políticos, fuerzas de seguridad y sistema judicial), lo que condiciona el nivel de selectividad secundaria;

- e. el diseño de proceso penal vigente que, al haber sido concebido para el juzgamiento de delitos del derecho penal nuclear, resulta inadecuado para el procedimiento de delitos más complejos como el lavado de activos u otros delitos económicos.

A estos factores, que podríamos denominar intra sistema, se suman otros que han operado en la dimensión más global de la problemática. En efecto, la respuesta dada por el Estado argentino a más de diez años de sancionada la ley 25.246 que incorporó al Código Penal Argentino el delito de lavado de activos de origen delictivo, no ha sido plenamente satisfactoria, teniendo en cuenta que, según el informe de la Unidad de Información Financiera (UIF), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, hasta hace muy poco se registraba sólo una condena en todo el país.⁽²⁾

Este panorama motivó que el Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF, por sus siglas en inglés), organismo internacional de incidencia en la materia que nuestro país integra desde el año 2000, considerara en su informe de 2009 que Argentina no alcanzó a cubrir 47 de las 49 recomendaciones adoptadas por el Grupo en relación al lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Entre los señalamientos se indicaban deficiencias a nivel legislativo, judicial y administrativo.

La tendencia se revirtió sustancialmente a partir del año 2011, en virtud de la adecuación de nuestra legislación: el dictado de la ley 26.683 (01/06/2011) modificó el régimen del delito de lavado de activos, incorporando el “auto lavado” y concibiendo estos ilícitos no ya como “delitos contra la administración pública” —tal como lo previó la ley 25.246—, sino como “delitos contra el orden económico y financiero”; y el dictado de, al menos, una condena. Todo ello redundó en una mejora de los estándares de cumplimiento de las 49 directrices del GAIFI, según la evaluación del año 2011.

En lo que respecta a la actuación del Ministerio Público Fiscal, la problemática viene siendo abordada desde el año 2001 a partir del dictado de las Resoluciones PGN 9/01, 59/01, 130/06, 129/09, 134/09 y 61/10 que dispusieron asignar responsabilidades en la materia a determinados magistrados, directivas de actuación para los fiscales con competencia penal

(2) Causa: “Altamira, Jorge y otros pss.aa. inf. ley 23.737, etc.”, del TOCF2CBA, sentencia del 15/12/2009.

en relación a la investigación del delito, la creación en el año 2006 de una Unidad específica para el abordaje de la materia, la celebración de convenios marco para la coordinación de actividades con otros organismos públicos, etc.

Pese a ello, resulta imperioso redoblar los esfuerzos a fin de revertir los resultados obtenidos hasta la fecha en términos de eficacia investigativa, juzgamiento y sanción del lavado de activos, en atención a los efectos perniciosos que el mismo genera en la sociedad y teniendo en cuenta los compromisos internacionales asumidos por Argentina en la materia (Convención de las UN contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; Convención Interamericana contra la corrupción; Convención de las UN contra la delincuencia organizada transnacional, etc.).

El delito de lavado de activos y la garantía constitucional del *ne bis in ídem*

Reflexiones sobre el fallo de la Sala I
de la Cámara Federal de Casación Penal
en “Jiménez, Jancy s/recurso de casación”

por **CARLOS GONELLA⁽¹⁾** y **DIEGO LUCIANI⁽²⁾**

I | Introducción

El 19 de noviembre de 2012, los integrantes de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (voto del juez Luis María Cabral, al que adhirieron los jueces Raúl Madueño y Eduardo R. Riggi), decidieron, por un lado, rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Jancy Jiménez contra la resolución del Tribunal Oral en lo

(1) Fiscal General subrogante de la PGN, a cargo de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos. Ex Fiscal General ante los Tribunales Orales de Córdoba (2009/2012), especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Córdoba y docente de Derecho Penal por concurso de la Universidad Nacional de La Rioja (2007/2010).

(2) Secretario de Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. Ex fiscal federal de Mercedes, especialista en Derecho Penal y docente de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Penal Económico nº 3, que dispuso condenar al nombrado como autor del delito de contrabando, en grado de tentativa (art. 45 CP y arts. 863 y 864, inc. d, en función del art. 871 del Código Aduanero). Por el otro, hicieron lugar al recurso de casación de la defensa con relación a la decisión del Tribunal Oral, que ordenaba la extracción de testimonios a fin de investigar la posible comisión del delito de lavado de activos, previsto en el art. 278 del CP.

Este último punto de la resolución es el que abre algunos interrogantes de interés —tanto desde el plano constitucional, como procesal y hasta dogmático—, que pretendemos en el presente compartir con el lector, pues las consideraciones efectuadas por los jueces resultan, al menos, controvertidas.

Así, este opúsculo solo pretende someter a debate las argumentaciones efectuadas por el Tribunal de Casación sobre el tema y mostrar una solución diferente, en la que se intentará demostrar que, en rigor de verdad, no existe, en este caso, la alegada afectación a la garantía constitucional del *ne bis in ídem*.

2 | Los hechos y las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Casación

Tal como se señala en la sentencia, el hecho fáctico que se le atribuyó a Jancy Jiménez —y por el cual fuera condenado a la pena de dos años y tres meses de prisión en suspenso— fue el de intentar ingresar al país, el 4 de febrero de 2009, por vía aérea, la suma de 144.800 euros que el nombrado poseía ocultos entre sus prendas y en la mochila que portaba.

Conforme lo reseñado, los integrantes de la Sala hicieron lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, interrumpiendo la investigación por la posible comisión del delito de lavado de dinero y entorpeciendo así la posibilidad de que se indague integralmente sobre el origen de los fondos que éste tenía en su poder.

Ello, a pesar de que, según se desprende de la misma resolución, en el caso no se había acreditado la procedencia lícita de los bienes, pues, se-

gún opinó la fiscalía en el requerimiento de elevación a juicio, "...el dinero que portaba Jancy Jiménez, y que le fue secuestrado en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, no proviene del producido de su trabajo...".

Entonces, ¿cuáles fueron los motivos por los que el Tribunal de Casación arribó a esa solución?

En resumidas palabras, se estimó que "la calificación de lavado de activos (...) fue analizada, investigada y descartada de la plataforma fáctica del juicio por el Ministerio Público Fiscal (...) Por consiguiente (...) importa un doble juzgamiento prohibido pretender reeditar la investigación del hecho bajo esa calificación legal...".

Ahora bien, dado que a nuestro criterio, tal como a continuación explicaremos, no ha habido afectación alguna de la garantía con jerarquía constitucional del *ne bis in ídem*,⁽³⁾ consideramos que el recurso de casación interpuesto por la defensa sobre este asunto debió haber sido declarado inadmisible, pues no se verificaba ninguno de los supuestos de procedencia enumerados en los arts. 456 y 457 del Código Procesal Penal de la Nación, no obstante lo cual el Tribunal de Casación se avocó al caso y resolvió la cuestión sin efectuar un meduloso análisis de la situación fáctica concreta.

3 | La garantía contra el doble juzgamiento

Sabido es que el principio mencionado constituye una garantía de no persecución penal que comprende la prohibición general de perseguir dos veces a un individuo por el mismo supuesto y por la misma causa.

Representa un principio de seguridad individual, que intenta lograr la protección del imputado o condenado del rigor que puede amenazarlo por

(3) Reconocida implícitamente en el art. 33 CN y expresamente a partir de la reforma del año 1994 incorporó a la Carta Magna diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —art. 8, párr. 4— y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) —art. 14, párr. 7—.

una nueva persecución penal que repite los hechos que dieron motivo a la primera imputación o a la sentencia condenatoria.⁽⁴⁾

Es claro que la garantía constitucional pretende proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partície en él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida; es decir, por un mismo hecho.⁽⁵⁾

Entonces, de lo que se trata es determinar si las imputaciones —tanto por la cual se lo condenara, como por la que se pretendió extraer testimonios— son idénticas; esto es: si ambas tienen por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto = *aedem res*).⁽⁶⁾

La sola comparación de los comportamientos delictivos nos conduce a considerar que no nos encontramos en presencia de un acontecimiento unitario.

En primer término, debemos decir que no es lo mismo el ocultamiento de mercaderías a fin de sustraerlas del control aduanero que la acción de quien convierte, transfiere, administra, vende, grava o aplica dinero proveniente de un delito con la consecuencia posible de que esos bienes adquieran la apariencia de origen lícito, o la acción del que recibe ese dinero con el fin de hacerlo aplicar en una operación que le dé apariencia posible de origen lícito.

La incriminación de la primera conducta tiene un fundamento económico y persigue, esencialmente, la protección de normas establecidas por razones de orden público dentro de las cuales se encuentran las funciones aduaneras que regulan los gravámenes aduaneros o fundan la existencia

(4) ABALOS, RAÚL WASHINGTON, *Derecho procesal penal. Cuestiones fundamentales*, 1ra. ed., Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, t. I, pp. 219/2.

(5) MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, 2da. ed., Bs. As., Editores del Puerto SRL, 1996, pp. 601/602.

(6) *Ibid.*, pp. 607/609.

de restricciones o prohibiciones a la importación y a la exportación.⁽⁷⁾ Lo determinante para su punición es, precisamente, el acto tendiente a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas relativas al control sobre importaciones y exportaciones.

Por su parte, el blanqueo de capitales es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.⁽⁸⁾ Así, esta actividad puede definirse como el procedimiento tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad.⁽⁹⁾

Si bien es cierto que del estudio de las diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema se han extraído dos enfoques predominantes —aquellos que consideran que el blanqueo se basa en la mera ocultación de los bienes de ilícita procedencia y los que mantienen que lo fundamental en el blanqueo es la reintroducción de esos bienes en la economía legal—;⁽¹⁰⁾ una razonable interpretación nos conduce a considerar que estas operaciones no solo tienden a ocultar o a encubrir el origen ilícito de los bienes o el dinero,⁽¹¹⁾ sino a hacer aparecer como lícito el producto de operaciones delictivas, enmarcadas bajo actividades comerciales, empresariales y financieras, perfectamente disimuladas como lícitas.

El análisis de ambos comportamientos nos lleva a reconocer que se está en presencia de imputaciones con objetos diversos, que habrían acaecido en espacios temporales diferentes, pues la recepción del dinero, obviamente, había sido previa, y hasta en lugares distintos.

(7) CSJN, L. 119, XXII, 19/10/1989, *in re*, "Legumbres SA".

(8) BLANCO CORDERO, ISIDRO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 101.

(9) CAPARROS, FABIÁN, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p. 115.

(10) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, 2000, p. 32 en adelante.

(11) DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra. ed. actual, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 540.

Por ello no puede afirmarse que nos encontramos ante un acontecimiento unitario, sino que se trata de hechos diversos.

De allí es que descartamos la aplicación de un concurso aparente (también llamado concurso impropio), en el que un tipo primario desplaza a un secundario —ya sea por especialidad,⁽¹²⁾ subsidiariedad⁽¹³⁾ o concusión—,⁽¹⁴⁾ como así también un concurso ideal, en el que existe una única acción con entidad para lesionar una pluralidad de leyes penales, que sí quebrantaría el principio *ne bis in ídem*, dado que estaríamos en presencia de una imputación única o idéntica.

Por el contrario, entendemos que se trata de un caso en el cual concurren hechos independientes entre sí, con pluralidad de afectaciones penales —esto es: un concurso real o material (art. 55 CP), que no afecta la regla constitucional estudiada—.

No modifica lo expuesto la circunstancia de que, al momento de prestar declaración indagatoria, al imputado Jiménez se le haya preguntado específicamente sobre el origen del dinero secuestrado y sobre su capacidad económica para justificarlo, pues ni siquiera ha sido cautelado por la presunta comisión del delito de lavado de dinero. En consecuencia, resta definir la situación procesal del imputado frente a tal imputación, máxime cuando se han dispuesto con posterioridad medidas de prueba tendientes a profundizar la pesquisa en ese sentido.

Obsérvese que el único evento por el que se dispuso el procesamiento del nombrado fue el de contrabando y fue por este preciso hecho, y no por otro, que la fiscalía requirió la elevación a juicio.

Entonces, siendo la acusación contenida en la requisitoria fiscal la base del juicio por la que se fija definitivamente la persona que debe ser sometida al mismo y el hecho acerca del cual debe versar el debate; era más que evidente que en la etapa del plenario no se iba a juzgar la supuesta acción de lavado de activos, pues sencillamente no se había producido acusación

(12) *Lex specialis derogat legi generali.*

(13) *Lex primaria derogat legi subsidiariae.*

(14) *Lex consumens derogat legi consumptae.*

alguna por este evento. De lo contrario, se hubiese vulnerado el principio de congruencia.

Recordemos, en este sentido, que el principio de congruencia impide juzgar por fuera de los hechos descriptos en la acusación y que, si bien los jueces tienen libertad de precisar las figuras delictivas que juzgan con exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio.⁽¹⁵⁾

Por tal razón, se ha definido el principio de congruencia como la debida identidad entre el hecho imputado en el acto de la indagatoria, el que fue materia de acusación, el que dispone la elevación a juicio, el que fue materia de acusación y el que fue recreado en la sentencia.⁽¹⁶⁾

De allí que mal podría el Tribunal Oral haber juzgado una conducta diferente a la de la acusación, esto es: "intentar burlar los controles aduaneros al pretender ingresar dinero sin haber sido declarado debidamente", pues ello hubiera implicado una variación sustancial del marco fáctico capaz de vulnerar el principio de la inviolabilidad de la defensa contenido en el art. 18 CN, dado que la defensa no hubiera podido resistir la acusación, en virtud de la sorpresa que hubiera significado para ella la nueva imputación.⁽¹⁷⁾

Por eso es que aparece como ajustado a derecho lo dispuesto por el Tribunal Oral —por unanimidad— en cuanto ordenó extraer testimonios de las partes pertinentes a efectos de que se investigue la posible comisión del delito de lavado de activos (art. 278 CP), pues la persecución por este hecho no se encontraba agotada, ni menos feneida.

4 | Reflexiones finales

Lo resuelto en el caso "Jiménez" por el Tribunal de Casación implicó, a nuestro entender, una desacertada interpretación de los alcances de la ga-

(15) Fallos 312:2140 CSJN (LL 1998-C-80).

(16) Sala I de la CNCP, partes "L., P. A. y otra", 2/3/2000, La Ley 2000-E, 760; como así c. N° 1280 caratulada "Barrionuevo", reg. N° 1484.

(17) Sala II de la CNCP, "Torres, Jorge H.", 23/09/2002, La Ley 2003-C, 387, Sup. Penal, 2003 (abril), p. 38.

rantía del *ne bis in ídem*, que vedó la posibilidad de conocer el verdadero origen de los fondos que Jiménez tenía en su poder cuando intentó burlar en nuestro país los controles aduaneros.

Este tipo de interpretaciones desafortunadas por parte de la jurisprudencia de nuestro país ha sido uno de los motivos, no el único, por el que el tipo penal previsto en el art. 278 CP tuvo durante su vigencia un mero efecto simbólico, si se considera la escasa o nula aplicación concreta y las exigüas condenas por este delito.

Sabido es que la República Argentina es integrante del GAFI desde el año 2000 y ha asumido el compromiso de mejorar continuamente las políticas nacionales para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, como así los mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Este compromiso viene dado, además, con motivo de que nuestro país incorporó al derecho interno diversos instrumentos internacionales de relevancia en la materia, como por ejemplo:

- I. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas, suscripta en Viena el 19 de diciembre de 1988 —aprobada en nuestro ordenamiento interno mediante la sanción de la ley 24.072—,⁽¹⁸⁾que constituye la piedra angular en materia internacional con relación a la prevención y represión del lavado de dinero, pues sus bases cimentaron gran parte de las legislaciones internas de cada Estado en ese aspecto;
2. el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo,⁽¹⁹⁾ incorporado mediante la sanción de la ley 26.024;⁽²⁰⁾

(18) Sancionada el 11/03/1992, promulgada el 09/04/1992 y publicada en el BO el 14/04/1992 (ADLA 1992-B, 1557).

(19) La preocupación por la reiteración de actos de grupos terroristas en todas partes del mundo, conllevó a que en el seno de las Naciones Unidas se aprobara, el 9 de diciembre de 1999, este instrumento que pretende la adopción internacional de medidas eficaces para prevenir la financiación y la ayuda del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, ya que, según se expone, la gravedad, como la repetición de hechos de esta naturaleza, dependen en gran medida de la contribución económica que puedan recibir. Es por eso que se intenta atacar enérgicamente estos comportamientos.

(20) Sancionada el 30/03/2005 y promulgada el 15/04/2005.

3. la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo de 2000, incorporada con la ley 25.632.⁽²¹⁾

Fue precisamente en este marco de compromisos internacionales —asumidos por el país en forma voluntaria—, que el 22 de junio de 2010 la Presidenta de la Nación envió al Honorable Congreso de la Nación el Proyecto de ley mediante el cual se propiciara, entre otras cuestiones, la reforma del tipo penal sobre lavado de activos previsto en el art. 278 CP.

En esta misma línea, al reanudarse las sesiones parlamentarias del año 2011, exhortó a los legisladores a la pronta sanción de la ley de lavado de dinero exigida por el GAIFI, con el fin de que el “Poder Legislativo y la jurisprudencia argentina pudieran tener una actuación mucho más activa de la que han tenido hasta ahora en materia de lavado...”.⁽²²⁾

Finalmente, el proyecto —con algunas modificaciones— fue sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el día 04/05/2011 y en la Cámara de Senadores de la Nación el 01/06/2011, dando lugar a la creación de la ley 26.683.⁽²³⁾

De esta manera, se derogó el art. 278 CP⁽²⁴⁾ y se creó un nuevo Título en el Código Penal denominado “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”, incorporándose dentro de él un nuevo tipo penal de lavado de dinero, acorde a los estándares internacionales, brindando una herramienta penal apta para hacer frente a esta grave modalidad delictiva.

Es que la realidad criminológica, caracterizada por la existencia de una poderosa criminalidad organizada que utiliza el sistema económico y financiero legal para reciclar las ganancias del dinero ilícitamente obtenido, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más allá de la afectación a la administración pública.

(21) Sancionada el 01/08/2002 y promulgada el 29/08/2002.

(22) Ver página web de la Presidencia de la Nación: www.casarosada.gov.ar

(23) Promulgada el 17/06/2011 y publicada en el BO el 21/06/2011.

(24) Ver ley 26.683, art. 2.

La actividad de reciclar el dinero ya dejó de ser el problema de un país o de un Estado en particular, pues sus consecuencias se verifican transnacionalmente. Las organizaciones delictivas que lo generan hacen sentir el efecto de su accionar convirtiendo a numerosas economías, especialmente a las emergentes, en cada vez más dependientes de esos capitales ilícitos, en tanto que las más desarrolladas llegan incluso a ver conmovidos diversos sectores, como por ejemplo, el financiero. La globalización de la economía también ha producido la globalización de las actitudes delictivas.⁽²⁵⁾

Precisamente, diversas legislaciones en el ámbito internacional se han volcado hacia la búsqueda de una efectiva lucha contra esta modalidad delictiva, pues la globalización de la economía beneficia a las organizaciones que se dedican a dicha faena dada la rapidez con que se puede trasladar el capital ilícito dentro del mercado mundial.

En definitiva, la transnacionalidad de esta actividad y sus derivaciones pueden colocar en jaque no solo a la economía y al sistema financiero de un país en especial, sino también de toda una región. Es por eso que se imponía analizar la cuestión bajo la óptica señalada, más aún cuando en la actualidad la inmensa mayoría de los países han formado bloques económicos y nuestra nación no se encuentra ajena a esta realidad.

El camino trazado desde el Poder Ejecutivo, y plasmado por el Legislativo, fue seguido por la Procuradora General de la Nación, quien recientemente creó la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC),⁽²⁶⁾ integrada por personal especializado que tiene por fin investigar delitos vinculados al lavado de dinero y a la financiación del terrorismo; fraude económico y bancario; mercado de capitales; delitos tributarios y contrabando; delitos contra la administración pública, y concursos y quiebras.

Es de esperar que todos los Poderes del Estado se sumen a estas iniciativas, pues el blanqueo de capitales no es una actividad ajena y aislada de la acción de la criminalidad organizada, sino que, por el contrario, forma

(25) PÉREZ LAMELA, HÉCTOR D., y REARTES, ROBERTO, *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 13.

(26) Mediante Resolución PGN N° 914/2012.

parte de este fenómeno complejo y constituye un eslabón fundamental en la cadena de acciones criminales desplegadas.

Atacar el poder económico de las organizaciones delictivas, impedirles gozar del producto de sus actividades y frenar los efectos nefastos de la economía delictiva en los engranajes de la economía legal constituye una estrategia básica para debilitar el poder de estas grandes asociaciones delictivas.

En síntesis, el blanqueo o reciclaje de dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Por eso se impone un esfuerzo mancomunado tendiente a poner fin a esta desdeñable práctica.

El delito de lavado de activos: consideraciones sobre su autonomía y cuestiones procesales controvertidas

por MARCELO LUIS JAIME⁽¹⁾

“El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar pruebas”
Jeremy Bentham

I | Introducción

Desde la incorporación del tipo penal de lavado de activos a la legislación nacional a través del otrora art. 25 de la ley 23.737, se han suscitado acaloradas discusiones sobre la cuestión probablemente más controvertida que suele presentarse en un proceso penal por este delito: la prueba del delito precedente del cual provienen los activos a los que se quiere dar apariencia lícita.

En razón de lo expuesto, dicha problemática ocupó un lugar protagónico en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.683 —que reformuló el tipo penal de lavado de activos en el art. 303 CP—;

.....

(1) Abogado en el Ministerio Público Fiscal. Posgraduado en el Programa de Actualización sobre Prevención Global de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y en el Programa de Actualización y Profundización en Derecho Penal Tributario, ambos de la Universidad de Buenos Aires.

debate en el cual existió un amplio consenso para dotar de autonomía al delito respecto del hecho previo generador de las ganancias ilícitas; ello, en el entendimiento que a través de aquella modificación se iba a facilitar la prueba del tipo penal.

Sentado ello, el propósito del presente trabajo es, en primer lugar, ponderar el marco normativo nacional e internacional sobre la materia, reseñando al mismo tiempo el contexto sociopolítico en el que fueron sancionadas las normas respectivas.

Seguidamente, se reseñará el marco teórico que enmarca la referida autonomía del delito de lavado de activos y, asimismo, se evaluarán las implicancias prácticas que conlleva aquella categorización.

Hacia el final, se analizarán los principales problemas en materia probatoria que se suceden en un proceso penal por el delito aludido.

Vale aclarar que, para el tratamiento de las cuestiones referidas, primordialmente se citarán precedentes del Tribunal Supremo del Reino de España, toda vez que dicho Tribunal cuenta con una vasta y consolidada jurisprudencia sobre la materia y que, a través de sus resoluciones, ha elaborado directrices interpretativas que son seguidas por los tribunales nacionales.

2 | Marco normativo

2.I | Convenciones internacionales

A partir del aumento exponencial del narcotráfico en los Estados Unidos luego de 1970, se intensificó la preocupación de los países centrales por las organizaciones criminales internacionales y sus extraordinarias ganancias.

Habida cuenta de ello, se sancionó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada en Viena —más conocida como “Convención de Viena”—, el 19 de diciembre de 1988. Por dicho instrumento, los Estados Parte se comprometieron, en lo sustancial, a castigar penalmente la organización, gestión o financiamiento del tráfico ilícito, y la conversión o transferencia

de los bienes procedentes de dicha actividad, además del ocultamiento o encubrimiento de su procedencia. Dicha convención fue incorporada al derecho interno en el año 1992, mediante la sanción de la ley 24.072 (ADLA, LII-B, 1557).

Por otra parte, en el año 1989 el grupo de los siete países más industrializados del mundo (G7) creó el Grupo de Acción Financiera (GAFI), con el objeto de estudiar las medidas de cooperación adoptadas en cada Estado Parte y de prevenir la utilización del sistema bancario y financiero por parte de las organizaciones delictivas. Asimismo, le fue atribuido al GAFI la potestad de emitir recomendaciones dirigidas a mejorar la cooperación internacional en la lucha contra el lavado de dinero. Esto redundó en la emisión por parte del organismo de 40 Recomendaciones en el año 1990, que establecieron un sistema de prevención y control global del lavado de dinero, las cuales fueron reformuladas en el año 2012.⁽²⁾ En particular, en la recomendación nº 3 se recomienda la tipificación del delito de lavado de activos.⁽³⁾

Amerita señalar que el GAFI es un organismo internacional *sui generis*. En efecto, no obstante a hallarse dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el GAFI no es formalmente parte de ella, ni de ninguna otra organización internacional.⁽⁴⁾ Empero, tiene una influencia decisiva en el diseño de la política criminal de los Estados en lo relativo al delito de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Por otra parte, en el año 2000 se celebró la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional —más conocida

(2) Luego del atentado contra el World Trade Center de 2001, a las 40 Recomendaciones originales se añadieron otras nueve, específicas del fenómeno del terrorismo. Sin embargo, en el año 2012, se emitieron unas nuevas 40 Recomendaciones, comprensivas de todas las anteriores.

(3) R3: "Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes".

(4) En tal sentido, se trata de un grupo *ad hoc* que tiende al logro de estrategias comunes sobre el delito de lavado de dinero basadas en la cooperación internacional. Sus membresía es limitada —no tiene vocación de incluir a todos los Estados—, aunque existen organismos regionales análogos (ej.: GAFISUD) a través de los cuales la red de prevención contra el lavado de dinero llega a prácticamente todos los países. La República Argentina es miembro pleno del GAFI y del GAFISUD. Sobre este último, cabe destacar que a partir de la sanción de la ley 25.728, se le reconoció la personalidad jurídica internacional, así como también su capacidad para, entre otras cosas, para contratar y actuar en justicia.

como “Convención de Palermo”—, que fue incorporada al plexo jurídico nacional en el año 2002 a través de la ley 25.632 (ADLA, LXII-D, 4005). Cabe destacar que la Convención referida establece una definición del delito de lavado de activos en su art. 6, y recomienda a los Estados Parte su tipificación.⁽⁵⁾

En esta línea, se suscribió en 2003 la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la ley 26.097 (ADLA 2006-C, 2392). En este convenio, se puso un especial énfasis en la adopción de medidas tendiente a la recuperación de los activos;⁽⁶⁾ un tópico que se encuentra cada vez más presente en todos los foros internacionales correspondientes a la delincuencia internacional.

Sentado ello, del análisis de los instrumentos internacionales señalados, se advierte que el lavado de activos viene ocupando desde hace décadas un lugar prioritario en la agenda de los foros internacionales, lo cual redunda en una ostensible injerencia de la comunidad internacional —en particular, de los países centrales—, en el diseño de la política criminal de los Estado Parte, lo cual muchas veces trae consecuencias paradojales.⁽⁷⁾

(5) Art. 6. Penalización del blanqueo del producto del delito. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La occultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

(6) Así, el art. 1, inc. b, establece como finalidad de la Convención el “promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos”.

(7) Ello, en razón de que no se consiguen los objetivos deseados por las convenciones, en virtud de que los Estado Miembro suelen legislar sin atender las particularidades locales y, peor aún, soslayando principios nucleares de su derecho interno.

Sobre el particular, Hans J. Albrecht⁽⁸⁾ sostiene que las transformaciones en el ámbito del control internacional de la criminalidad trasnacional u organizada, conjuntamente con los controles que allí se observan, han conducido a un cambio en el significado de la relación entre seguridad interna y externa. Añade que ello deriva en la pérdida de importancia del poder central y del monopolio de la fuerza nacional, que va retrocediendo bajo la forma de cooperaciones estatales, policiales y militares —en ámbitos internacionales y trasnacionales— que se manifiestan en sistemas de intercambio de información superpuestos.

Para cerrar esta referencia, cabe señalar que la importancia de las Convenciones reseñadas radica en que obligan a la República Argentina al cumplimiento de sus disposiciones, so pena de incurrir en causales de responsabilidad en el derecho internacional a raíz de que aquellas se encuentran ubicadas en un plano *supra legal* (art. 75, inc. 22 CN).

2.2 | Evolución del tipo penal de lavado de activos en Argentina

En consonancia con las disposiciones emanadas de la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988, nuestro país fue pionero en la región al tipificar el delito de lavado de activos en el art. 25 de la ley 23.737 (ADLA, XLIX-D, 3692), cuyos primeros párrafos prescribían:

"Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado.

Con la misma pena será reprimido el que comprare, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado".

(8) ALBRECHT HANS, JÖRG, "Terrorismo e Investigación Criminológica. Un Inventario", en *Criminalidad Compleja Terrorismo y Cybercriminalidad*, Bs. As., Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004, p. 5.

Así, el bien jurídico tutelado por dicha norma era la salud pública, es decir, el mismo bien jurídico protegido por el delito subyacente.

Más de una década después, en aras de adecuar la legislación nacional al proceso de estandarización en materia de políticas antilavado propuesto por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), se sancionó la ley 25.246 (ADLA, LX-C, 2805). Esta ley estableció un sistema integral para prevenir y sancionar el lavado de dinero, sin perjuicio de lo cual presentaba numerosas falencias y contradicciones conceptuales que obligaron al legislador a modificarla en numerosas oportunidades.

Entre otras modificaciones, se reformuló el art. 278 CP, el cual recogió la anterior recomendación N° 1 del GAFI —actual Recomendación N° 3— y así, el tipo básico del delito quedó redactado de la siguiente forma:

“Art. 278, 1): Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

De este modo, se eligió como bien jurídico a la administración pública, más precisamente la administración de justicia, y se rebautizó al Capítulo XIII —del Título XI, del Libro II CP— como “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”. Así, se estableció en el art. 278 CP la figura genérica del delito de lavado de activos como un encubrimiento agravado.

En aquella oportunidad, se expandió la nómina de delitos subyacentes del tráfico de estupefacientes a la totalidad de los delitos del CP y leyes penales especiales; ello, en contraposición a las recomendaciones del GAFI, que disponían que sólo se debía tipificar a los delitos graves.⁽⁹⁾

(9) Ello en razón de que la anterior Recomendación N° 1 indicaba que se debían incluir como delitos precedentes a los delitos graves, los cuales, para el GAFI, son aquéllos cuya pena

Ahora bien, durante la vigencia de los tipos penales referidas hubo escasas condenas por lavado de activos.⁽¹⁰⁾ Ello fue atribuido a las dificultades que presentaba la prueba del delito precedente, lo cual —como se verá más adelante— no resultaba técnicamente cierto.

Finalmente, en vísperas de una auditoría del GAFI que prometía ser severa, se sancionó la ley 26.683 (ADLA, LXXIC, 2333), la cual introdujo varias modificaciones a la ley 25.246 y, en lo que nos atañe, incorporó un nuevo título al libro segundo del CP, a saber: “Título XIII. Delitos contra el orden económico y financiero”.

Así, se incorporó la figura básica de lavado de activos en el art. 303 CP:

“Art. 303, 1): Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

De la lectura del nuevo tipo penal, se aprecia cambios relevantes como la consagración del delito de análisis como una figura autónoma, y el reemplazo del término **delito** por **ilícito penal** para referirse al hecho precedente generador de los bienes a los que se quiere dar apariencia lícita, entre otros.

máxima sea de al menos, de un año de prisión. Sin embargo, el legislador argentino decidió incluir la totalidad de los delitos de plexo jurídico nacional.

(10) En efecto, hubo dos condenas en orden al art. 25 de la ley 23.737. CNFed., Sala I, causa C. M. y otros del 28/9/2006. Cita La Ley online: AR/JUR/8030/2006 y CNCP, Sala I, causa N° 2572, reg. N° 3398 del 23/3/2000 —en virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Criminal Federal 3 de San Martín—.

Por otra parte, en torno al art. 278 CP hubo dos condenas: Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, “Acosta Aguilera”, La Ley online: AR/JUR/27403/2011; y T. Oral Fed. N° 2 de Córdoba, “Altamira”, rta. el 15/12/2009.

Al respecto, en el debate parlamentario se argumentó que las modificaciones realizadas tenían por fin facilitar la prueba del delito, y así, lograr una mayor efectividad en la persecución del mismo —dicho sin eufemismos: un mayor número de condenas—.

3 | Las fases del lavado de activos

Una de las definiciones más aceptadas afirma que el lavado de activos es “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita”.⁽¹¹⁾

Así las cosas, estimo oportuno efectuar una somera reseña de las diferentes etapas por las que transitan los fondos generados a partir del delito precedente.

Ello, en razón de que no puede tomarse al lavado de activos como una acción aislada que encuentra subsunción típica en una norma. Si tuviéramos esa visión estrecha, difícilmente podríamos entender la fenomenología de esta criminalidad altamente organizada que subyace al tipo penal.

Sentado ello, la primera de las etapas consiste en la colocación de los fondos en el circuito financiero o comercial, la cual tiene como objetivos:

- a. diferenciar el dinero de la actividad lícita, y
- b. mantener el anonimato del verdadero depositante. Para ello se necesita depositar los montos a blanquear en entidades financieras y fraccionarlos en pequeñas cantidades a fin de no despertar sospechas —como suele hacerse—. Dicha maniobra es también denominada *smurfing*. A tal efecto, usualmente se “arregla” con los empleados en las financieras.⁽¹²⁾

La segunda etapa es la decantación o estratificación, la cual persigue limitar, entorpecer y cortar, en caso de ser posible, la cadena de evidencias

(11) BLANCO CORDERO, ISIDRO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 101.

(12) Ver MECIKOVSKY, JAIME, “Metodología del lavado de dinero”, en Bertazza Humberto J. y D’Albora Francisco J. (h.), *Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Bs. As., La Ley, 2012, t. III, pp. 15/16.

ante las eventuales investigaciones sobre el origen del dinero. Con el objeto de lograrlo, se realiza un entramado de operaciones financieras en las que el dinero va pasando por distintas jurisdicciones —usualmente, por varios “paraísos fiscales”—, con el objetivo de hacer perder el rastro respecto del origen de los fondos.⁽¹³⁾

La tercera y última etapa es la integración, en la cual se procede a introducir formalmente al circuito legal los fondos en actividades licitas, con el fin de incorporarlos al circuito legal. Aquí se realizan las inversiones finales del dinero sucio reciclado, siempre con el objetivo puesto en encubrir el origen ilegal del mismo.⁽¹⁴⁾

De más está decir que no todos los procesos de lavado de activos siguen estrictamente este circuito, puesto que muchas veces se emplean otros medios para dar apariencia lícita a los fondos de origen espurio.⁽¹⁵⁾ Sin embargo, el procedimiento señalado es el más usual cuando se trata de lavado de grandes cantidades de dinero.

4 | Sobre la autonomía del delito de lavado de activos

4.I | Delitos básicos y delitos autónomos

Al sólo efecto de encuadrar conceptualmente el debate relativo a la denominada **autonomía** del delito de lavado de activos, efectuaré una brevíssima reseña sobre la interpretación que se le ha dado desde la dogmática a la interrelación que existe entre ciertos tipos de la parte especial del CP.

En efecto, Roxin sostiene que el legislador muchas veces configura los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos y, sin embargo, en conexión con ellos, crea y añade ulteriores elemen-

(13) *Íbid.*, p. 17.

(14) *Íbid.*, p. 18.

(15) Vg.: TOFed. N° 2 de Córdoba, caso “Altamira”.

tos, derivaciones —derivaciones típicas que agravan (tipos cualificados) o atenúan (tipos privilegiados) la consecuencia jurídica prevista para el tipo base—.⁽¹⁶⁾

No obstante, distingue los tipos cualificados y privilegiados de los tipos autónomos (*delictum sui generis*) que contienen, ciertamente, todos los elementos de otro delito, pero no son casos agravados o atenuados de ese otro delito, sino tipos autónomos con su propio tipo (clase) de injusto.⁽¹⁷⁾

Así las cosas, es pertinente aclarar que el concepto de delito autónomo ha sido objeto de numerosas críticas por la mayoría de la doctrina alemana;⁽¹⁸⁾ habiéndose postulado al respecto —entre otros argumentos— que no existen criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados.⁽¹⁹⁾

Como se verá al final de este apartado, las consecuencias jurídicas de la adscripción del delito de lavado de activos en una u otra categoría, no resultan demasiado significativas en la práctica procesal.

4.2 | Del tipo agravado de encubrimiento a la autonomía del lavado de activos

A partir de las directrices consagradas en las convenciones internacionales sobre la materia,⁽²⁰⁾ la estructura típica del delito de lavado de activos ha sido

(16) Ver ROXIN, CLAUS, "Derecho Penal. Parte General", en *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2da. ed., Madrid, 1997, t. I, p. 338. Como ejemplo, señala que el homicidio (§ 212) es el tipo base, mientras el asesinato (§ 211) es un tipo cualificado del primero.

(17) *Ibid.*, p. 340. En este caso, señala como ejemplo el robo violento (§ 249) es un delito autónomo en relación al hurto (§ 242) y las coacciones (§ 240) (p. 340).

(18) Ver BLEI, ROXIN, JAKOBS, citados por Gómez, Martín V., "La doctrina del 'delictum sui generis': ¿Queda algo en pie?". Ver texto en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>

(19) Ver ROXIN, CLAUS, *op. cit.*, pp. 340/341. Al respecto, manifiesta que dichos cuestionamientos están justificados, pues no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados, y aclara que cuando se trata de la relación de dos tipos entre sí, siempre hay que volver a averiguar de nuevo por medio de una interpretación orientada teleológicamente si, y en qué relaciones, son autónomos o independientes entre ambos.

(20) Art. 3 de la Convención de Viena de 1988.

vinculada con la del delito de encubrimiento, razón por la cual, se ha afirmado que los Estados parte han adoptado el modelo de la recepción.⁽²¹⁾

Lo antedicho se advertía claramente en el antiguo art. 25 de la ley 23.737 y en el derogado art. 278 CP —que en el CP, justamente, se hallaba en el capítulo del encubrimiento—, arts. éstos que aludían al delito previo en la configuración de los respectivos tipos penales.

Así, se ha expresado que el origen de la confusión entre ambos delitos surgió a raíz de que en las tipologías que se utilizan para describir la conducta de lavar activos, se empleaban verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento (como “encubrir” y “ocultar”).⁽²²⁾

Durante la vigencia del art. 278 CP, la Corte Suprema sostuvo que el delito de lavado de activos había sido legislado como una forma especial de encubrimiento, y no con carácter autónomo.⁽²³⁾

Diferente fue la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia de España,⁽²⁴⁾ que entendió que se trataba de un delito autónomo e independiente del delito subyacente.⁽²⁵⁾

Así las cosas, en el marco del debate parlamentario previo a la sanción de la ley 26.683, hubo un consenso prácticamente unánime entre los distintos bloques para establecer la autonomía del delito de lavado de activos, lo cual se instrumentaría a partir de la inclusión de la figura en un nuevo título del CP.

En tal sentido, se argumentó que a partir de este cambio de ubicación en la metodología del Código, se iba a dotar a los operadores judiciales de

(21) Ver BACIGALUPO, ENRIQUE, “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la responsabilidad del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en *Derecho Penal Económico*, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 279 y ss.

(22) Ver PINTO, RICARDO M. y CHEVALIER, OPHELIE, “El delito de lavado de activos como delito autónomo (Normativa de la República Argentina e Internacional). Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria”, en JA 2002-III-1340.

(23) Fallos 326:4530.

(24) Cabe destacar que el blanqueo de capitales se interpretó como delito autónomo, a pesar de que el art. 301 del Código Penal español se encuentre incluido en el capítulo de la recepción.

(25) STS, 10/1/2000.

herramientas más eficaces para la persecución de esta clase de criminalidad organizada;⁽²⁶⁾ ello, toda vez que se pensaba que la escasa cantidad de sentencias condenatorias durante las anteriores redacciones del lavado de activos, obedecía a la dificultad probatoria que traía aparejada la tipificación de la figura como un encubrimiento especial.

4.3 | La teoría de la accesoriiedad limitada aplicada al delito de lavado de activos

Ahora bien, para el análisis de las figuras de lavado de activos asentadas sobre la estructura típica del delito de encubrimiento, habitualmente se recurrió a la teoría de la **accesoriiedad limitada**. Por medio de la cual se afirma que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otro lado, que depende de éste hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea antijurídico, no siendo necesario que, además, sea culpable.⁽²⁷⁾

Aplicada al delito de análisis, varios autores afirman que existe una relación de dependencia entre el delito de lavado de activos con el delito subyacente.

En efecto, se ha señalado que, de la aplicación del principio de la accesoriiedad limitada, se pueden extraer dos consecuencias. La primera: cuando los bienes no tienen su origen en un hecho típico, no podrá haber un delito de lavado. La segunda: cuando existe una causa de justificación en el hecho previo que origina los bienes, tampoco podrá haber delito de lavado.⁽²⁸⁾

(26) Así, el Diputado Nacional Agustín Rossi (FPV) destacó la importancia de haber consagrado el carácter de delito autónomo del delito. En tal sentido, afirmó: "esto nos va a facilitar mucho más las cosas".

Por su parte, el Senador Nacional Ernesto Sanz (UCR) expresó que "la configuración del lavado como delito autónomo establece un marco teórico imprescindible" y que "cualquier buena voluntad o actitud de persecución, de investigación y de juzgamiento de este tipo de delitos, al no contar con este marco teórico que es el delito autónomo, hubiera llevado a consecuencias como las que se reflejan por allí o las que se han reflejado en el debate de comisión: o sea, hechos que la Justicia luego no podía juzgar si no era nada más que como un encubrimiento".

(27) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho penal. Parte general, 4ta. ed., Barcelona, 1996, p. 393.

(28) Ver CALLEGARI, ANDRÉ L., "Blanqueo de capitales. Aspectos penales y procesales", en Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, IJ-LXVI-370.

Entonces, sin perjuicio de que la ley 26.683 dotó de autonomía a la figura de estudio, mayoritariamente se entiende que, para el tipo de lavado de activos, continúa rigiendo el principio de la accesoriad limitada, motivo por el cual, resulta necesario que el hecho previo —ilícito penal— sea por lo menos **típico y antijurídico**.⁽²⁹⁾

Por consiguiente, si la acción subyacente generadora de los activos no puede ser calificada como delito (vg.: una infracción administrativa, un delito civil, etc.), no se configurará el tipo del art. 303 CP.

Ello va a facilitar la prueba del hecho previo en el proceso penal por lavado de activos, en tanto y en cuanto ya no será necesario acreditar cuestiones atinentes a la culpabilidad aunque, vale reiterar, seguirá subsistiendo la obligación de probar el hecho típico y antijurídico.

4.4 | Conclusiones respecto de la autonomía del lavado de activos

Resumiendo, se pueden identificar dos puntos de vista sobre la estructura típica del lavado de activos.

A través del primero, se interpreta al delito de lavado de activos como una figura accesoria al delito subyacente generador de las ganancias económicas que se procuran reintroducir en el mercado; es decir, se concibe al lavado como una forma de encubrimiento.

Por el segundo, se argumenta que el lavado de activos es un delito autónomo, que afecta a un bien jurídico distinto que el del delito precedente.

(29) BLANCO CORDERO, ISIDRO, *op. cit.*; CALLEGARI, ANDRÉ L., *op. cit.*; D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), *Lavado de dinero*, Bs. As., Ad Hoc, 2006; GIL LAVEDRA, RICARDO y SGRO, MARCELO A., "El nuevo régimen legal de lavado de activos", en *La Ley*, 18/08/2011, LL 2011-D, p. 1223; entre muchos otros.

Sobre el particular, Gil Lavedra y Sgro no obstante, aclaran que la expresión ilícito penal aún puede provocar algunos problemas interpretativos, pues existen diferentes concepciones entre los penalistas —según la orientación de la teoría del delito que admitan—, acerca de cuándo puede afirmarse que un hecho es típico y antijurídico.

En virtud de lo expuesto, se advierte que el debate acerca de la autonomía del delito de análisis se relaciona esencialmente con una categoría teórica —por cierto, muy cuestionada—, y con el bien jurídico tutelado, pero no se vincula sustancialmente con cuestiones probatorias.

En consecuencia, no se comprende la premisa que sostiene que por medio de un delito autónomo se pueden sortear las dificultades probatorias de una investigación de esta índole, puesto que una hermenéutica acorde con el principio de legalidad obliga inexorablemente a la prueba de la acción típica y antijurídica generadora de los activos que se pretenden blanquear.

Así, entiendo que los problemas relativos a la prueba del hecho previo señalado anteriormente en la figura del art. 278 CP, no obedecían a una hipotética dependencia del delito precedente; ello, en razón de que, en el caso del encubrimiento (art. 277 CP), el delito precedente es un elemento normativo del tipo y, sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha entendido que no es necesario el dictado de una sentencia condenatoria.

Verbigracia, en relación al viejo art. 25 de la ley 23.737, se ha dicho que de forma análoga a lo que ocurre con el delito de encubrimiento de contrabando, la acreditación del hecho precedente “puede resultar de presunciones cuya apreciación incumbe a los jueces de la causa, siendo también privativo de éstos la ponderación de la prueba de descargo que se incorpore a la causa”.⁽³⁰⁾

Ésta es la hermenéutica adoptada por el Tribunal Supremo de España desde hace décadas, la cual fue seguida mayoritariamente en los tribunales locales, por ejemplo, en la sentencia de juicio abreviado que redundó en la primera condena que se registró en orden al art. 278 CP.⁽³¹⁾

(30) RAMAYÓN, NICOLÁS, “Un fallo que demuestra los problemas probatorios del delito de lavado de dinero”, en LLBA 2003-659. Fallo comentado: Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, “Gil Suárez, Humberto Nicanor y otros”, rta. del 12/12/02.

(31) Por ejemplo, en el mencionado fallo “Acosta Aguilera”. Cabe destacar también, que la CNCP sostuvo que “a fin de tipificar el delito de encubrimiento no es imprescindible que antes de la condena exista una declaración judicial respecto de la existencia del delito antecedente, correspondiendo al tribunal que entiende en la causa la determinación de un hecho típico anterior y la procedencia ilícita de los bienes” (CNCP, Sala I, “O. P.”, rta. del 21/03/2006, publicado en Abeledo-Perrot nº 22/9776).

5 | Cuestiones probatorias problemáticas en un proceso penal por lavado de activos

5.1 | Generalidades

En función de lo dispuesto por el art. 303 CP, en un proceso penal por lavado de activos se deberá acreditar, básicamente:

- a. la acción típica, es decir, la conversión, transferencia, administración, venta, gravamen, disimulación, o cualquier otro medio idóneo para poner en circulación en el mercado;
- b. que la acción típica recaiga sobre bienes provenientes de un ilícito penal;
- c. la posibilidad de que aquellos bienes —originarios o subrogantes— adquieran la apariencia de un origen lícito;
- d. el conocimiento por parte del sujeto activo de lo precedentemente reseñado; y
- e. que el valor de los bienes supere la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.⁽³²⁾

Sin perjuicio de que excede el propósito del presente trabajo, corresponde acotar que el tipo penal tiene una redacción harto dificultosa,⁽³³⁾ razón por la cual, evidentemente, se trata de una figura de difícil probanza.

No obstante a lo referido, hay consenso en afirmar que existen dos cuestiones que revisten mayores controversias en lo concerniente a su prueba:

- a. que los bienes a los que se pretende dar apariencia lícita provienen de un ilícito penal; y
- b. el conocimiento por parte del autor del origen ilícito de los mismos.⁽³⁴⁾

(32) La mayoría entiende que el monto es una condición objetiva de punibilidad. Al respecto, ver BLANCO CORDERO, ISIDRO, *op. cit.*

(33) A propósito de ello, D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), sostiene que los verbos típicos deben permitir que el ciudadano comprenda en qué consiste el delito; deben tener significación jurídica unívoca y cubrir las distintas alternativas para que el agente se relacione con el objeto material de un delito anterior. D'Albora, Francisco J. (h.), "Cuestiones pendientes en la nueva ley de lavado de dinero", en *La Ley. Suplemento Penal*, 2011 (julio), 6, 2011-D, 915.

(34) Ver ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A., "Investigación y enjuiciamiento del blanqueo de capitales II", en Caparrós Eduardo F., Blanco Cordero, Isidro y Zaragoza Aguado, Javier A.,

Aunado a ello, se discute con vehemencia sobre la validez del uso de la prueba de indicios, entre otras cuestiones que a continuación abordaré.

5.2 | Sobre el uso de la prueba indiciaria en un proceso penal por el delito de lavado de activos

Toda vez que el lavado de activos implica una actividad compleja desplegada usualmente por sujetos y organizaciones criminales dotadas de un desarrollado nivel de logística y de profesionalidad, la evidencia empírica ha demostrado que la prueba resulta usualmente dificultosa.

Así entonces, estos inconvenientes han sido el fundamento del Tribunal Supremo de España, para considerar que las sentencias condenatorias por el delito de lavado de activos puedan basarse mayormente en prueba de indicios.

Es menester señalar que dicha interpretación se ha visto influida por las reglas emanadas de las Convenciones Internacionales aludidas *ab initio*; y, en particular, por el lobby desplegado por el GAFI a través de las revisiones periódicas a sus miembros, lo que influye significativamente en las legislaciones nacionales.

Sentado ello, el Tribunal Supremo ha considerado que la prueba directa prácticamente será de imposible producción, “dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de lavado del dinero procedente de aquélla, por lo que la prueba indirecta será la más usual”;⁽³⁵⁾ y que “la prueba de indicios aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión”.⁽³⁶⁾

Combate del lavado de activos desde el sistema judicial, 3ra. ed., Washington, Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela, y Banco Interamericano de Desarrollo, 2007, p. 394.

(35) Sentencias N° 1637/2000, de 10 de enero y N° 2410/2001, de 18 de diciembre.

(36) SSTS de 4/07/2006 y de 1/02/2007.

Asimismo, se ha afirmado que "el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contra indicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable".⁽³⁷⁾

Como reflexión criminológica, se ha sostenido que "en el delito de blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan".⁽³⁸⁾

Tal es la defensa del uso de este tipo de prueba que se ha expresado que los indicios no son "una prueba más insegura que la directa, que no es subsidiaria de ésta, y que incluso es más garantista porque exige un plus de motivación a la hora de explicitar el juicio de inferencia que conecta el hecho-base con el hecho-consecuencia, permitiendo así un mayor control del razonamiento del Tribunal y una más segura interdicción de la arbitrariedad".⁽³⁹⁾

Así las cosas, desde la STS 755/1997,⁽⁴⁰⁾ hay una consolidada jurisprudencia relativa al modo en que debe analizarse la prueba indiciaria en el lavado de activos;⁽⁴¹⁾ jurisprudencia ésta de la que extraen tres reglas interpretativas esenciales, a saber:

- a. Incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que, por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de

.....
(37) STS, 578/2012.

(38) Sentencias N° 1637/2000 de 10 de enero, y N° 2410/2001. También SSTS de 09/10/2004, 19/01/2005, 23/02/2005, 29/06/2005, 14/09/2005 y 20/09/2005.

(39) STS de 19/01/2005.

(40) En tal sentido, esta doctrina —que se inicia con la STS 755/1997— se viene reiterando hasta la actualidad —por ejemplo, en la STS, 578/2012—.

(41) Cabe destacar que si bien en principio los indicios se aplicaban en procesos de blanqueo procedente del tráfico de estupefacientes, luego las reglas se hicieron extensivas a otros tipos de delitos fuente.

- efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias;
- b. inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y
 - c. constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

Aunado a ello, y ponderando la casuística en la materia, el citado Tribunal ha enunciado que los indicios más habituales que aparecen en este delitos son, entre otros: la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo —por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico—; la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; y la existencia de sociedades pantalla o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.⁽⁴²⁾

No obstante a lo expuesto, el Tribunal Supremo ha establecido los requisitos⁽⁴³⁾ que debe contener la resolución que se funde en prueba indiciaria.

En tal sentido, desde un **punto de vista formal** se debe:

- a. expresar los hechos base que se estimen plenamente acreditados, y que van a servir de fundamento a la deducción; y
- b. precisar los indicios, y cómo se deduce de ellos la autoría del acusado, de modo tal que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado partir de aquellos. Asimismo, se deben enunciar los elementos de prueba que conducen a las conclusiones, y el *iter mental* que ha llevado al juez a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia; y

(42) La enunciación de todos estos indicios es hecha por la STS, 578/2012, la cual remite a la STS, 202/2006, 1260/2006, y 28/2010, entre otras.

(43) STS, 920/2011, entre muchas otras.

Por otra parte, desde el **punto de vista material**, es menester que los indicios:

- a. estén plenamente acreditados,
- b. sean plurales o únicos pero de una singular potencia acreditativa,
- c. sean concomitantes al hecho que se trata probar, y
- d. estén interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí. Por su parte, es necesario que la deducción sea razonable, y responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia.

Es pertinente referir que el Tribunal Supremo ha subrayado que su jurisprudencia condice con las disposiciones de las convenciones internacionales sobre la temática.

Vale subrayar que las directrices elaboradas por el Tribunal Supremo son asiduamente utilizadas por los tribunales nacionales al analizar casos de lavado de activos,⁽⁴⁴⁾ razón por la cual estimo innecesaria la cita de las resoluciones locales en donde hacen propias las consideraciones de análisis.

Ahora bien, sin perjuicio de que resulta válido el uso de prueba de indicios en el proceso penal, en aras de salvaguardar la presunción de inocencia de la que goza el imputado, comarto la opinión que afirma que es necesario que los indicios cumplan una serie de exigencias, a saber:

- a. deben estar plenamente asegurados: no valen las meras conjeturas o sospechas, pues no es posible construir certezas sobre simples probabilidades;
- b. deben concurrir pluralmente, pues un hecho único o aislado impide fundamentar la convicción judicial con base en la prueba indiciaria; y
- c. deben derivar deductivamente de los hechos probados: debe existir un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional según las reglas del criterio humano.⁽⁴⁵⁾

Empero, considero inadmisible aceptar que se valore como indicio para acreditar el delito de lavado de activos, la “constatación de algún vínculo o

.....
(44) Ver CNCP, Sala I, “O. P. ...”; Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, “Acosta Aguilera”, entre otros.

(45) Ver MONTAÑEZ PARDO, MIGUEL A., *La presunción de inocencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 106 y ss.

conexión” entre el imputado y personas o grupos relacionados con el tráfico de estupefacientes; ello, en virtud de que constituye una clara expresión de un derecho penal de autor, repugnante a los principios elementales de nuestro plexo jurídico.⁽⁴⁶⁾

Más allá de eso, no debe olvidarse que el fin último del proceso penal es la averiguación de la verdad, razón por la cual, el juez debe echar manos a todos los medios de prueba lícitos que se encuentren a su alcance para tratar de acreditar del modo más fehaciente posible, la materialidad del delito de lavado de activos.⁽⁴⁷⁾

Máxime cuando el CPPN consagra un sistema de *numerus apertus* para la “averiguación los hechos delictuosos mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad” (conf. art. 193 CPPN); y teniendo presente que en la actualidad se cuenta con una variedad de recursos tecnológicos para la investigación penal.

En suma, entiendo que la dificultad probatoria que presenta el delito de lavado de activos no constituye una excusa para recurrir exclusivamente a la prueba indiciaria para probarlo, pues el juez está dotado de diferentes medios para acreditar los hechos objeto de la investigación,⁽⁴⁸⁾ sin que se afecten los derechos y garantías del art. 18 CN y aquellos receptados en los Tratados Internacionales del art. 75, inc. 22 CN, y que integran el denominado bloque de constitucionalidad federal.

(46) Compartido, entre otros, por D’ALBORA, NICOLÁS F. y LÓPEZ, SANTIAGO A., “El proceso penal en la ley de lavado de activos”, en Bertazza, Humberto J. y D’Albora, Francisco J. (h.), *Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II, p. 19; y ALONSO, SILVINA A., “De la prueba de indicios en el delito de lavado de activos”, en *Revista de Derecho Penal Económico, Derecho Penal Tributario IV*, Rubinzel-Culzoni, 2010, p. 640.

(47) A propósito de ello, Jauchen expresa que una derivación del principio de la verdad real para procurar llegar a lo realmente acontecido, es afirmar que resulta indispensable evitar que surjan obstáculos formular para la investigación como existen en el proceso civil. Así, se afirma que el principio de libertad probatoria admite la posibilidad genérica de que todo puede ser probado y por cualquier medio. JAUCHEN, EDUARDO, *Tratado de la prueba en materia penal*, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2002, p. 32.

(48) Sobre el tópico, Cafferata Nores afirma que a partir de la regla emanada del art. 184, inc. 4 del CPPN, se autoriza el uso cualquier otro medio técnico o científico que permita descubrir, valorar los rastros o huellas que dejó el delito en la realidad. Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la ley 23.984*, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Depalma, 1998.

Por lo tanto, interpreto que no es constitucionalmente aceptable que una condena se sustente exclusivamente en prueba de indicios,⁽⁴⁹⁾ en tanto implica una inversión de la carga de la prueba que redunda en una afectación del principio de inocencia y de la garantía del *in dubio pro reo*⁽⁵⁰⁾ (art. 8.2 CADH; art. 14.2 PIDCP, arts. 18 y 75, inc. 22 CN).

5.3 | Sobre la prueba del ilícito penal precedente

La prueba del hecho previo generador de los activos a los que se pretende dar apariencia lícita —delito (viejo art. 278 del CP) o *ilícito penal* (art. 303 CP)— es, quizás, la cuestión más discutida en un proceso penal por lavado de activos.

En efecto, resulta poco frecuente que una investigación de lavado de activos se encuentre precedida de una sentencia condenatoria —o de una resolución que tenga por probado el ilícito penal— respecto del hecho previo; siendo lo más usual que el juez que entiende en el proceso de lavado sea el encargado de establecer la existencia del mismo y de acreditar su relación con los activos que se pretenden lavar.

A fin de precisar la metodología de análisis, considero pertinente advertir que se aludirá de modo indistinto a delito o ilícito penal para referirse al hecho previo generador de los activos que se pretenden blanquear; ello, en virtud de que, más allá de las diferencias entre ambos conceptos desde el punto de vista dogmático, para la configuración del lavado de activos resulta necesaria la prueba de aquel sustrato fáctico —con los matices que se verán a continuación—.

Sentado ello, un primer sector —minoritario— postula que para la configuración del tipo penal de lavado de activos es necesaria una sentencia condenatoria que establezca la existencia del delito precedente.

(49) Opinan en sentido idéntico, CALLEGARI, ANDRÉ L., *op. cit.*, y ALONSO, SILVINA A., *op. cit.*, entre otros.

(50) Se afirma que la garantía constitucional *in dubio pro reo* es, en definitiva, es la “otra cara de la moneda” del principio de inocencia. CAFFERATA NORES, JOSÉ, “*In dubio pro reo* y recurso de casación contra la sentencia condenatoria”, en Revista Jurídica La Ley, La Ley, 1999-F, 544.

Así, se ha entendido que el término delito aludido en el art. 301 CP español, no sería tal sino es por constatación de sentencia penal firme, y, por lo tanto, no podría atribuirse la acción de blanqueo sin que antes se haya condenado por el hecho que generó los beneficios ilícitos.⁽⁵¹⁾

No obstante a lo apuntado, cabe destacar que aún exigiendo una sentencia condenatoria para la prueba del delito previo, va a seguir estando pendiente demostrar que los bienes generados a partir del delito o del ilícito penal previo son los mismos a los que se quiere dar apariencia lícita, puesto que esa conexión indefectiblemente debe ser comprobada.⁽⁵²⁾

A propósito de ello, se ha dicho que no se trata de los bienes que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquéllos que tienen su origen en el mismo.⁽⁵³⁾

Por su parte, el sector mayoritario entiende que no es necesario un pronunciamiento judicial —previo al proceso penal por lavado de activos— que acredite apodícticamente el delito o ilícito penal precedente y la autoría del mismo; y en consecuencia, aceptan que el juez del proceso del lavado de activos sea el que determine el delito o ilícito penal precedente generador de las ganancias que se pretenden lavar.

Empero, cabe hacer una distinción dentro de este grupo toda vez que un sector considera que, aunque no es precisa una sentencia condenatoria, es menester que se identifique concretamente la acción típica y antijurídica generadora de los activos; mientras que otro grupo interpreta que basta con que se pruebe una actividad delictiva genérica de la cual provienen los fondos ilícitos.

Al respecto, en la STS del 29/9/2001, el Tribunal Supremo de España ha sostenido que:

"ni en la definición del delito de blanqueo, ni en la definición de la forma genérica de receptación, se exige la previa conde-

(51) Ver BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina, *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 11/20.

(52) BLANCO CORDERO, ISIDORO, *El delito de blanqueo de capitales*, op. cit., p. 252.

(53) STS 1070/2003.

na por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, y que la ausencia de semejante requisito es lógica desde una perspectiva político-criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas".⁽⁵⁴⁾

Por otra parte, el citado Tribunal ha entendido que no es necesario determinar la autoría del delito previo o antecedente para considerar probado el origen criminal.⁽⁵⁵⁾

A propósito de ello, se ha expresado que si la característica fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoria respecto al delito previo, en buena lógica no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva.⁽⁵⁶⁾

No obstante, los partidarios de esta hermenéutica reconocen que en aquellos supuestos en que tengan su origen en delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado (art. 301.1, párr. 2 CP de España) será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta.⁽⁵⁷⁾

Esa distinción efectuada por el Tribunal Supremo entre la figura básica y agravada de lavado, a mi juicio, pone de manifiesto la falta de solidez sobre la que se apoya la afirmación de que sólo en la hipótesis agravada debe identificarse el delito del cual provienen los activos que se pretende

(54) En idéntico sentido se pronuncian la STS del 14/04/2003 y STS del 15/12/2004, entre otras.

(55) STS del 23/02/2005.

(56) ZARAGOZA, AGUADO, *op. cit.*, p. 396.

(57) *Íbid.*, p. 397.

blanquear, y no en el tipo genérico: ¿por qué motivo la figura básica no debería ameritar un análisis e identificación del hecho previo? Las inconsistencias teóricas de esta interpretación son evidentes.

Sobre el tópico, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha expresado que “la procedencia criminal de los bienes que son objeto de blanqueo sólo requiere la comprobación genérica de una actividad delictiva previa que, según las circunstancias del caso, permita la exclusión de otros orígenes posibles, sin que sea necesaria la demostración plena de un acto delictivo específico ni de los concretos partícipes en el mismo”.⁽⁵⁸⁾

Asimismo, se ha dicho que “no es menester para acreditar tal elemento normativo [delito previo] la existencia de una condena judicial firme o siquiera un proceso legal en curso sino la acreditación razonable de una actividad ilícita con categoría de delito”.⁽⁵⁹⁾

Tales afirmaciones conducen inexorablemente a preguntarnos qué alcance semántico debemos darle a la expresión **actividad delictiva previa** y, asimismo, cómo debería ser probada. Al respecto, se advierte que la expresión de referencia resulta vaga e imprecisa y, en consecuencia, es susceptible de generar una notable inseguridad jurídica,⁽⁶⁰⁾ razón por la cual, entiendo que deviene necesario que se precise concretamente en qué consistiría la **actividad delictiva previa**.

Ahora bien, no todos los partidarios de la exigencia de sentencia judicial para la configuración del delito de lavado de activos, opinan que sólo es necesaria la comprobación de una actividad delictiva genérica. Por el contrario, un vasto grupo de autores considera que se debe identificar el delito o ilícito penal fuente que genera los activos a los que se pretende dar apariencia lícita.

(58) CNApel. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II-B, “A. E. s /procesamiento”, rta. el 14/07/2011, publicada en *La Ley online*, AR/JUR/31852/2011.

(59) Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, “Acosta Aguilera”.

(60) La expresión lingüística puede ser difusa. Es importante el contexto de toda oración. Ver VERNENGO, ROBERTO J., “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 14, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 10. Citado por Alonso, Silvina A., *op. cit.*, p. 641.

Al respecto, se ha dicho que, si bien no resulta necesario el dictado de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, en virtud de que el tipo alude al concepto de delito en abstracto —concepto del injusto—: acción típica y antijurídica, que deja de lado los aspectos subjetivos atingentes a la culpabilidad;⁽⁶¹⁾ su prueba en un caso concreto, al igual que el resto de los elementos típicos indispensables para arribar a la certeza que habilita la condena, requiere el señalamiento preciso de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del injusto que se admite como delito previo.⁽⁶²⁾

Esta hermenéutica es compartida un importante grupo de autores españoles.⁽⁶³⁾ Así, se ha afirmado que es preciso que se acredite la existencia de un hecho delictivo previo, o sea, es necesario saber con precisión cuál fue el hecho criminoso que originó los bienes;⁽⁶⁴⁾ hecho éste que debe ser mínimamente circunstanciado.⁽⁶⁵⁾

Queda claro, entonces, que mayoritariamente se acepta la posibilidad de que el juez que investiga el delito de lavado de activos, pueda determinar la existencia del delito o ilícito penal precedente.

Al margen de ello, se ha considerado la posibilidad de que exista un proceso en paralelo a la investigación por lavado en el cual se investigue la eventual existencia del delito previo y, a su vez, nutra de información al primero,⁽⁶⁶⁾ lo cual resulta claramente factible y no implica reparos de índi-

(61) D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), "Lavado de dinero...", p. 18.

(62) D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), "El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes", publicado en *Suplemento Penal 2010* (agosto) 1, La Ley, 2010-D.

(63) BLANCO CORDERO, ISIDRO, "El delito de blanqueo de capitales"; y CAPARRÓS, FABIÁN, op. cit., entre otros.

(64) BLANCO CORDERO, op. cit., p. 252.

(65) PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS, "Receptación y figuras afines", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Estudios de Derecho Judicial, 1996, p. 380.

(66) D'Albora, Nicolás F. y López, Santiago E. aceptan esta posibilidad, distinguiendo la hipótesis de que el mismo juez que investiga el lavado sea el que lleve adelante la instrucción por separado del delito previo, de aquél supuesto en el cual cada proceso —lavado de activos, y delito previo— sea investigado por jueces diferentes. Ahora bien, los autores reconocen que habría inconvenientes cuando el proceso por lavado esté en condiciones de ser sometido a debate con anterioridad al del delito previo, pues parecería un contrasentido que el tribunal que juzga el lavado pueda adquirir certeza sobre el delito previo,

le constitucional en tanto y en cuanto el delito o ilícito penal precedente resulte identificado y probado.

Habida cuenta de lo expuesto, considero que la única interpretación válida que se le debe dar al término ilícito penal del cual provienen los activos, no es otra que la de una acción, típica y antijurídica, prevista en el Código Penal⁽⁶⁷⁾ o en las disposiciones penales desperdigadas en las leyes especiales que, por alguna causal no pudo acreditarse la culpabilidad del autor.⁽⁶⁸⁾

Por consiguiente, el delito o ilícito penal debe ser probado en el marco del proceso penal por lavado de activos y, asimismo, debe acreditarse la conexión entre aquel hecho y los activos a los que se pretende dar apariencia lícita.

5.4 | Sobre la prueba del aspecto subjetivo

La prueba del aspecto subjetivo respecto del delito precedente —es decir, la acreditación del conocimiento por parte del sujeto activo del origen delictivo de los bienes a los que se pretende dar apariencia lícita— constituye otra de las cuestiones más polémicas sobre la materia.

En líneas generales, la jurisprudencia española recurre a los indicios para tener por probado el conocimiento del sujeto activo del delito de lavado de

cuando el juicio oral por este último no hubiere comenzado. Ver D'ALBORA, NICOLÁS F. y LÓPEZ, SANTIAGO E., *op. cit.*, p. 15.

(67) La expresión "ilícito penal" claramente indica que basta que el hecho del que el bien proviene haya sido penalmente "típico" y antijurídico. Ver GIL LAVEDRA, RICARDO y SGRO, MARCELO A., *op. cit.*

(68) Se ha dicho que no tiene sentido admitir a todos los delitos como delitos previos, aunque la nueva ley facilita su acreditación al precisar su referencia como ilícitos penales. Si se pierde de vista su relación con el crimen organizado se generan enormes riesgos para el sistema penal. Sólo justifican su consideración como tales aquellos delitos asociados a dicho fenómeno que tengan capacidad para afectar el normal funcionamiento de los mecanismos superiores de la economía. Cervini, Raúl, "Ponencia para el encuentro internacional de expertos organizado por la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo" (FAPLA), celebrada en Bs. As. los días 24 y 25 de abril de 2008, citado por D'ALBORA, FRANCISCO J., "Cuestiones pendientes en la nueva ley de lavado de dinero", *op. cit.*

activos,⁽⁶⁹⁾ razón por la cual, devienen aplicables las apreciaciones efectuadas *ut supra* sobre la prueba indiciaria.

Amerita señalar que los tribunales suelen invocar como guía interpretativa el art. 3.3 de la Convención de Viena de 1988, el cual dispone que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de los delitos precedentes, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.⁽⁷⁰⁾

En ese contexto, el Tribunal Supremo español ha señalado que el único dolo exigible al autor, y que se debe objetivar, es la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave;⁽⁷¹⁾ de lo que se desprende que no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito.

Asimismo, se ha dicho que puede afirmarse ese conocimiento “cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita... sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho (...) en otras palabras basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social”.⁽⁷²⁾

Siguiendo esta línea, la Cámara Nacional de Casación Penal ha entendido que “el nivel de exigencia respecto del sujeto activo no necesita superar el dato de que los bienes proceden de una actividad delictiva grave sin más precisiones, pues la figura no exige plena prueba de un ilícito penal concreto y determinado”.⁽⁷³⁾

Asimismo, el Tribunal Oral en lo Penal Económico nº 2 ha interpretado que el art. 278, apart. 3 CP no requiere el conocimiento de todos los detalles y

(69) Ver STS del 10/1/2000, entre muchas otros.

(70) Art. 3, inc. 3: “El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párr. 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

(71) STS 1637/2000 de 10 de enero.

(72) STS del 05/02/2003.

(73) Ver CNCP, Sala I, “O. P.”.

pormenores del delito del cual proceden los bienes sino, como mínimo, la sospecha de su procedencia ilícita.⁽⁷⁴⁾

Desde esta óptica, se ha considerado que “no se requiere un saber exacto y pormenorizado del tipo penal previamente cometido por el autor, como son las circunstancias de tiempo, modo de comisión o lugar, autores, partícipes, víctimas, ni la figura concreta cometida; bastando sólo que el sujeto activo sepa que el dinero o los bienes procedan de la comisión de algún delito previsto en el Código Penal o en leyes complementarias”.⁽⁷⁵⁾

Así entonces, para probar el conocimiento la jurisprudencia recurre parámetros imprecisos —vg.: conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho— y, asimismo, acepta que el delito de análisis pueda cometerse con dolo eventual.

5.5 | Sobre la valoración de las explicaciones dadas por el imputado en su descargo

Es menester referir someramente al tratamiento que le ha dado el Tribunal Supremo de España a las explicaciones dados en la declaración del imputado.

Así, se ha tomado el descargo del encartado como un “indicio adicional (...) cuando se trata de manifestaciones inverosímiles, absurdas o faltas de todo apoyo objetivo”; lo cual a su entender “no supone invertir la carga de la prueba”.⁽⁷⁶⁾

En tal sentido, se ha afirmado que “no se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de requerirle al acusado que justifique aspectos que, de ser lícitos, serían fácilmente demostrables, al menos aportando datos o circunstancias de otra realidad”.⁽⁷⁷⁾

(74) Ver Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, “Acosta Aguilera”.

(75) LUCIANI, DIEGO S., “Un nuevo tipo penal de lavado de dinero”, en *La Ley*, 2011-B, 978.

(76) STS del 28/02/2003.

(77) STS del 11/11/2010.

Al respecto, para el tema se suele invocar al caso "Murray" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1996,⁽⁷⁸⁾ en donde se argumentó que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión de que no existe explicación alternativa alguna.

En esta línea, se ha entendido que el silencio del acusado o la inconsistencia de la versión de los hechos "pueden ser utilizados como elemento que corrobore las pruebas de cargo aportadas, pues la ausencia de una explicación o la falta de coherencia de la aportada equivale a que no hay explicación posible".⁽⁷⁹⁾

De todas formas, se ha dicho que "no es posible construir el método indiciario sólo a base de manifestaciones auto-exculpatorias del acusado, aun entendidas como inverosímiles o ilógicas, pero si existen otros indicios sobre su participación en los hechos, aquellas pueden servir de indicio adicional o de refuerzo para consolidar estos".⁽⁸⁰⁾

Sobre el tópico, hago extensivas las reflexiones efectuadas *ut supra* al comentar la interpretación jurisprudencial que se le ha dado a la prueba indiciaria,⁽⁸¹⁾ y me remito a ellas en honor a la brevedad.

5.6 | Sobre la prueba del delito cometido en el extranjero

El art. 303, inc. 5 CP,⁽⁸²⁾ establece la posibilidad de que el delito o ilícito penal precedente generador de los activos que se pretenden blanquear haya sido cometido en el extranjero.

(78) STEDH del 18/01/1978, "Irlanda vs. Gran Bretaña".

(79) STS del 23/12/2003.

(80) ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.*, p. 399.

(81) Ver 5.2.

(82) Art. 303, inc. 5. "Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión".

No obstante a ello, cabe aclarar que en esta hipótesis rige el principio de la doble incriminación, esto es, el delito o ilícito penal debe hallarse tipificado tanto en el país en donde fue cometido, como en la República Argentina.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyo el dictamen del Procurador quien había sostenido que el principio de doble subsunción no exige identidad normativa entre los tipos penales porque lo relevante es que las normas del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción penal, y porque para esta constatación el juez de la extradición no está afectado por el *nomen iuris* del delito.⁽⁸³⁾

Asimismo, resulta pertinente citar un fallo del cimero tribunal en el que se negó la extradición a los Estados Unidos de América de quien resultó condenado en dicho país por cargos de lavado de dinero toda vez que, al confrontarse la descripción del hecho efectuada por el Estado requirente con la legislación nacional, se advirtió que aquél no es subsumible en ningún tipo penal nacional; ello, porque no surgía que el condenado hubiera realizado operaciones con dinero procedente de alguna fuente ilícita, sino que sólo se limitó a intervenir en la venta de mercaderías a una persona que manifestó pagar con dinero proveniente del narcotráfico y que resultó ser un agente encubierto del ente recaudador norteamericano.⁽⁸⁴⁾

Por otra parte, en un proceso en orden al art. 25 de la ley 23.737, se ha entendido que los dichos de un **arrepentido** ante un Tribunal de otro país constituyen un elemento altamente indicario que no puede ser desatendido.⁽⁸⁵⁾

Se advierte con facilidad que nuevamente surge la problemática respecto del grado de certeza que se debe tener en relación al delito o ilícito penal.

En esta hipótesis resulta ciertamente riesgoso que el juez que investiga el delito de lavado de activos en el país determine la existencia del delito o ilíci-

(83) CSJN, "Crousillat Cerreño, José F.", en DJ, 01/11/2006.

(84) CSJN, "Schlaen", La Ley Online: AR/JUR/673/2008.

(85) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, "C., M. J. y otros", rta. el 15/12/1992, JA, 1993-IV-89.

to penal previo cometido en el extranjero,⁽⁸⁶⁾ razón por la cual necesariamente se debe recurrir al tribunal foráneo para que éste acredite la existencia del hecho fuente de los activos que se pretenden blanquear.

6 | Conclusión

El fenómeno del lavado de activos es, en lo sustancial, una expresión del accionar de organizaciones delictivas transnacionales que escapa de la órbita de análisis de la criminalidad tradicional. Por consiguiente, las respuestas para su tratamiento no pueden buscarse el derecho penal nuclear pues rápidamente se advertirá la insuficiencia del mismo para abordarlo eficazmente.

Sin embargo, toda vez que la República Argentina adhirió a convenciones internacionales que obligan a la tipificación del delito de análisis, debe desarrollarse una política criminal integrada, de manera tal que las directrices emanadas por los instrumentos internacionales se amolden a los principios rectores de nuestro derecho constitucional, y no a la inversa.

Así entonces, ponderando la redacción del art. 303 CP, cabe concluir que si bien la figura es autónoma respecto del delito precedente, sigue siendo necesaria la prueba del ilícito penal —acción típica y antijurídica— fuente de los bienes que se pretenden blanquear puesto que una interpretación más laxa redundaría en una afectación del principio de legalidad.

En tal sentido, si la prueba del tipo penal de análisis resulta dificultosa en razón de la compleja redacción de la figura, el juez debe redoblar los esfuerzos y emplear todos los medios de prueba lícitos que estén a su alcance para el descubrimiento de la verdad (conf. art. 193 CPPN).

Por el contrario, resulta inaceptable que se consagre jurisprudencialmente una especie de régimen probatorio *ad hoc* para el delito de análisis, basado esencialmente en la inversión de la carga de la prueba y en el uso indiscriminado de prueba indiciaria, pues ello deviene en una flexibilización de las garantías constitucionales del derecho penal liberal, y abriría las puertas al temible derecho penal del enemigo.

(86) Por razones de inmediatez con los medios de prueba, conocimiento del derecho extranjero, etc.

Verbigracia, no se puede seguir a rajatabla, como si fuera una presunción *iuris tantum*, la regla que postula que se debe valorar como indicio la constatación de un vínculo entre el imputado por el lavado de activos y personas relacionadas con el tráfico de estupefacientes; ello en virtud que tal razonamiento sería propio de un derecho penal de autor y aniquilaría el principio de culpabilidad.

Por consiguiente, como sostiene Ángela Ledesma:

"frente a la realidad imperante, mayor complejidad delictiva y nuevas modalidades delincuencia, criminalidad organizada, delitos financieros, estructuras cambiantes de la criminalidad y una forma marcada de delincuencia nacional e internacional, los Estados justifican respuestas de emergencia, los que en su mayoría atentan contra el orden Constitucional. Pero aún en estos casos, los principios de legalidad, gravedad, judicialidad y fundabilidad, la eficacia y justicia del proceso penal, deben ser el punto de partida del análisis inicial de las reglas mínimas de juzgamiento exigidas, cuyo cumplimiento resulta insoslayable en una nación civilizada, a partir de ello podremos dar respuesta a la cuestión planteada".⁽⁸⁷⁾

.....

(87) LEDESMA, ÁNGELA E., "La prueba como garantía del proceso penal", en *Suplemento Doc-trina Judicial Procesal*, 2010, p. 56.

Delitos Económicos y crisis político-económica mundial

por CARLOS CHRISTIAN SUEIRO⁽¹⁾

I | Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad exhibir la relación entre el reacomodamiento del poder geopolítico de los Estados, las crisis económicas globales y la regulación legislativa de los Delitos Económicos realizada por parte de los Estados nacionales.

En particular, también se intentará exhibir la regulación legislativa en materia de Delitos Económicos realizada por la República Argentina, especialmente en las áreas del derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario.

Es así que dividiremos este trabajo en tres puntos centrales. El primero de ellos, destinado a exhibir la actual crisis política mundial y la crisis económica global, se denomina “La crisis económica global y el reacomodamiento geopolítico del poder mundial”.

La segunda parte del trabajo, denominado “La legislación nacional en materia de Delitos Económicos. Análisis dogmático del derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario”, es

(1) Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra del Dr. Alejandro Alagia de la Facultad de Derecho (UBA) y Secretario Letrado de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

tará abocado a incursionar en la legislación nacional en materia de Delitos Económicos. Allí, abordareros la regulación puntual del derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario a fin de constatar si ellos resultan respetuosos de las garantías constitucionales. El último punto del trabajo estará destinado al “Análisis político-criminal de la legislación nacional en materia de Delitos Económicos”.

Habiendo esclarecido el orden metodológico de este trabajo, es menester dar comienzo al estudio de la legislación nacional en materia de Delitos Económicos en la era de la globalización y la revolución digital.

2 | La crisis económica global y el reacomodamiento geopolítico del poder mundial

El reacomodamiento del poder político, económico y militar a nivel mundial ha sufrido grandes cambios desde mediados del siglo XX hasta principios del siglo XXI.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial un nuevo orden surgió. La posguerra se caracterizó por la existencia de un mundo bipolar dividido en dos grandes bloques: por un lado, Estados Unidos de América junto a Europa Occidental —constituida por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, la República Federal de Alemania y los países miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), con una economía de mercado—; por el otro, y confrontado el bloque citado, el denominado bloque soviético, constituido por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)⁽²⁾ y los Países del Pacto de Varsovia, con su modelo de economía planificada.

Los años de la Guerra Fría (1945-1991) implicaron la contienda entre dos paradigmas: dos grandes formas de concepción filosóficas del Estado, la política, la economía, el derecho, la ciencia y el arte.

(2) PINEDO, JERÓNIMO, “Burbujas de (In)seguridad. Migraciones, libre comercio y violencia en la era del Turbo-Capitalismo”, en Pinedo, Calveiro, Rodríguez, et al., *Políticas de Terror. Las formas del terrorismo de Estado en la globalización*, Bs. As., Ad Hoc, 2007, p. 19.

También aparejaron grandes cambios en el desarrollo de la supremacía militar y política. La capacidad termonuclear de ambas superpotencias (EEUU y URSS) conllevaron a una nueva estrategia: la elusión de una confrontación directa entre ambos bloques dado que ello hubiera derivado en una la destrucción mutua asegurada.

Por ello, durante este período, ambas superpotencias se enfrentaron indirectamente a través de guerras focales y locales, como las guerras de Corea (1950-1953), Vietnam (1965-1975), Afganistán (1979-1989) e Irán e Irak (1980-1988).

A su vez, ambos bloques recurrieron a formas de combate indirecto: la Unión Soviética, patrocinando a grupos extremistas tales como la organización terrorista radical de izquierda Baader-Meinhof —también conocida como RAF o Fracción del Ejército Rojo (Rote Armee Fraktion)— en Alemania, las Brigadas Rojas en Italia, Septiembre Negro, etc.; y los Estados Unidos de América, promocionando los llamados grupos de liberación nacional, como los Talibanes en Afganistán durante la Guerra con la URSS.

En el plano económico, a su vez, ambos modelos (capitalismo y comunismo) fueron llevados al límite, lo que condujo al desgaste del modelo comunista soviético y a la supervivencia del modelo maoísta chino.

Este período fue acercándose a su fin con el inicio de "...sucisos de envergadura política e histórica (...) como: la caída del muro de Berlín, la masacre de la plaza de Tienanmen, la primera guerra del Golfo, por sólo citar algunos...",⁽³⁾ y culminó con la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el 25 de diciembre de 1991.

Es por ello que durante una década (1991-2001) nos hemos encontrado inmersos en un proceso de reacomodamiento del poder mundial, al tiempo que ingresamos definitivamente en la posmodernidad mediante el proceso que denominamos globalización. Así, se afianzaron los cimientos políticos, económicos, sociales y culturales sobre los cuales se buscó sustentar un nuevo orden mundial.

.....
(3) *Ibid.*, p. 19.

Con el fin de la guerra Fría, “EEUU se encontraba en el cenit de su poderío, sin rivales militares ni económicos serios en todo el planeta. Hacia comienzos de los noventa, la guerra del Golfo terminó con un triunfo aplastante de los EEUU y la guerra liberada en Kosovo contra Serbia se ganó sin que hubiera que lamentar una sola víctima entre las filas aliadas”.⁽⁴⁾

Sin embargo, durante la década los 90, la hegemonía de EEUU, nueva y única “hiperpotencia” militar y económica, comenzaría a erosionarse y desgastarse.

A criterio de Heinrich Kreft, desde el 25 de diciembre de 1991 hasta el 11 de septiembre de 2001, vivimos inmersos en “un nuevo ‘período entre guerras’, análogo al período 1919-1939”;⁽⁵⁾ período éste que fuese denominado como la “guerra Gris” (1991-2001).

Durante esa década, en la que los EEUU emergía como “hiperpotencia”, grandes cambios —que culminarían el 11 de septiembre de 2001— acontecieron.

En el plano militar, resultaría significativo que, en el año 1998, el oligopolio nuclear mantenido por los miembros del Consejo de Seguridad Permanente de las Naciones Unidas (Estados Unidos de América, La Federación Rusa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia y La República Popular China) se resquebrajara como consecuencia que la pruebas nucleares y la detonación de armas termonucleares llevadas a cabo por la República de la India y la República Islámica de Pakistán. Se trató de experiencias militares que fueron anunciadas pública y oficialmente, y que motivaron la Resolución AG/RES 1600⁽⁶⁾ de la Asamblea General de las Naciones Unidas que condenó los ensayos nucleares de la India y Pakistán y persiguió la adhesión de sendos Estados al Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares y al Tratado sobre la Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares.

(4) KREFT, HEINRICH, “De la guerra Fría a la ‘guerra Gris’: los EEUU ante el desafío de terrorismo. Una perspectiva europea”, en *Diálogo Político*, año XX, nº 3, Bs. As., Konrad-Adenauer-Stiftung AC, 2003, p. 14.

(5) *Ibíd.*, p. 14.

(6) Ag/Res 1600 (XXVIII-O 98). “Ensayos Nucleares de la India y Pakistán”, Resolución aprobada por la quinta sesión plenaria, celebrada el 03/06/1998.

En el campo del desarrollo tecnológico, se destacarían los logros alcanzados en el área de los vuelos espaciales impulsados por la República Popular China —que se convirtió en la tercer nación en colocar un hombre en el espacio—⁽⁷⁾ y la India —que incursionó fuertemente en los vuelos espaciales no tripulados y la colocación en órbita geoestacionaria de satélites propios—.

Por último, en el plano económico, el período de auge económico que situaba a EEUU como potencia hegemónica en el área financiera comenzaría a entrar en crisis a principios del año 2000; más precisamente, "...a comienzos de la presidencia de George W. Bush, cuando este ciclo de crecimiento se frenara momentáneamente...",⁽⁸⁾ comenzarían a desarrollarse en forma sideral otras economías, como la de Japón y la Unión Europea —que, durante toda la década de 90, realizó los preparativos para el lanzamiento del euro, la moneda de la Unión Europea que entró en circulación 1 de febrero de 2002—, y se produciría el ascenso de ciertas economías asiáticas, como la de China e India⁽⁹⁾ —que constituyen una seria amenaza económica fundada en su poder demográfico, geográfico, tecnológico y militar—.

Pero el inicio del nuevo milenio trajo aparejado a nivel geopolítico el fin del poder hegemónico de la "hiperpotencia" estadounidense y un nuevo reacomodamiento del poder político, económico y militar mundial.

En este período, en el cual nos encontramos inmersos hoy (2001-2013), una nueva de forma de confrontación militar y armada se desarrolló a través de la dimensión internacional que adquirió el terrorismo tras los atentados del 11/09/2001 a los Estados Unidos de América; el atentado del 11/03/2004 en la central ferroviaria de Atocha, España; las demostraciones de fuerza de parte del terrorismo el 7 y 21 de julio de 2005 en Londres,

(7) Li, Yang Liwei, Fei Junlong y Nie, Haisheng son los tres "Taikonautas" que realizaron vuelos espaciales para la República Popular China a abordo de la aeronave "Shenzhou VII", durante los años 2003 y 2005.

(8) KREFT, HEINRICH, *op. cit.*, 2003, p. 15.

(9) En relación al pujante desarrollo económico de la República Popular China y La República de la India, se recomienda ver ENGARDIO, PETE, *Chindia. Como China e India están revolucionando los negocios globales*, México, Mc Graw Hill, 2008.

Reino Unido de Gran Bretaña; y los atentados el 11/07/2006 en Bombay (Mumbai), India, del 18/10/2007 y del 27/12/2007, en Islamabad, Pakistán.

Atrás han quedado las guerras convencionales entre los Estados nacionales por medio de sus ejércitos regulares y el empleo, tanto tácticas como estratégico, de armas convencionales.

Un nuevo “enemigo” invisible ha surgido como amenaza global: ya no un Estado nación o una alianza estratégica de países, sino el surgimiento del llamado terrorismo internacional.

A su vez, este primer período del siglo XXI (2001-2013) exhibió en el plano económico una nueva crisis global de dimensiones insospechadas que surgió a fines del año 2008 y subsiste hasta nuestros días, la cual colocó en recesión económica a los EEUU, a la Unión Europea, Japón y al BRIC (Brasil, Rusia, India y China). Como expresa Ulrich:

“Con el hundimiento del comunismo soviético, el capitalismo se ha globalizado y, según la opinión general, se ha sustraído al control de la política. Tanto da que se trate de conservadores, socialdemócratas o verdes: los políticos de todos los partidos se perciben a sí mismos como entes traídos y llevados en un juego de poder dominado por el capital que domina a nivel global”.⁽¹⁰⁾

Esta última crisis del capitalismo no sólo ha golpeado fuertemente a los Estados Unidos de América poniendo en crisis su rol de primera potencia económica a manos de la República Popular China —principal país acreedor de la deuda estadounidense—, sino que también ha azotado fuertemente a la Unión Europea.

A sólo 10 años de la entrada en vigor del Euro, la moneda símbolo de la unidad monetaria de Europa, la crisis económica ha colocado en una posición sumamente deficitaria a España, Irlanda, Grecia y Portugal,⁽¹¹⁾ obligando a la Unión Europea a implementar políticas económicas de salvata-

(10) BECK, ULRICH, *Una Europa Alemana*, 1ra. ed., trad. Alicia Valero Martín, Bs. As., Paidós, 2012, p. 55.

(11) *Ibid.*, pp. 19/20. También, ANDERSON PERRY, “Europa frente a la hegemonía alemana. De la solidaridad al vasallaje”, en *Le Monde Diplomatique, Dossier Internacional*, 2013, pp. 22/24.

je financiero para estos países. Sin embargo, la crisis económica mundial, que se vatio también sobre Europa, ha implicado también una crisis política dentro de la Unión Europea.

Tras la crisis económica de 2008, que se agudizara en Europa a fines de 2011, los países del euro "...verifican una dramática fractura entre los que ya (o todavía no) dependen de los fondos de rescate y los que financian los fondos. A los primeros no les queda más remedio que inclinarse ante el deseo del poder del euronacionalismo alemán (...) horizonte que actualmente avistan tanto España como Italia...".⁽¹²⁾

Es así que, en el "...seno de la Unión Europea hay *outsiders* exteriores e interiores. Los *outsiders* exteriores son los que solo pertenecen a la Unión Europea y no tiene el Euro...".⁽¹³⁾ Por ejemplo, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Dinamarca, República Checa o Hungría. "Los *outsiders* interiores son los que, si bien tiene el euro, dependen de la ayuda económica de otros países". Entre ellos: España, Irlanda, Grecia y Portugal. Desgraciadamente, estos Estados, es decir, "...los países deudores forman así lo que podríamos llamar la 'nueva clase' baja de la Unión Europea...".⁽¹⁴⁾

Así, como consecuencia de una crisis económica, se ha generado un nuevo orden geopolítico en el epicentro mismo de la Unión Europea:

"Alemania es el país más rico y económicamente más poderoso de la Unión Europea. A consecuencia de la crisis financiera, todos los países endeudados dependen de la disposición de los alemanes a avalar los créditos necesarios (...) El nuevo poder alemán en Europa no se basa como en el pasado en la villencia como *ultima ratio*. A Alemania no le hace falta recurrir a las armas para obligar a otros países a someterse a su voluntad".⁽¹⁵⁾

(12) BECK, ULRICH, *op. cit.*, p. 61.

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*

(15) *Ibid.* p. 67/69.

De esta manera, Alemania se reposiciona estratégicamente dentro de Europa como el motor o la locomotora financiera de la Unión Europea y como potencia geopolítica.

Por demás llamativo resulta el modelo exhibido por los países nórdicos o escandinavos frente a la crisis económica global. Lejos de verse afectados por ella, Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia han presentado economías por demás productivas.

Por medio de una versión del capitalismo más actualizada con una impronta más social, exhibiendo uno de los Estados de bienestar más generosos del mundo que se presenta combinado con una excelencia y profesionalismo laboral que les lleva a ser poseedores del compañías internacionales más competitivas del mercado, tales como Volvo, Saab, Ikea, H&M, Ecisson (Suecia), Maersk, Lego, Carlsberg, (Dinamarca), Nokia, Linux (Finlandia), Norsk Hydro, Statoil, DnBNOR, Telenor (Noruega).⁽¹⁶⁾ Ello, gracias a la máxima excelencia alcanzada en el campo de la educación primaria, secundaria, terciaria, universitaria y posgradual; educación ésta que está sustentada por el Estado, ya que se trata de educación pública en todos los niveles.⁽¹⁷⁾

La crisis también exhibió la fragilidad de nuevas economía en ascenso, como las de las potencias que integran el BRIC (Brasil, Rusia, India y China). Si bien la riqueza de estas naciones reside en su enorme potencial demográfico, sus vastos territorios nacionales⁽¹⁸⁾ y sus fuertes políticas de industrialización, ello no los torna inmunes ante una economía interconectada y globalizada.

(16) Sobre el desarrollo de los países escandinavos o nórdicos en estas últimas dos décadas, se sugiere consultar "Northern Lights. Special Report The Nordic Countries", en Revista *The Economist*, 2 de febrero de 2013 y "The Next Supermodel. Why the world should look at the Nordic countries", 8 de febrero de 2013, pp. 4/16.

(17) Sobre la excelencia educativa en Escandinavia se recomienda ver DESCAMPS, PHILIPPE, "Los éxitos del sistema educativo finlandés. Por una escuela igualitaria y de calidad", en *Le Monde Diplomatique, Dossier Internacional*, 2013, pp. 32/33.

(18) Rusia es el país con el territorio más grande del planeta: posee 17.045.400 km² y 142.905.200 millones de habitantes; la República Popular de China tiene 9.706.961 km² y 1.353.000.000 millones de habitantes y constituye el país con la mayor población del mundo, la República de la India, con 3.287.595 km² y 1.241.492.000 millones de habitantes, sigue a China por ser el país con la segunda población más vasta del globo, y Brasil, con 8.514.877 km² y 193.946.886 millones de habitantes, es el quinto país con el territorio más extenso del mundo.

A ello debe sumársele que la crisis económica impactó y aceleró el deterioro de las paupérrimas economías de algunos países árabes. Tal crisis se aunó a las escasas expectativas de las nuevas generaciones y a la irrupción de internet como medio de comunicación transfronterizo, llevando a países como Egipto, Túnez, Libia y Siria a vivir una verdadera revolución política que se ha dado a conocer como la "Primavera Árabe".

Así, la crisis derivó seriamente en una crisis de magnitud política en muchos países; no sólo en aquellos que integran la liga árabe de naciones, sino —como hemos podido apreciar— en el seno de la misma Unión Europea y en economías emergentes como la de la República Popular de China, en donde se aboga por una mayor apertura.

Es que, como menciona el autor Carlo Galli, existe una crisis política que deriva en un malestar hacia la democracia:

"El malestar de la democracia es doble: es en primer lugar subjetivo, el del sujeto que debe considerarse 'ciudadano'. Se manifiesta como un desafecto, como una indiferencia cotidiana hacia la democracia que equivale a su aceptación pasiva y acrítica, al rechazo implícito de sus presupuestos más complejos y comprometedores (...) Es también un malestar objetivo estructural. Nace de la inadecuación de la democracia, de sus instituciones, para mantener sus propias promesas, para estar a la altura de sus objetivos humanísticos, para otorgar a todos igual libertad, iguales derechos e igual dignidad (...) [Es que] desde el punto de vista objetivo, el malestar de la democracia reside en que no parece adecuada para regular y dar forma a la política en el mundo actual; y desde el punto de vista subjetivo, en la sensación, espontánea o inducida (...) de que esto es cierto.⁽¹⁹⁾

En definitiva, para Carlo Galli:

"...el malestar de la democracia no es la incertidumbre que aparece cuando uno se ve obligado a elegir entre dos opciones diferentes. Es la insatisfacción que produce la democracia unida

(19) GALLI, CARLO, *El malestar de la democracia*, 1ra. ed., trad. de María J. De Ruschi, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 9 y 11.

a la sospecha de que no existen alternativas, es una desorientación que corre el riesgo de convertirse en constante e insuperable, pero nunca en productiva. Es un malestar que va acompañado por la idea de que estamos siendo engañados, una idea típica del siglo XX que se extiende al siglo XXI...”.⁽²⁰⁾

Así, incursionamos en una crisis política y de legitimidad a partir de la cual comienza a tambalearse y erosionarse aquella concepción de la democracia acuñada durante la segunda mitad del Siglo XX: “de aquella democracia que derrotó al totalitarismo en 1945 y en 1989. Y durante la segunda posguerra da a luz al modelo que adopta la modernidad tardía, es decir, el compromiso social-demócrata; la idea según la cual existe una economía de mercado, que está bien dejar que funcione porque produce riqueza”.⁽²¹⁾

Desgraciadamente, la actual crisis política y del modelo democrático responde más a factores internos (desocupación, recesión, corrupción, inseguridad, pérdida de representatividad) que a la existencia de un enemigo externo, como se pregonaba durante la Segunda Guerra Mundial y la guerra Fría (el fascismo italiano, el nazismo alemán, el totalitarismo soviético); ello se debe más a la entropía que a la colisión.

La falta de respuestas de la democracia a los problemas que hoy nos aquejan —y a aquéllos que se avecinan— puede derivar, en su forma más extrema, en una “...democracia de la emergencia y de la seguridad, de la identidad, de las raíces, del control social y del dominio sobre la vida biológica de las personas, es decir, en formas políticas que poco tienen que ver con la democracia moderna...”.⁽²²⁾

Justamente, éste es el escenario internacional en el que nos encontramos en este primer período del siglo XXI (2001-2013): un mundo sumido en una crisis económica global; en una crisis de representatividad ciudadana —una representatividad que responde a un modelo democrático incapaz de otorgar respuesta a las expectativas de los ciudadanos—, y en un pro-

(20) *Ibid.*, p. 12.

(21) *Ibid.*, p. 57.

(22) *Ibid.*, p. 73.

ceso de reacomodamiento estratégico del poder mundial por parte de las potencias.

Como hemos podido apreciar, la crisis económica se encuentra altamente ligada y emparentada con la crisis política; en definitiva, en la era de la globalización, ellas no constituyen dos entidades diferenciadas, sino que constituyen una misma entidad en el proceso geopolítico de reacomodamiento del poder mundial.

Teniendo en cuenta la relación simbiótica que desarrollan la política y la economía en los tiempos de la globalización, es indispensable observar y analizar nuestra legislación nacional en materia de Delitos Económicos desde este prisma.

3 | La Legislación nacional en materia de Delitos Económicos. Análisis dogmático del derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario

En el marco del escenario internacional, la República Argentina ha vivido este último período, caracterizado por el fin de la guerra Fría, el advenimiento de la guerra Gris (1991-2001) y este nuevo reposicionamiento del poder mundial de principios del siglo XXI (2001-2013), con el retorno a la democracia tras el último golpe de Estado (1976-1983) y ha pasado, a lo largo de tres décadas, por distintas concepciones de Estado en su desarrollo político, económico y cultural.

A partir de la vuelta de la democracia en el año 1983, la Unión Cívica Radical logró acceder al poder teniendo como presidente de la República al Dr. Ricardo Raúl Alfonsín.

La política económica, llevada adelante durante el período 1983-1989, se caracterizó por la sustentación y mantenimiento de un Estado de bienestar hasta que el proceso hiperinflacionario degastó severamente este modelo económico que sería remplazado por un económico de corte neo-

liberal implantada por el Partido Justicialista a través del presidente Carlos Saúl Menem durante la década de los noventa, más precisamente en el período 1989-1999.

La economía de los noventa en la República Argentina se caracterizó por un la presencia de un Estado mínimo, que permitió el libre mercado, la privatización de las empresas públicas, el mantenimiento de una paridad monetaria de la moneda nacional con la divisa estadounidense del dólar en una igualdad uno a uno, la privatización de gran parte de la salud, la educación, y el surgimiento, incluso, de seguridad privada.

Si bien este modelo continuó con algunos cambios durante la presidencia del Dr. Fernando De La Rúa, presidente por el partido de La Alianza, el modelo ya exhibía un claro agotamiento y culminó con la denominada crisis económica enmarcada en fines de 2001 y comienzos de 2002.

Tras un gobierno de reorganización económica y política, llevado a cabo por Eduardo Luis Duhalde (2002-2003), se convocó a elecciones nacionales. El Frente para la Victoria obtuvo el triunfo con el Dr. Néstor Kirchner (2003-2007) a quien le sucedería en dos mandatos su esposa, la presidenta Dra. Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011 y 2001-2015).

Durante esta década, una vez más la economía sufriría un nuevo giro. Se abandonaría el modelo neoliberal para comenzar con un sistema y un modelo más inclusivo, reincorporando al patrimonio estatal nuevamente algunas empresas a manos del Estado como petroleras (YPF), Aeronáuticas (Aerolíneas Argentinas), entre otras.

No obstante, la economía nacional, una vez más, presenta dificultades ante un mundo convulsionado y ha comenzado a transitar el sendero de la inflación, el congelamiento de precios y el desdoblamiento del valor de la divisas extranjeras como el dólar y el euro.

En este marco político y económico es que nos deseamos ahondar en la legislación nacional en materia de Delitos Económicos. Para comenzar, es menester aclarar que la regulación de los Delitos Económicos, en nuestra legislación nacional, se encuentran contemplados en leyes complementarias y sometida a un tratamiento especial o diferenciado del resto de la legislación penal.

Los Delitos Económicos constituidos por el derecho penal aduanero, el Régimen penal tributario y el Régimen penal cambiario se encuentran previstos en leyes complementarias que no se encuentran concordadas a la parte especial del Código Penal de la Nación de la República Argentina.

Asimismo, su regulación por parte de leyes especiales o complementarias los ha dotado de un tratamiento diferencial, constituyendo el denominado derecho penal especial que prevé una regulación distinta de los principios generales instaurados por el Código Penal de la Nación.

Con la finalidad de poder exhibir cuáles son las principales diferencias o especialidades que presentan cada uno de los Delitos Económicos en su regulación, y que los distingue de la adoptada por la parte general del Código Penal de la Nación, comenzaremos por efectuar un análisis dogmático de cada uno de estos tres grandes grupos de delitos que integran la criminalidad económica: el derecho penal aduanero, Régimen penal tributario y el Régimen penal cambiario.

3.I | Análisis dogmático del derecho penal aduanero

El derecho penal aduanero, como otro de los derechos penales especiales que integra los Delitos Económicos regulados por medio de leyes complementarias, presenta un sinnúmero de peculiaridades en su regulación.

El Código Aduanero, al regular la materia, también delimitó en forma distinta algunos de los Principios Rectores del Derecho Penal distorsionándolos. Así, este ordenamiento posee como rasgos distintivos la imputación a la persona jurídica (arts. 887, 888 y 876, punto 1, inc. i), el comiso de la mercadería objeto de contrabando como pena (art. 876, punto 1, inc. a), el comiso del medio de transporte y demás instrumentos empleados para cometer el ilícito como pena (art. 876, punto 1, inc. b), la responsabilidad solidaria por el delito (art. 887). Sin embargo, de todo este gran universo de regulaciones especiales que se apartan de los preceptos generales del derecho penal establecidos por el Código Penal de la Nación, hemos elegido centrarnos en la distintiva regulación del Instituto de la tentativa que el Código Aduanero realiza.

Para poder apreciar la distinción entre ambas regulaciones sobre el Instituto de la Tentativa, comenzaremos por efectuar la trascipción de ambas normativas. Nuestro Código Penal de la Nación define y regula la tentativa de la siguiente manera: "Art. 42. El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44".

Por su parte, el Código Penal Aduanero ha regulado y definido conceptualmente la tentativa de la siguiente forma:

"Art. 871. Incurre en tentativa de contrabando el que, con el fin de cometer el delito de contrabando, comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias, ajenas a su voluntad".

Art. 872. La tentativa de contrabando será reprimida con la mismas penas que corresponden al delito consumado".

Como puede apreciarse de las normas trascritas precedentemente, "... el legislador aduanero ha optado por legislar la tentativa de contrabando de modo autónomo, incluyendo un capítulo específico en el Código (Capítulo 3 del Título 1, Sección 12) el que la regula sin remitirse al Código Penal, pero reeditando la fórmula que este último digesto emplea".⁽²³⁾

Pero, como bien menciona Diego Zysman Bernardo de Quirós, "...uno de los aspectos que más llaman la atención cuando se estudia la figura de contrabando es la equiparación punitiva entre el delito consumado y la tentativa del mismo".⁽²⁴⁾

Sin lugar a dudas, esta distinción que efectúa el Código Aduanero al apartarse de los preceptos generales del Código Penal de la Nación generó y genera un sinnúmero de interrogantes, como por ejemplo, cuál es la justificación que puede habersele otorgado o asignado para que el Código Aduanero se aparte de los preceptos generales del Código Penal de la Nación.

(23) AROCENA GUSTAVO A., *Delitos aduaneros*, Córdoba, Mediterránea, 2004, p. 83.

(24) ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, DIEGO, "Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864, inc. d), del Código Aduanero", en *Suplemento de Derecho Económico*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 202.

Desde una análisis netamente jurídico, nos veríamos tentados e impulsados de afirmar que la regulación de la tentativa en los arts. 871 y 872 del Código Aduanero, equiparando su pena a la del delito consumado, obedece desde una postura dogmática a la recepción de los Principios de la Escuela Dogmática Postfinalista o Subjetivista Monistas.

El Postfinalismo o Subjetivismo Monista introduce una nueva perspectiva de análisis dentro de la Teoría del Delito o Teoría del Hecho Punible, siendo sus principales representantes Armin Kaufmann, discípulo de Hans Welzel, Diethart Zielinski,⁽²⁵⁾ Eberhard Struensee, y Horn en Alemania y Marcelo Sancinetti⁽²⁶⁾ en la República Argentina:

"La posición subjetivista defendida por Armin Kaufmann y sus discípulos, que se aparta de la posición welzeniana, pero que frecuentemente ha sido identificada con ella por los críticos. Según, Armin Kaufmann (...) lo injusto del hecho doloso debería agotarse ya con el actuar y el resultado intentado sería solamente una suerte de condición objetiva de la punibilidad. El injusto debería existir completamente ya con la tentativa acabada y la tentativa debería, por ello, ser determinada según la teoría subjetiva. Así, al disvalor de acción le es acordado un significado idéntico al del disvalor de intención. Esta orientación ha encontrado sólo unos pocos seguidores debido a su alejamiento de un Derecho Penal de acto y debido a la consecuencia inevitable de que injusto y culpabilidad existirían en toda su extensión ya con la tentativa acabada según la representación del autor, de modo que, consecuentemente, para la punibilidad completa no sería necesaria más la causación del resultado".⁽²⁷⁾

(25) Zielinski Diethart, *Handlung-und Erfolgsurnwert im Unrechtbegriff*, nº 16, p. 20, citado a su vez por SANCINETTI, MARCELO A., *Subjetivismo e imputación objetiva en el derecho penal*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, p. 38.

(26) Ver SANCINETTI, MARCELO A., *ibid.*; SANCINETTI, MARCELO A., *Ilícito personal y participación. Modelo de disposiciones legales de orientación penal subjetivistas*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001; SANCINETTI, MARCELO A., *Dogmática del Hecho Punible y Ley Penal - Dogmatik der Straftat und StrafGesetz*; (ed. Bilingüe), Bs. As., Ad Hoc, 2003.

(27) Ver KAUFMANN, ARMIN, "Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf", en ZStW, 80, (1968); ZIELINSKI, DIETHART, *Handlung-und Erfolgsurnwert im Unrechtbegriff*, 1973, p. 135 y ss. y p. 205 y ss.; del mismo en *Alternativkommentar*, StGB, 1990, § 15 y 16, núms., margs, 7 y 107; STRUENSEE

Los Postfinalistas o Subjetivistas Monistas, bajo su Teoría del Puro Desvalor de acción, despojaron a la tipicidad del elemento del resultado, el cual pasó a convertirse en una condición objetiva de punibilidad, centrando así su atención en el disvalor o desvalor de acción que está constituido por el aspecto subjetivo de la tipicidad.

Como menciona Oscar Adolf Germann, ya en su primer artículo:

"No es la producción del resultado delictivo o (...) la producción de la posibilidad de un resultado delictivo, sino únicamente el querer producirlo lo que constituye el delito".⁽²⁸⁾ (...)

No tendría ningún sentido ordenarle al hombre: ¡no debes producir este y aquel resultado!, pues la producción del resultado depende de una serie de factores (condiciones) que están fuera del ámbito de dominio del hombre de que se trata; más bien sólo puede ordenársele: ¡no debes querer producir resultado!".⁽²⁹⁾

Como ha podido apreciarse, la corriente Postfinalista o Monista Subjetivista podría haber fundado perfectamente el hecho de que el legislador haya optado en el Código Aduanero regular la tentativa equiparando la pena del delito consumado con la de la tentativa, aduciendo que el disvalor de acción es equiparable entre una tentativa acabada y un delito consumado.

Sin embargo, resulta por demás llamativo para el mundo jurídico que la distinta regulación de la tentativa en el Código Aduanero no encuentre sus fundamentos en la recepción de los preceptos de la escuela dogmática del Postfinalismo o Subjetivismo Monista.

EBERHARD, "Versuch und Vorsatz, en Gedenkschrift für Armin Kaufmann", 1989, p. 523 y 534 y ss.; del mismo Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, en ZStW 102, (1990), p. 21 y 49; SANCINETTI MARCELO A., "Subjetive Unrechtsbegründung", 1996; citado por HIRSCH HANS, JOACHIM, CEREZO MIR, JOSÉ y DONNA EDGARDO A., HANS WELZEL, *El pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Bs. As., Rubinzahl Culzoni, 2005, p. 136.

(28) GERMANN, OSCAR A., *Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, 1914, p. 114 y ss.; citado por STRATENWERTH GÜNTHER, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*, 2da. ed., trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Bs. As., Hammurabi, 2006, p. 24.

(29) GERMANN, OSCAR A., *ibid.*, p. 38.

Pero como desgraciadamente menciona gran parte de la doctrina nacional:

“...sin embargo, si se repasan los antecedentes del delito en estudio se advertirá que el fundamento de aquella singularidad radica en estrictas razones de política criminal (no propiamente dogmáticas) que pretenden dar respuesta a la dificultad histórica, (o alegada dificultad histórica) de distinguir el momento que separa la tentativa de contrabando del delito consumado...”.⁽³⁰⁾

“La equiparación de penas, explica de modo sucinto la Exposición de motivos de la ley 22.415, obedece a que ‘la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales no permite la diferenciación entre el delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes’”.⁽³¹⁾

En este sentido, los fundamentos para apartarse de los Principios Generales del Código Penal de la Nación, en cuanto a la regulación del Instituto de la tentativa, no han obedecido a la adopción de la tesis dogmática Postfinalista o Subjetivista Monistas, sino que, por el contrario, se han fundado en razones político-criminales por no poder distinguir, puntualmente en el delito de contrabando, el delito tentado del delito consumado y, a su vez, en el hecho de la protección de un bien jurídico supraindividual y colectivo como lo es el Debido Control Aduanero.

Una vez más, se produce la distorsión de los preceptos generales del derecho penal, aduciendo que nos encontramos frente a una rama autónoma del derecho, en este caso frente al derecho aduanero, y que por la particularidad del bien jurídico supraindividual, macro-social y colectivo que protege, y a los fines de lograr una mayor eficacia en su protección se ve facultado a efectuar una regulación más específica y distinta a la prevista por el Código Penal de la Nación.

Así, el derecho penal aduanero se exhibe como un derecho penal especial, al igual que el extinto derecho penal militar, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario, regulando en forma distinta la materia penal

(30) ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, DIEGO, *op. cit.*, p. 202.

(31) AROCENA, GUSTAVO A., “Prólogo del Dr. José Daniel Cesano”, en *op. cit.*, p. 84.

y desconociendo, muchas veces, Principios Constitucionales, en este caso en particular, con su especial regulación de la tentativa, equiparando su pena a la del delito consumado avasallando el Principio de Culpabilidad y Proporcionalidad de las penas.

Esta especial regulación de la tentativa socava un sinnúmero de garantías previstas por el Código Penal; al equiparar las penas entre delito consumado y tentativa, deja sin posibilidad al imputado de desistir voluntariamente (art. 43 CP).

Asimismo, tampoco permite "...conocer con claridad cuándo comienza el cómputo de la prescripción de la acción penal (art. 63 CP), o determinar cuál es el juez que debe intervenir en un contrabando en el cual el comienzo de ejecución y la consumación se produce en distintos territorios...".⁽³²⁾

Por lo tanto, como hemos podido constatar hasta el momento, el derecho penal aduanero es un derecho penal especial que, al igual que el Régimen penal cambiario, el Régimen penal tributario y el ya derogado derecho penal militar, posee una regulación especial en un sinnúmero de sus institutos, en este caso en particular, en su regulación de la tentativa en forma distinta al Código Penal de la Nación.

Ello resulta ampliamente cuestionable a nivel constitucional, ya que no constituye un fundamento válido el aducir que, para una mayor protección de un bien jurídico supraindividual o colectivo (como lo es el Debido Control Aduanero), se avasalla el Principio de Culpabilidad del imputado fundándolo en razones de mayor eficiencia nivel político-criminal.

Al igual que en el fallo "López",⁽³³⁾ es menester cuestionarnos si, para seguir la mayor protección del Debido Control Aduanero, ello puede materializarse y realizarse prescindiendo de las garantías constitucionales en materia penal y si, por el contrario, ello debe concretarse logrando una verdadera armonía jurídica entre los Principios Constitucionales, el derecho penal y el derecho aduanero.

(32) ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, DIEGO, op. cit., p. 203.

(33) Ver Fallo 330:399, CSJN L. 358. XXXVIII "López, Ramón Ángel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar, causa N° 2845".

Pues bien, a nuestro criterio, la actúa regulación del derecho penal aduanero presenta severas críticas a nivel constitucional, ya que su regulación en materia penal suele distinguirse significativamente de los preceptos rectores del derecho penal, so pretexto de alcanzar una mayor eficacia en el protección del bien jurídico tutelado.

3.2 | Análisis dogmático del Régimen penal cambiario

El actual Régimen penal cambiario se constituye del texto de la ley 19.359, con las modificaciones introducidas por las leyes 22.338, 23.928 y 24.144, cuerpo normativo ordenado por el decreto 480/1995 y resulta conocido como Ley del Régimen Penal Cambiario. Texto Ordenado en 1995, también es cierto que esta es sólo la última etapa de un largo proceso y desarrollo histórico.

Resulta conocido por todos que en el Régimen penal cambiario "...los Principios del Derecho Común sufren una severa distorsión en razón de la distinta naturaleza de los bienes protegidos jurídicamente que constituyen su materia...".⁽³⁴⁾

A fin de realizar un estudio sistemático y metodológico del Régimen penal cambiario y de las principales distinciones que presenta respecto de la regulación general del derecho penal, exhibiremos los puntos más destacados en cuanto a su diferenciación con el Código Penal de la Nación.

Es así que realizaremos un análisis dogmático de:

- a. Tipos penales del Régimen penal cambiario.
- b. Los tipos penales del Régimen penal cambiario y su operatividad frene al Régimen cambiario.
- c. Tipos penales del Régimen penal cambiario como tipos penales en blanco.
- d. Penas previstas por el Régimen penal cambiario.
- e. Inaplicabilidad del Principio de la Ley Penal más Benigna. Los problemas de retroactividad y ultraactividad de la misma.

(34) BONZON, JUAN. C., *El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias*, Bs. As., La Ley, 1990-C, p. 1114.

- f. Presunción del dolo y violación del Principio de Culpabilidad.
- g. Prescripción en el Régimen penal cambiario.
- h. Reincidencia en el Régimen penal cambiario.
- i. Comiso de moneda extranjera.
- j. Sujetos responsables y responsabilidad solidaria.

3.2.1. Tipos penales del régimen penal cambiario

Transcribimos el art.1 de la ley 19.359:

"Serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: a) Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones; b) Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto; c) Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio; d) La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultaren distintas de las denunciadas; e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor; f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios".

"a) Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones"

La conducta típica, en este primer tipo penal, queda configurada cuando se efectúa o práctica una operación de cambio sin intervención de la entidad o institución autorizada para desempeñarla. Es decir, como expresa Jorge L. Riva:

"...el deber jurídico resulta entonces de practicar, con intervención de entidad autorizada, cualquier transacción que responda a la naturaleza jurídica del contrato de cambio ya sea en forma de billete o divisa (cheques, giros, transferencias, etc.) (...) Por el contrario, no ha de considerarse, 'negociación de cambio' al simple cumplimiento de una obligación en moneda extranjera que no responda a un contrato de cambio. Así por ejemplo,

no resultará ‘negociación de cambio’ el pago en dólares estadounidenses del precio de una compraventa inmobiliaria”.⁽³⁵⁾

Los contratos de cambio pueden tener como objeto moneda extranjera-billete o también moneda extranjera-divisas, incluyéndose dentro de este último a las citadas órdenes de pago, giros, cheques, transferencias.

En el primero de los supuestos establecidos, existe una entrega manual de la divisa o moneda extranjera, mientras que en el segundo de los supuestos, existe una transferencia entre bancos o entidades financieras que puede finalizar con la entrega manual de la divisa o moneda extranjera, o bien en pesos de la liquidación de cambio. En el actual Régimen cambiario, según lo expresado por Mariano Carricart & Astrid Clausen:

“el acceso al Mercado Único y Libre de Cambios (MULC) se admite sin autorización previa del BCRA en los supuestos descriptos brevemente a continuación:

(i) Operaciones de comercio exterior: Obligación de liquidar divisas dentro del plazo fijado en función de la posición arancelaria del bien o servicio. La pre-cancelación de deudas por importaciones es permitida con independencia de la fecha de vencimiento. No existen restricciones para el pago al exterior de servicios prestados por no residentes.

(ii) Operaciones de endeudamiento con el exterior: Pago de servicios de: (a) capital de deudas financieras hasta 90 días antes del vencimiento e incluso con mayor anticipación en determinadas circunstancias; y (b) intereses de deudas financieras con anticipación de 15 días corridos. Sin perjuicio de ello, dichas deudas no pueden ser canceladas en un plazo menor a 180 días contados desde el ingreso y liquidación de los fondos.

(iii) Atesoramiento en el extranjero para la cancelación de deuda financiera: Admisión del acceso al MULC de personas físicas

(35) RIVA JORGE L., *Operatoria Bancaria en Comercio Exterior*, Bs. As., Ad Hoc, 2003, pp. 245 y 246.

o jurídicas del sector privado no financiero hasta la suma no acumulativa de U\$S40.000.000 por mes calendario (...)

(iv) Utilidades y dividendos: Pago de utilidades y dividendos siempre que correspondan a balances cerrados y certificados por auditores externos.

(v) Primas de seguro: Pago de primas de seguro con certificación de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

(vi) Atesoramiento: Formación de activos externos de residente:
(i) hasta la suma de U\$2.000.000 por mes calendario; o (ii) la suma equivalente a los pagos de derechos de exportación más tres veces el impuesto sobre los créditos y débitos ingresado en el mes calendario previo al inmediato anterior. El atesoramiento se realiza en concepto de inversiones en el exterior, entre las que se hallan: inversiones inmobiliarias, préstamos a no residentes, inversiones de portfolio, compra de billetes extranjeros en el país. Estos fondos adquieren el carácter de libre disponibilidad de acuerdo al comunicado emitido por la Gerencia de Exterior y Cambios del BCRA.

(vii) Repatriaciones de inversiones directas y de portfolio de no residentes. Transferencia al exterior de fondos provenientes de: (i) servicios o liquidación por venta de otras inversiones de portfolio y sus rentas hasta US\$500.000 por mes calendario; (ii) ventas y liquidaciones definitivas de inversiones directas en el sector privado no financiero, servicios y liquidación por venta de otras inversiones de portfolio y sus rentas que no superen en conjunto U\$2.000.000 por mes calendario; (iii) cobro de importaciones al contado, servicios, rentas y otras transferencias corrientes, deudas externas de residentes por importaciones originadas en préstamos de no residentes, compra de divisas para su depósito en cuentas locales a nombre de no residentes y recuperos de créditos en quiebras locales sin restricciones de montos.

(viii) Derivados financieros: Inexistencia de limitaciones para realizar operaciones de futuros en mercados regulados y de

forwards, siempre que las liquidaciones se efectúen en el país por compensación en moneda doméstica.

(ix) Refinanciaciones de deuda externa del sector privado no financiero: Ofrecimiento del mismo menú de refinanciación que el ofrecido a los acreedores por deudas externas, al pago de deuda a acreedores no residentes por tenencia de deuda local en moneda extranjera”.⁽³⁶⁾

Como se ve en estos nueve supuestos descriptos arriba, puede efectuarse negociaciones de cambio sin requerir autorización o intervención del BCRA, razón por la cual al efectuar o desarrollar cualquiera de estas negociaciones de cambio, mediante el acceso al Mercado Único y Libre de Cambios no se incurrirá en la conducta descripta por este tipo penal analizado.

“b) Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto”

Ninguna persona se puede dedicar a la compra venta de billetes, moneda extranjera, oro en barra, oro amonedado, cheques de viajeros, divisas extranjeras y otras operaciones análogas en divisas extranjeras. Como es sabido, estas operaciones deben efectuarse a través de casas, agencias, oficinas de cambio. Es decir, incurren, en este tipo penal, toda persona que sin estar autorizado por el Banco Central de la República Argentina efectuara operaciones de cambio.

Como expresa Riva, “La conducta es la de quién, careciendo de la habilitación correspondiente por parte del Banco Central, efectúa negociaciones de cambio en forma habitual”.⁽³⁷⁾

Para Riva Jorge, la habitualidad es requisito del tipo, ya que no debe tratarse de una o más operaciones aisladas. En este sentido y de acuerdo a nuestro criterio, pese a no ser mencionado expresamente por el tipo penal, deviene lógico que estas operaciones de cambio deben ser habituales para encuadrar dentro de esta conducta típica, ya que de lo contrario

(36) CARRICART MARIANO E. y CLAUSEN ASTRID, *Regulación del Banco central de la República Argentina en materia cambiaria*, Bs. As., La Ley, 2005 p. 3.

(37) RIVA JORGE L., *op. cit.*, pp. 245 y 246.

podría configurar uno de los supuestos de atipicidad como los mencionados en el tipo anterior como operaciones autorizadas bajo el MULC.

Encuadra, en este tipo, quien intermedia en forma habitual entre la demanda y oferta de moneda extranjera careciendo de la autorización otorgada por el BCRA para efectuar estas operaciones, como por ejemplo, los conocidos bajo el apodo de “arbolitos”.

“c) Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio”

Configura la conducta descripta por este tipo penal, toda persona que, habiendo efectuado una operación de cambio, realizará una falsa declaración de la misma impidiendo así el debido control de parte de la autoridad de contralor como lo es el BCRA. Este tipo penal encuentra su fundamento, como alude Riva, a que:

“...el cuidado de las reservas relativas al sector externo lleva a extremar los recaudos para admitir la realización de negociaciones cambiarias. Para lo cual se busca verificar en todos los casos la seriedad de la operación que motiva el contrato de cambio, mediante controles que las entidades autorizadas deben practicar entre los que se cuenta con la recepción de declaraciones por parte del cliente”.⁽³⁸⁾

Es claro que el tipo penal aquí analizado refiere a la emisión falsa de declaraciones tales como pago de importación, cancelación de capital o intereses de préstamos, pago de dividendos o regalías, liquidación de exportaciones, etc. Así, las falsas declaraciones pueden efectuarse mediante una falsa refrendación bancaria, indicar un código de destino de la operación de cambio distinto al que realmente habrá de aplicarse, etc.

“d) La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultaren distintas de las denunciadas”

Si bien el anterior tipo penal consiste en efectuar falsas declaraciones, lo cual es un claro tipo penal activo doloso, este tipo penal es la contracara del anterior.

(38) RIVA JORGE L., *ibid.*, pp. 245 y 246.

El tipo penal aquí descrito es un tipo penal omisivo doloso, ya que quien efectúa una operación de cambio se encuentra frente a una situación generadora del deber de actuar, mediante la realización de la conducta debida, que consiste en efectuar las rectificaciones y reajustes correspondientes de las operaciones reales.

Claro que —ante esta situación generadora del deber de actuar, que es la realización de una operación de cambio, y debiendo desarrollar la conducta debida que consiste en efectuar las rectificaciones y reajustes— también debe constar que el sujeto activo del tipo tenga posibilidad física de realizar dichas rectificaciones y reajustes de las operaciones reales de cambio.

"e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad; moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor"

En este tipo penal, se involucran varios supuestos, como los es efectuar operaciones de cambio que no se realicen por la cantidad, la divisa o la moneda o la cotización prevista.

Como menciona Riva, son caso o supuestos de hecho que encuadran en este tipo penal el liquidar por un mercado cuando se debía hacerlo por otro y el hecho de efectuar una operación de cambio por una cotización distinta a la de mercado.

Este tipo, como expresa la jurisprudencia, "...alude a operaciones celebradas por una persona autorizada a operar en cambios, ya que de no darse esta condición se estaría frente a la infracción del inc. a) de las mismas, disposición que sanciona cualquier transacción sin intervención de cambista autorizado..."⁽³⁹⁾.

"f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el Régimen de cambios"

Este último tipo penal resulta comprensivo de todas las situaciones antes descriptas. Resulta cuestionado si este configura un tipo penal en sentido

(39) Ver fallo CNPenal Económico, Sala II, 28/9/1987, "Casa de cambio Cambino SA", LL, 1988-B-8. Citado por RIVA JORGE L., *ibid.*, p. 248.

estricto, ya que resulta evidente que es violatorio del Principio de Legalidad, el cual establece que todo tipo penal debe respetar las exigencias de *Lex Praevia*, *Lex Stricta* y *Lex Scripta*, y *Lex Certa*.

Si bien reúne los requisitos de una ley previa y escrita, resulta cierto también que no configura una ley en sentido estricto, ya que no describe la conducta prohibida, sino que alude a toda omisión o acto que infrinja las normas sobre el Régimen de cambios. Esta clase de tipos penales no sólo son tipos penales en blanco, sino fácilmente proclives al empleo de analogías.

Este omnicomprendido tipo penal del inc. f) no configura un tipo penal en sentido estricto, porque como ya se aludiera, es claramente conculatorio del Principio de Legalidad. En igual sentido, se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Para el Profesor de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y ex Gerente de Formulación de Cargos y de Asuntos Jurídicos del Banco Central de la República Argentina, Dr. Carlos Gustavo Gerscovich:

“...el instituto no responde exactamente a los conceptos y principios básicos, ni a la mecánica de funcionamiento del derecho penal común, dado que, en efecto, todos los elementos del delito —acción, antijuridicidad, culpabilidad— deben ser típicos, pero esta concepción, ya tradicional, no encuadra del todo en el caso de normas penales en blanco (...) en mi opinión el inc. f), tal como está redactado, constituye una norma residual con la que el legislador quiso abarcar ‘todo’ (por si en su inseguridad se la escapaba ‘algo’). Esa norma es demasiado amplia y en definitiva no ‘tipifica’ nada, ni da pie, ni sirve, en tal blanco, para que otra lo haga. En síntesis, afecta el Principio Penal y Constitucionalidad de Legalidad... ”.⁴⁰⁾

(40) GERSCOVICH CARLOS G., *Derecho Económico Cambiario y Penal*. (Incluye la Ley 19.359 de Régimen penal cambiario, comentada y concordada), Bs. As., Lexis-Nexis, 2006, pp. 421 y 422.

A nivel jurisprudencial, debe destacarse la postura de los Dres. Belluscio y Petrachi quienes votaron conjuntamente en disidencia quienes expresaron que:

“...el Principio de Legalidad pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación del núcleo esencial de la materia prohibida; es decir, la norma integradora sólo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca la de entrar a definir lo prohibido mismo (...). En lugar de describir una conducta típica, se limita a remitirse a un grupo de normas —‘el régimen de cambios’— el cual, por otra parte, tampoco individualiza en forma alguna (...) Consecuentemente, declararon que ese inc. f) es contrario al Principio de Legalidad reconocido por el art. 18 CN”.⁽⁴¹⁾

3.2.2. Tipos penales del Régimen penal cambiario y su operatividad frente al Régimen cambiario

Resulta más que claro que la operatividad y vigencia de los tipos penales descriptos por el Régimen penal cambiario se encuentra claramente condicionadas y sujetos a la política cambiaria o al Régimen cambiario vigente.

Afirmamos esto porque durante la vigencia de la Ley de Convertibilidad, ley 23.928, el Régimen penal cambiario antes descrito estuvo próximo a extinguirse. Roberto E. Silva previó esta situación y el posible retorno del Régimen penal cambiario ante un cambio de la política monetaria y cambiaria. Así, por el año 1993, dicho autor narraba:

“...el tantas veces criticado omnicomprensivo inc. f) ha quedado desprovisto de contenido sustancial con la desaparición del decreto 2581/1964 y la provisión del art. 3 del decreto 530/1991. El inc. e) no tiene sentido en un régimen de libre cambio. Asimismo, las razones recién expuestas dejan sin sentido a los incs. c) y d) (...) Hay un nuevo contexto imperante, donde la libertad cambiaria es la regla, las transacciones en divisas (léase dólares) son norma común, el tipo de cambio no es arbitrariamente fijo, se

(41) GERSCOVICH, CARLOS G., *ibíd.*, pp. 422 y 423.

pueden mantener activos dolarizados, las cuentas y préstamos en dólares son permitidos, los exportadores no tiene ya obligación de vender divisas y la fuga de capitales se ha transformado felizmente, en ingreso de capitales. En fin, la moneda extranjera ha sido 'desmitificada'...”.⁽⁴²⁾

Silva también proponía la derogación de la Ley del Régimen Penal Cambiario y que se desincribiran esas conductas encontrando la solución a través de sanciones administrativas. Así, concluía que sólo el Régimen penal cambiario debería permanecer para tutelar el posible retorno del control de cambios.

Pues bien, como un acto predictivo, ello ocurrió, ya que el Régimen penal cambiario durante la década del 90 no fue derogado y cobró nuevamente vigencia ante la crisis de diciembre de 2001, en el cual se abandonó el Régimen de libre cambio.

Por todo lo mencionado hasta aquí, no cabe dudas que el Régimen penal cambiario es un claro derecho penal de emergencia que recobra vigencia conforme a las necesidades de la política monetaria y cambiaria del Estado.

Desgraciadamente, en la actualidad, desde la prohibición de compra de divisa extranjera para atesoramiento y el desdoblamiento del mercado de cambio entre el mercado oficial y el mercado paralelo, este verdadero derecho penal especial, como lo es el Régimen penal cambiario ha vuelto a recobrar vigencia.

3.2.3. Tipos penales del Régimen penal cambiario como ley penal en blanco

De la verificación de los tipos penales antes analizados puede deducirse que el legislador ha normado una ley penal en blanco, dejando en manos de la autoridad correspondiente, el Banco Central de la República Argentina (BCRA), el poder administrativo para la especificación de las características del Régimen penal cambiario.

(42) SILVA, E. ROBERTO, *¿El fin del Régimen penal cambiario?* (a propósito de la desregulación del mercado de cambio), Bs. As., El Derecho, 1993, t. 154, p. 846.

Como menciona el autor Jorge Riva, "...el 'Régimen de cambios' al que deben adecuar su conducta los ciudadanos resulta ser un conjunto de normas reglamentarias de, a veces, difícil comprensión, en donde no siempre los especialistas saben con certeza qué es lo derogado y qué lo vigente, o cuál es la interpretación correcta que debe darse a determinada reglamentación emitida en términos oscuros..." .⁽⁴³⁾

Resulta alarmante que, ante una materia tan cambiante y sujeta a las profundas crisis y emergencias que vive nuestra nación se emplee como técnica legislativa normar el Régimen penal cambiario, ya que debido a las modificaciones, correcciones y aclaratorias que efectúa la autoridad administrativa, se estará siempre en presencia en la incursión de un Error de Prohibición directo o indirecto vencible, debido a la imposibilidad de conocer, compulsar y comprender toda la normativa vigente.

3.2.4. Penas previstas por el Régimen penal cambiario

El art. 2 del Régimen penal cambiario determina las sanciones con que se reprimen las conductas que se establecen en el art. 1. Para la comisión de la primera conducta descripta por los tipos penales, la pena es de multa de hasta 10 veces el monto de la operación en infracción.

En los casos de producirse una primera reincidencia, la sanción es prisión de 1 a 4 años o una multa de tres a diez veces el monto de la operación en infracción. Para la segunda reincidencia, la pena corporal prevista es de prisión de 1 a 8 años juntamente con el máximo de multa, que consiste en 10 veces el monto de la operación.

3.2.5. Inaplicabilidad del Principio de la Ley Penal más Benigna.

Problemas de retroactividad y ultratractividad

Como expresa Ventura González "...el Código Civil en su art. 3 establece que las leyes rigen para el futuro y no tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición expresa en contrario... ".⁽⁴⁴⁾ Asimismo, el Código Penal de la Nación en su art. 2 reza:

(43) RIVA, JORGE L., op. cit., p. 248.

(44) GONZÁLEZ, VENTURA, *Nociones generales sobre derecho penal económico*, Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998, p. 177.

"Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictara una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley operarán de pleno derecho".

Sin embargo, el Régimen penal cambiario, en su art. 20 establece la inaplicabilidad de este Principio. Así, el art. 20 expresa: "Serán aplicables las disposiciones del Libro I del Código Penal salvo cuando resulten incompatibles con lo establecido con la presente ley. En especial y expresamente, no serán de aplicación las siguientes disposiciones del Código Penal: el art. 2, cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del art. 2 de la presente ley".

El fundamento que suele otorgarse, para la inaplicabilidad del Principio de la Ley Penal más Benigna, es que las normas que regulan el Régimen penal cambiario responden a la aparición de situaciones de excepción y ello hace necesario que sus efectos en el tiempo se prolonguen para que realmente sean eficaces.

Como puede apreciarse, una vez más, surge el argumento de la emergencia, y de la eficacia y eficiencia como fundamento para legitimar la supresión de una garantía como lo es el Principio de la Ley Penal más Benigna. En cuanto a la inaplicabilidad del mismo, cabe destacar que "...en el caso de la imposición de la pena de multa no se aplica el Principio de la Ley más Benigna, es decir, no existe retroactividad de ésta y sí, en cambio, existe ultra-actividad de la derogada o de la ley excepcional o temporaria que ha caducado".⁽⁴⁵⁾

Por el contrario, para el caso de los delitos conminados con pena privativa de la libertad, prevista en los incs. b) y c) del art. 2, si posee y tiene plena vigencia el art. 2 del Código Penal de la Nación, haciendo operativo para estos casos la aplicación del Principio de Retroactividad de la Ley Penal más Benigna.

(45) GONZÁLEZ VENTURA, *ibid.*, p. 178.

Pese a esta distinción entre la pena pecuniaria, como lo es la multa, y la pena privativa de la libertad, lo cierto es que esta supresión de la garantía y del Principio del Derecho Penal Liberal, únicamente encuentra su justificativo, como ya se aludiera, en lograr mayor eficiencia en la protección de un bien jurídico colectivo o macrosocial, recurriendo para ello a argumentos tales como el derecho penal de emergencia en función del cual se flexibilizan los Principios Rectores del Derecho Penal, a través de la Administrativización del Derecho Penal, que opera en función de la especialidad de la materia como lo es el Régimen penal cambiario, que integra el llamado “derecho penal de segunda velocidad”.

Sin embargo, en los últimos seis años, esto ha comenzado a revertirse jurisprudencialmente por fallos tales como “Cristalux SA”,⁽⁴⁶⁾ “Agrigenetics SA”⁽⁴⁷⁾ y “Docuprint SA”.⁽⁴⁸⁾

El Fallo de la CSJN “Cristalux SA”, dictado el 11 de abril de 2006, fue el puntapié inicial para comenzar a revertir jurisprudencialmente el avasallamiento al Principio de Legalidad que se producía en la Ley Penal Cambiaria al desconocer la retroactividad de la Ley Penal más Benigna.

En este fallo se indicó “...que en el supuesto de las leyes penales en blanco —refiriéndose concretamente al régimen penal cambiario—, corresponde al aplicación del Principio de Benignidad; es decir, la aplicación de la Ley Penal más Benigna para el imputado, dictada con posterioridad al hecho objeto del proceso...”.⁽⁴⁹⁾

Por lo tanto, con el fallo “Cristalux SA”, el más Alto Tribunal Constitucional de la Nación abandona los precedentes del fallo “Argenflora SCA” y dis-

(46) Fallos 329:1053. CSJN Letra C, N° 77. Libro XL. Recurso de Hecho “Cristalux S.A. s/ ley 24.144”, 11/04/2006. También se recomienda ver SALABER RAMIRO, *Régimen penal cambiario: nuevo fallo sobre aplicación de la Ley Penal más Benigna*, Bs. As., La Ley, 2006-C, 504, 2006.

(47) Fallos 329:5410. CSJN Letra A, N° 312, Libro XL, Recurso de Hecho “Agrigenetics SA s/ infracción Ley 24.144”, 28/11/2006.

(48) Ver BECERRA, FEDERICO, *Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la aplicación de la Ley Penal más Benigna*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 6.

(49) SARAVIA FRÍAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, *La Ley Penal Cambiaria y los Principios Generales del Derecho Penal Común*, Bs. As., La Ley, 2008-F, 2008, p. 1364.

pone que resulta de aplicación el Principio de la Ley Penal más Benigna” a la materia penal cambiaria.

Además, debe recordarse que a raíz de la reforma constitucional de 1994, la República Argentina incorporó a su Carta Magna diversos Tratados Internacionales que imponen el Principio de Legalidad y Benignidad, por lo tanto, este Principio ya no solo es un Principio Rector del Derecho Penal, sino un Principio Constitucional.

Siete meses más tarde del dictado del Fallo “Cristalux SA”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación da un paso más con el Fallo “Agrigenetics SA”, al no sólo admitir “...la aplicación de la Ley Penal más Benigna a la materia cambiaria, sino al ordenar hacerlo de oficio, ante la inacción u omisión del propio acusado y/o de sus defensores...”.⁽⁵⁰⁾

3.2.6. Presunción del dolo y violación del Principio de Culpabilidad

En el Régimen penal cambiario, se sostiene que la culpabilidad se presume, que rige el Principio de inversión de la Carga de la Prueba (*onus probandi*) y que es el inculpado o imputado el que debe probar que no es culpable.

Como menciona Juan Bonzon, “...tal doctrina se fundamenta precisamente en el Principio opuesto al de Inocencia ya que considera al imputado culpable mientras no pruebe las excusas exculpatorias que alegue...”.⁽⁵¹⁾ Así, la Cámara en lo Penal Económico ha expresado que “...en materia de infracción cambiaria es de aplicación el Principio de la Inversión de la Prueba...”.⁽⁵²⁾

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “...en las infracciones cambiarias, la culpabilidad se presume, estando a cargo del imputado la carga de la prueba que lo exima de responsabilidad”.⁽⁵³⁾

(50) SARAVIA FRÍAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, *ibid.*, p. 1364.

(51) BONZON, JUAN C., *El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias*, Bs. As., La Ley 1990-C, p. 1115.

(52) Ver Fallo CN Penal Económico, Sala I, 9/08/1989, “Compañía Intraductora de Buenos Aires SA”, citado por González Ventura, *op. cit.*, p. 178.

(53) CSJN, “ATMA, SA”, en *Revista Jurídica La Ley*, 11/4/78, t. 1978-C, p. 660; “Papazian Kricor”, en *Revista Jurídica La Ley*, 6/11/79, t. 1980-B, p. 35.

Como puede apreciarse, la presunción de la culpabilidad del imputado, mediante la inversión de la carga de la prueba, es claramente violatorio del Principio de Inocencia. Ello, una vez más, no puede justificarse en pos de un bien jurídico de interés superior, como lo es un bien jurídico macrosocial, y lo altamente cambiante de la materia.

Por ello, como sostiene Juan Bonzon, "...en materia infraccional cambiaria no puede prescindirse del dolo como nexo vinculante entre el acto u omisión imputado y la sanción prevista por la norma legal (...) la grave distorsión al Principio de Inocencia que implica exigir al imputado la acreditación fehaciente de las excusas exculpatorias que alegue, torna de dudosa aplicación el Principio subrogatorio de la prueba *In dubio pro reo*", finalmente aclara que "...una vez descartada la existencia de accionar doloso del imputado, debe absolverse sin más trámite, porque los tipos infraccionales cambiarios no admiten la forma culposa...".⁽⁵⁴⁾

Es claro que la inversión de la carga de la prueba configura una clara lesión al Principio de Inocencia, y a Principios tales como el *In dubio pro reo*. No obstante, el avasallamiento no sólo queda allí, sino que también se viola o conculta el Principio de Culpabilidad que, como mencionara el autor alemán, Claus Roxin se encuentra integrado dentro del cuarto estrato de la Teoría del Delito como lo es la Culpabilidad. Pues, analizando esta normativa a nivel dogmático puede verse lo improvisado, inficiente e infecundo del pensamiento esbozado al solicitar excusas exculpatorias al imputado. Como bien se sabe, dentro de la dogmática moderna, las únicas causales de inculpabilidad existentes son, la inimputabilidad y la existencia del Error de Prohibición, que implicarían la falta de comprensión de la criminalidad, o incurrir en un estado de necesidad exculpante, disculpante o inculpante, que demostraría un ámbito de autodeterminación reducido.

En este sentido, solicitar excusas exculpatorias es querer desconocer que se está violando el Principio de Culpabilidad, de Inocencia, e *In dubio pro reo*, buscando una designación terminológica que superficialmente aparezca como incluida en la dogmática y los Principios del Derecho Penal Liberal.

(54) BONZON, JUAN C., *op. cit.*, p. 1116.

3.2.7. Prescripción en el Régimen penal cambiario

El art. 19 del Régimen penal cambiario establece "La prescripción de la acción para perseguir las infracciones de cambio se operara a los seis (6) años. Dicho lapso se interrumpirá por los procedimientos que impulsen la investigación, practicados con conocimiento del inspeccionado, por los actos procesales de impulsión dictados por la jurisdicción administrativa o judicial y por la comisión de otra infracción".

De la sola lectura del art. 19 del Régimen penal cambiario (RPC), pueden apreciarse las distinciones que expresa de las reglas de prescripción esbozadas por el Código Penal de la Nación. El art. 62 del Código Penal de la Nación expresa:

"La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: (...)

2) Despues de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años (...)

5) A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa".

Como bien expresa Ventura González, dos son las distinciones que se presentan entre el Régimen penal cambiario y los Principios del Derecho Penal Común. En primer lugar, "...no se distingue, en el Régimen penal cambiario, entre multa o pena privativa de la libertad, ya se trate de una infracción (...) o de un delito, (...) el término de prescripción de la acción es de seis años".⁽⁵⁵⁾ En segundo lugar, en el régimen penal cambiario, todos los delitos tiene el mismo tiempo de prescripción cualquiera sea el monto de la pena privativa de la libertad. Otra distinción del Régimen penal cambiario respecto de los Principios del Derecho Penal Común, nuclear, *stricto sensu*, que no encuentra más fundamentación que la ya enunciada aquí.

(55) GONZÁLEZ VENTURA, op. cit., p. 188.

3.2.8. Reincidencia en el Régimen penal cambiario

Existen notables diferencias entre el concepto de reincidencia en el Código Penal de la Nación y el concepto de reincidencia en el Régimen penal cambiario.

El art. 18 del Régimen penal cambiario establece que "A los fines de la reincidencia prevista por esta ley, se computarán las sentencias condenatorias firmes pronunciadas a partir de su vigencia, aun cuando impongan pena de multa y siempre que no hayan transcurrido cinco (5) años entre la condena anterior y la nueva infracción".

Para el derecho penal común, existe reincidencia cuando habiendo una persona cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad, impuesta por un tribunal del país, cometiere un nuevo delito también conminado con pena privativa de la libertad. Como expresa Ventura González, tres diferencias fundamentales se presentan:

"a. El Código Penal exige para que exista reincidencia, que la pena impuesta en la primera haya sido cumplida en forma total o parcial. En el Régimen penal cambiario, para ser reincidente basta la mera condena.

b. En el sistema del Código Penal la primera condena debe ser a una pena privativa de la libertad. En cambio en el caso del Régimen penal cambiario no sólo existe reincidencia en el caso de una pena privativa de la libertad, sino también en el caso de una pena de multa.

c. Por último, es cuanto a la prescripción de la primera condena, el Régimen penal cambiario exige que sea de cinco años. En cambio de acuerdo al Código Penal el mínimo de la prescripción es de cinco años y el máximo puede llegar a diez años".⁽⁵⁶⁾

Entonces, también en materia de reincidencia puede apreciarse la distinción entre el derecho penal nuclear, común o *stricto sensu* y los parámetros establecidos por el Régimen penal cambiario.

(56) GONZÁLEZ VENTURA, *ibid.*, p. 186.

3.2.9. Comiso de moneda extranjera

El art. 23 del Código Penal de la Nación establece que la condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de la provincia o el arsenal de guerra de la Nación.

Como expresa Ventura González, "...se ha entendido que el art. 23 CP. Se aplica al decomiso de moneda extranjera...".⁽⁵⁷⁾ Sin embargo, se presentan dos interrogantes en torno a este tema: primero, si la moneda extranjera puede considerarse instrumento del delito en los términos del art. 23 CP y, segundo, si el consecuente decomiso no importa una agravación de la pena de multa. Pues, como esboza Jorge Riva, la jurisprudencia ha entendido:

"...que con la aplicación de lo dispuesto por el art. 23 CP a las infracciones legisladas en la ley 19.539 (RCP) no se trata de agravar las sanciones en ésta establecida con una pena accesoria (...) sino de remitirse a una norma general cuyas previsiones se extienden a todas las figuras represivas contempladas por las leyes especiales (...) no impide que el juzgador analice en cada caso si la moneda secuestrada constituye instrumento de la infracción efecto proveniente de la misma o bien elementos materiales ajenos a la comisión...".⁽⁵⁸⁾

Aunque jurisprudencialmente se intente hacer parecer que el comiso no es una pena accesoria, lo cierto es que a los efectos prácticos opera como una pena más. Tal vez, el legislador en este Régimen en particular no se atrevió a declararlo como pena accesoria, como ocurre con el comiso previsto en el art. 874 del Código Aduanero.

En derecho penal aduanero, que también es un derecho penal de segunda velocidad, en el cual opera la Administrativización del Derecho Penal, el comiso aparece de alguna manera intentando ser legitimado

(57) *Ibid.*, p. 183.

(58) Ver fallo CSJN, "Tomin SA", 17/11/1977, ED 77-207, citado por RIVA, JORGE L., op. cit., p. 254.

como una pena accesoria, debido a la gravedad que se le adjudica al delito de contrabando.

3.2.10. Sujetos responsables y responsabilidad solidaria

Respecto del Régimen penal cambiario, en principio, son las personas físicas quienes pueden resultar autoras, cómplices, instigadoras o encubridoras de los delitos cambiarios. No obstante:

“...cuando el hecho resulte en beneficio de una persona de existencia idea, en su nombre o con su ayuda, cometido por quienes jurídicamente se encuentran autorizados para expresar su voluntad (directores, representantes legales, gerentes) o por síndicos o miembros del consejo de vigilancia, la responsabilidad se extiende a aquélla tanto en cuanto a las penas de multa, como a las suspensión o cancelación de la autorización para intermediar u operara en cambios o la inhabilitación para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o instituciones autorizadas para operar en cambios (art. 2, inc. e) RPC)”.⁽⁵⁹⁾

Conforme expresa Ventura González, “...se ha interpretado que es condición *sine qua non* para responsabilizar y sancionar a la persona ideal la responsabilidad y sanción de los directivos y gerentes de la misma. La responsabilidad de los directivos es lo principal y lo accesorio es la responsabilidad del ente ideal...”.⁽⁶⁰⁾

La temática aquí tratada desemboca directamente en la problemática si el Régimen penal cambiario prevé la responsabilidad de la persona jurídica. Sobre este tema existe una gran controversia, hay quienes señalan, como el caso de Pagano, “...que el régimen penal cambiario no prevé, a su parecer, la imposición de penas a la sociedad y que lo que simplemente se busca es extender mediante la solidaridad la responsabilidad en el cumplimiento de la sanción pecuniaria a la persona de existencia ideal...”.⁽⁶¹⁾

(59) RIVA, JORGE L., *ibid.*, p. 251.

(60) GONZÁLEZ VENTURA, *op. cit.*, p. 182.

(61) RIVA, JORGE L., *op. cit.*, p. 252.

Por el contrario, Jorge Riva considera que la posibilidad de imputar y aplicar penas a las personas jurídicas aparece como un hecho claramente plasmado en diversas disposiciones. También aclara que, al no tratarse de una persona de existencia real o visible, resulta impensable la aplicación de penas corporales, pero que ello no obstaría a la imposición de penas de tipo pecuniario como la multa, o bien penas restrictivas de derechos y autorizaciones como lo son la inhabilitación, suspensión, cancelación de autorizaciones, etc.

Asimismo, cabe destacar que la jurisprudencia sobre este tema se ha pronunciado considerando que "...según el art. 3 de la ley 19.359, son responsables de las infracciones cambiarias: las personas físicas autoras del ilícito y las personas jurídicas generalmente beneficiarias del mismo. No hay dos infracciones, sino una sola, compartida entre esos responsables...".⁽⁶²⁾

Sin embargo, a nuestro parecer, no resulta claro que del Régimen penal cambiario surja una clara posibilidad de imputación a la persona jurídica, como ocurre en el Código Aduanero donde, expresamente, puede efectuarse la imputación a la persona de existencia ideal, independientemente de la imputación a las personas físicas. En el RPC, sólo parece existir una responsabilidad solidaria del ente ideal para con la persona física.

En este sentido, el Régimen penal cambiario constituye un derecho penal especial al igual que el extinto derecho penal militar, el Régimen penal tributario y el derecho penal aduanero.

3.3 | Análisis dogmático del Régimen penal tributario

El Régimen penal tributario, al igual que el Régimen penal cambiario y el derecho penal aduanero, también constituye un derecho penal especial y como tal posee institutos que se apartan de la regulación general del Código Penal de la Nación y que resultan cuestionables a la luz de los Principios Constitucionales que rigen el derecho penal y el derecho procesal penal.

(62) CN Penal Económico, Sala I, 7/6/1977, "Danduf, SA y otros", Rep. LL, XXXIX-A-I, p. 501, Citado por RIVA, JORGE L., *ibid.*, p. 252.

Puntualmente del Régimen penal tributario, nos cuestionaremos la facultad o capacidad del Estado de constituirse en querellante a través de un organismo dependiente del Poder Ejecutivo de la Nación como lo es la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y, si ello no constituye una duplicación de la acusación estatal en un proceso penal, violentando de esta forma el Principio de Defensa en Juicio del imputado por no existir una igualdad de armas.

La ley 24.769 y su ley modificatoria, ley 26.735, establecen en su art. 23 la siguiente facultad por parte de los organismos recaudadores: "El organismo recaudador podrá asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular a través de funcionarios designados para que asuman su representación".

Resulta sabido que los sujetos procesales que integran necesariamente la estructura de un proceso penal son el juez, el acusador o Ministerio Público Fiscal y el imputado con su representante legal, sea este abogado particular o defensor público oficial, siendo ellos indispensables y esenciales porque no pueden encontrarse ausentes en la relación procesal. Junto a las partes mencionadas puede haber sujetos eventuales, es decir que no son indispensables o esenciales para el desarrollo del proceso. Entre estos sujetos eventuales se encuentra el querellante.

Es pertinente resaltar que "...la figura del querellante es una institución de vieja data en nuestra tradición procesal. Fue introducida en el Código de Obarrio de 1888 y recogida por los ordenamientos procesales por él inspirados...".⁽⁶³⁾ Sin embargo, a partir de la década del cuarenta del siglo pasado se afianzó una corriente partidaria de la abolición de esta institución, a la que se le endilgaba ser un resabio de la venganza privada.

Pese a estas tendencias, y a las objeciones formales que despertó, la querella resultó ser una herramienta útil para la función jurisdiccional. Así, el proyecto inspirado por Ricardo Levene (h.), que se materializó en el actual y vigente Código Procesal de la Nación Argentina —ley 23.984—, que adscribía a la tendencia abolicionista de la figura de querellante, fi-

(63) ROMERA, OSCAR E., *Régimen penal tributario y de la seguridad social. Ley 24.769 Comentada, anotada y concordada con otras normas vinculantes*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 123.

nalmente terminó incorporando esta figura en el Capítulo IV del Título IV de su Libro Primero.

Habiendo efectuado esta breve mención y revisión histórica de la figura del querellante, es posible ingresar en el análisis puntual de la facultad otorgada por la ley 24.769, en su art. 23, al organismo recaudador para asumir esa función. Como ya hicimos alusión, dicha ley tiene como bien jurídico tutelado las haciendas públicas nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es por ello que el organismo recaudador facultado a asumir la función de querellante no será otro que el encargado de la recaudación de la hacienda pública nacional, provincial o de la CABA, es decir, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), creada en el año 1997 por el decreto 681/1997, y que se encuentra integrada por la Dirección General de Aduanas (DGA), la Dirección General Impositiva (DGI), y la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social (DGRSS), en el caso del erario público nacional.

La facultad para asumir la función de querellante por parte del organismo recaudador no surge de una mención genérica como la expresada por la derogada ley 19.539, en su art. 4, sino que, por el contrario, existe una enunciación expresa y puntual en ley 24.769, acotada al Régimen penal tributario. Esto legitima esta potestad, al menos a la luz de la doctrina esbozada por la Corte Suprema de justicia de la Nación, la cual ha dejado en claro que esta función o facultad de querellar otorgada a los organismos públicos "...no puede concebirse independientemente de las funciones atribuidas al organismo (...) pues de lo contrario todos los representantes estatales tendrían título suficiente para querellar...".⁽⁶⁴⁾

Algunos autores, como Oscar Eduardo Romera, entienden que leyes como la aquí tratada "...otorgan expresamente el derecho de querella a entes públicos descentralizados del Estado Nacional, lo que significa extender aquellos límites que no están expresamente consignados por la ley procesal (...) Tal es el caso de la presente ley, al autorizar al organismo recaudador, por este artículo, a constituirse en querellante...".

(64) CSJN, en autos "Braun, Eduardo", 24/03/1987, Fallos, 310:669.

Sin embargo, no puede dejar de observarse "...que la inclusión de entidades públicas con capacidad para querellar importa la intervención de otro órgano acusador público paralelo. Es decir, la duplicación del acusador público, por cuanto siempre debe subsistir la intervención del agente fiscal...".⁽⁶⁵⁾

No obstante, Romera no es el único autor que cree que facultar al organismo recaudador a ejercer la función de querellante implica una duplicación del acusador público. A ello adhieren Héctor Villegas⁽⁶⁶⁾ y Jorge Enrique Haddad, quien de su propia pluma sostiene que esta facultad conferida al organismo fiscal para actuar como querellante "...en los hechos implica que el Estado actuará por una doble vía, dado que el Ministerio Público es el Titular de la acción represiva y el organismo fiscal lo hará como querellante...".⁽⁶⁷⁾

Idéntico criterio al esbozado por Haddad ha manifestado la jurisprudencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al entender que:

"...teniendo en cuenta que tanto la Administración Federal de Ingresos Públicos como el Ministerio Público Fiscal representan la persecución penal oficial, entiendo que, a los fines de evitar abusos y excesos, la intervención y funciones del aquel organismo debe interpretarse en el sentido de un querellante adhesivo, es decir, dependiendo de la acción fiscal. Por lo que la desestimación parcial de la denuncia postulada por la fiscalía de instrucción impide que la Administración Federal de Ingresos Públicos conserve la legitimación activa, ello así, a riesgo de generar una situación de desigualdad en prejuicio del imputado frente a dos agencias estatales con intereses equivalentes...".⁽⁶⁸⁾

Pero, probablemente, la crítica más contundente y lapidaria a esta facultad otorgada al organismo recaudador para ejercer la función de querellante provenga de Marta E. Nercellas. Esta jurista, en un artículo del

(65) ROMERA, OSCAR E., *op. cit.*, p. 124.

(66) VILLEGAS, HÉCTOR B., *Régimen penal tributario argentino*, Bs. As., Depalma, 1998, p. 508.

(67) HADDAD, JORGE E., *Ley Penal Tributaria 24.769 comentada*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 148.

(68) CNCP, Sala III, en los autos "Ciccone, Héctor Hugo sobre recurso de casación", 29/11/2007, causa N° 7552, reg. 1680/07, publicado en WebRubinzal penaleco 7.5.5.r19. Del voto de la Dra. Ledesma, que adhiere al voto del Dr. Tragant.

año 2004, sostiene que "...el endurecimiento en el tratamiento penal tributario parece coincidir más con las necesidades económicas coyunturales del Estado que con un programa de política criminal...", y agrega que:

"...no está mal que esas necesidades sean contempladas, sino que su desesperada satisfacción determine que el Estado abandone su rol de cuidador de los derechos de los ciudadanos para convertirse en un Estado Policial (...) si las urgencias coyunturales del Estado prevalecen sobre los derechos del individuo nos encontraremos entonces frente al paradigma inquisitivo de control del delito (...) Afirmar que el contribuyente es y debe ser tratado como inocente (...) resulta una afirmación meramente declamatoria cuando observamos las facultades que se le otorgan al fisco (...) La AFIP: a) Investiga (como parte) la existencia de una conducta supuestamente disvaliosa; b) 'determina' (obviamente en forma interesada) la supuesta deuda; c) luego 'decide' (como juez) si esa conducta realmente es lesiva del ordenamiento legal; d) y finalmente se convierte una vez más en 'parte' para perseguir la penalización ante la justicia criminal de la conducta que ella misma estableció que supuestamente existía; e) permitiéndose que actúe como 'auxiliar de la justicia', en la búsqueda de la prueba..." .

La autora en cuestión destaca a continuación que:

"...la atribución de la facultad de constituirse en parte querellante al Fisco resulta ahora —más que antes— innecesaria, si se advierte que tras la creación del nuevo fuero penal tributario existen fiscales altamente especializados en la materia, cuyo rol es precisamente resguardar el interés estatal. Mantener la posibilidad de intervenir como querellante a la AFIP, implica duplicar la representación acusatoria del Estado, desnivelándose así la igualdad de partes en el proceso en desmedro de la defensa...".⁽⁶⁹⁾

En igual sentido, ha manifestado su crítica Alejandro Catania, quien entiende que:

(69) NERCELLAS, MARTA E., "Sólo algunas consideraciones en torno a la ley penal tributaria", en *Suplemento de Derecho Económico*, Bs. As., La Ley, 2004, pp. 157/161.

"...la instauración de dos partes estaduales no parece obedecer a ninguna necesidad específica que no pueda ser soslayada por otra vía. En este sentido, como el organismo recaudador puede participar de oficio, sustancia los demás procedimientos administrativos vinculados a la materia, puede producir informes y participar con especialistas de algunos exámenes (si es así, lo dispone el juez) y, sobre todo, teniendo en cuenta que la mayor finalidad de aquel organismo es la recaudación impositiva—loable en general, despreciable cuando se utilizan los mecanismos penales para ello—, tal vez, sería conveniente evitar este tipo de inmisiones en el ámbito penal y garantizar las pretensiones del Estado a través del Ministerio Público Fiscal...".⁽⁷⁰⁾

Este autor subraya, al igual que Nercellas, que no puede desconocerse que en la actualidad han proliferado las instituciones especializadas para la investigación de estos delitos a través de la creación de fiscalías temáticas o Unidades Fiscales Especiales como resulta ser el claro ejemplo de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCO). Por tal razón, más innecesaria e injustificada parece ser la potestad concedida al organismo recaudador —AFIP-DGI— de constituirse como parte querellante en un proceso en el cual el representante del Estado por excelencia, el Ministerio Público Fiscal, cuenta con fiscalías especializadas, como lo son las fiscalías nacionales en lo penal tributario, las cuales a su vez pueden contar con la colaboración de la UFITCO.

Otro autor que ha alzado su voz en contra de esta facultad concedida al organismo recaudador ha sido el profesor Marcelo Alfredo Riquert, para quien:

"...la facultad de constituirse como querellante particular que mantiene el (...) art. 23, (...) seguirá dando pie para realizar cuestionamientos a quienes entienden que con ello se está rompiendo el equilibrio de las partes en el proceso, lo que es atendible e incluso acentuado por el nuevo sistema de prejudicialidad parcial. En efecto, la misma parte que verifica y determina deuda tributaria o previsional, que en ocasiones decide si denuncia o

(70) CATANIA, ALEJANDRO, *Régimen penal tributario. Estudio sobre la ley 24.769*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 307.

no, es además auxiliar de la justicia (en diligencias que pueden ser de la trascendencia de un secuestro de elemento probatorios del delito) y eventual querellante, con lo que de asumir por propia decisión tal rol, puede cuestionar lo que se disponga judicialmente de sus propios actos previos e impulsar la acción en paralelo al Ministerio Público Fiscal. Si trasladamos lo afirmado a un ejemplo vinculado al derecho penal común, sería como si frente a un determinado acto jurisdiccional como la declaración de la nulidad del secuestro de un arma en una investigación por el delito de lesiones o al ordenar el archivo de las actuaciones, la dependencia policial que intervino en tal diligencia pudiera constituirse como querellante en el proceso y apelar tal resolución, lo que por cierto es inadmisible...”.⁽⁷¹⁾

Asimismo, el profesor Riquert también comparte la postura adoptada por Nercellas y Catania al considerar que “...el interés estatal está suficientemente resguardado por la intervención natural que corresponde al Ministerio Público Fiscal (o al menos, debieran estarlo para el legislador, sobre todo si se trata de fiscales con especialización en la materia)...”.⁽⁷²⁾ Por consiguiente, el citado autor entiende que con la creación del fuero Penal Tributario, que comprende las fiscalías nacionales en lo Penal Tributario, y con la colaboración que podría eventualmente llegar a prestarle la UFITCO, se encontraría plenamente resguardado y protegido el bien jurídico **hacienda pública nacional**.

Finalmente, Riquert efectúa una última crítica a la facultad del organismo recaudador de asumir el rol de parte querellante en el proceso al esbozar que, si la Administración Federal de Ingresos Públicos “...es auxiliar de la justicia, debiera ceñir su actividad a tal función y no la de parte querellante en el proceso...”.⁽⁷³⁾

Luego de haber pasado revista y analizado parte de la doctrina, podemos inferir que las principales críticas que se han vertido hasta el

(71) RIQUERT, MARCELO A., *Cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario*, Bs. As., Ediar, 1999, pp. 85 y 86.

(72) *Ibid.*, p. 86.

(73) *Ibid.*

momento respecto de la facultad otorgada al organismo recaudador para ejercer la función de querellante pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- a. La mentada facultad importa una duplicación de la representación acusatoria del Estado, lo cual menoscaba el Derecho de Defensa en Juicio.
- b. La posibilidad otorgada al organismo recaudador de ejercer funciones de querellante resulta injustificada según un criterio de especialización en función de la materia, ya que la creación del fuero Penal Tributario brinda la presencia de un órgano acusador altamente especializado, al contarse con fiscales abocados específicamente a esta temática.
- c. El instituto analizado resulta innecesario ante el claro protagonismo de la AFIP en el proceso penal, conforme a las facultades que le otorga el nuevo régimen penal tributario.
- d. La instauración de dos partes estaduales no parece obedecer a ninguna necesidad específica, más cuando las pretensiones del Estado se ven plenamente garantizadas a través del Ministerio Público Fiscal, el cual además de contar con fiscales especializados en la materia, también se ve provisto de instituciones especializadas como es el caso de la UFITCO.
- e. Si el organismo recaudador ejerce el rol de auxiliar de justicia debiera ceñirse en su actividad procesal a tal función, y no verse facultado a constituirse como querellante, toda vez que ello llevaría al absurdo de que la AFP-DGI pudiera ser auxiliar de la justicia y parte a la vez en un mismo proceso.

A estas cinco principales objeciones y críticas que hemos sintetizado, también debiera agregarse una sexta: que la Administración Federal de Ingresos Públicos, como organismo autárquico encargado de ejecutar las políticas impulsadas por el Poder Ejecutivo Nacional en materia tributaria, aduanera y de recaudación de los recursos de la seguridad social, encontrándose dentro de la órbita de ese poder del Estado, no podría ejercer funciones propias de otro poder estatal, como ser las funciones inherentes al Ministerio Público Fiscal. Admitir esto implicaría tolerar la arrogación por parte del Poder Ejecutivo Nacional de facultades y competencias otorgadas a otro poder del Estado, lo cual resultaría inconstitucional.

No obstante, las opiniones reseñadas hasta aquí no son todas críticas. También se han alzado voces a favor de esta facultad que se le confiere al organismo recaudador. Probablemente, la más significativa es la del profesor Tristán García Torres para quien:

"...desde antiguo, se ha reconocido concretamente a los organismos públicos (a la Aduana y a la DGI) que se encuentran legitimados para ejercer el rol de querellantes, en casos en que pudieran haber sido perjudicados, por él en sus rentas: habiéndose considerado que la calidad de ofendido por un delito debe acreditarse con carácter meramente hipotético, pues requerir la comprobación desde el inicio sería imposible en la mayoría de los casos...".⁽⁷⁴⁾

Asimismo, este autor considera que:

"...no existe obstáculo serio para oponerse a un ejercicio concreto de la legítima aptitud procesal de los Estados nacional y/o provinciales, y sus organismos, para que puedan constituirse en partes querellantes en las causas por asociación ilícita, aun cuando no exista una disposición legal en tal sentido [...] aparece como especialmente procedente el reconocimiento de la facultad de querellar de los Estados y sus organismos, pese a no existir un expreso reconocimiento legal, a poco que se repare en la naturaleza del delito de asociación ilícita y su gravedad para los poderes públicos y sus consecuencias enormemente perjudiciales para la sociedad en su conjunto...".⁽⁷⁵⁾

Finalmente, García Torres busca coronar su postura citando como acertada la conclusión del pronunciamiento dictado por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín en la causa "Botello", en la cual se dejó asentado que "...comprobado 'prima facie' el perjuicio patrimonial para el Estado nacional, o su potencialidad ofensiva, la AFIP-DGI está legitimada para actuar como querellante, con fundamento en el art. 82 CPPN y en la función específica de ejecución de la política tributaria y aduanera de la nación...".⁽⁷⁶⁾

Por consiguiente, luego de haber constatado los argumentos legítimos de la facultad del organismo recaudador para ejercer funcio-

(74) GARCÍA TORRES, TRISTÁN,, *La facultad de querellar de los organismos públicos por el delito de asociación ilícita*, Bs. As., La Ley 2003-B, p. 1066.

(75) *Ibid.*

(76) Ver CÁMARA FEDERAL DE SAN MARTÍN, Sala I, en autos "Botello, E.", 19/8/1999, citada por GARCÍA TORRES, TRISTÁN, *op. cit.*

nes como querellante, podemos sistematizar los mismos del siguiente modo:

- a. Argumento de carácter cronológico, aduciendo que desde antiguo a la ANA y la AFIP-DGI se les ha reconocido esta facultad.
- b. La inexistencia de obstáculos para otorgar dicha facultad pese a no existir un reconocimiento expreso legal. Esto reforzaría el postulado del Régimen penal tributario, puesto que si no existe obstáculo para otorgar la facultad de querellar en los casos en que carece de reconocimiento legal expreso, con mayor fundamento debe ser admitida en casos como el que nos ocupa, donde nos encontramos ante un reconocimiento normativo explícito.
- c. El fundar la facultad en la protección de bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o macro-sociales como lo son el orden público, el interés público, la seguridad de la Nación, los poderes públicos, el orden constitucional, la administración pública o las rentas fiscales.

Hasta el momento, hemos podido apreciar tanto los argumentos legítimos como deslegitimantes de la facultad o potestad otorgada al organismo recaudador para ejercer la función de querellante.

Por último, resulta indispensable destacar que la legitimación para constituirse en querellante no se agota en la figura del ente recaudador. Según lo esbozado por Oscar Eduardo Romera, la legitimación se extiende a toda persona que reúna la condición de "particularmente ofendida". Por ello, la jurisprudencia ha dicho, con razón, que "...poseen legitimación para querellar por la presunta evasión previsional los trabajadores que perciban sueldos en negro por cuanto los mismos serían perjudicados, dado que el haber jubilatorio se calcula en base al sueldo percibido en blanco...".⁽⁷⁷⁾ En igual sentido, respecto del "...delito previsto por el segundo párrafo, primera parte, del art. 135 de la ley 24.241 (afiliación fraudulenta), el particular ofendido que puede ser tenido como parte querellante es el trabajador que fue falsamente afiliado, pues solamente éste es titular del bien jurídico tutelado, sin que la Administración de Fondos de Jubilación y Pensión (AFJP) pueda ser titular de dicho bien jurídico...".⁽⁷⁸⁾

(77) CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, Sala II, en autos "San Vicente SA", 20/04/1995, JA, 1992-IV, p. 331, citado por ROMERA, OSCAR E., *op. cit.*, p. 124.

(78) CÁMARA NACIONAL EN LO PENAL ECONÓMICO, Sala B, 4/10/96, reg. N° 527/96; 96-326, síntesis publicada en El Derecho 172-285, sum. 47.878, citado por BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL Y BACIGALUPO, SILVINA, *Delitos tributarios y previsionales*, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 232.

En definitiva, como bien nos da entender Romera y la jurisprudencia en torno a la materia, el verdadero particular damnificado es el trabajador al que, o bien no se le realizan los aportes configurando una evasión previsional, o bien había sido fraudulentamente afiliado a una administración de fondos de jubilación y pensión durante la vigencia del régimen de capitalización, con lo cual es esta persona de existencia física la que resulta legitimada para constituirse en querellante y no el organismo recaudador.

Ahora sí, habiendo explicitado los alcances de la potestad para constituirse como querellante conforme a la ley 24.769, podemos proceder a dar paso a una sistematización de los argumentos legitimantes y deslegitimantes de la facultad otorgada al organismo recaudador para asumir funciones de querellante.

Argumentos legitimantes de la facultad otorgada al organismo recaudador para asumir la función de querellante:

- a. Argumento de carácter cronológico: se suele aducir que, desde antiguo, a la Administración Nacional de Aduanas (DGA-ANA) y a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) se le ha reconocido esta facultad.
- b. La inexistencia de obstáculos para otorgar dicha facultad pese a no existir reconocimiento legal expreso, lo cual refuerza su validez en nuestro caso, donde la posibilidad de querellar tiene expresa acogida legal.
- c. La necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o macro-sociales, como lo son el orden público, el interés público, la seguridad de la nación, los poderes públicos, el orden constitucional, la administración pública o las rentas fiscales.

Argumentos deslegitimantes de la facultad otorgada al organismo recaudador para asumir la función de querellante:

- a. La facultad otorgada a la AFIP-DGI para asumir la función de querellante importa una duplicación de la representación acusatoria del Estado, lo cual menoscaba el Derecho de Defensa en Juicio.
- b. Resulta una atribución que no puede justificarse recurriendo al argumento de la especialidad y la complejidad de la materia, puesto que la creación del fuero Penal Tributario implicó también la aparición de fiscalías específicas en el mismo, brindando al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de ser representado por funcionarios altamente especializados en la problemática penal tributaria.

- c. La capacidad otorgada al organismo recaudador para ejercer funciones de querellante particular resulta innecesaria ante el claro protagonismo de la Administración Federal de Ingresos Públicos en el proceso penal, conforme a las facultades que le otorga el Régimen penal tributario vigente.
- d. La instauración de dos partes estaduales —Ministerio Público Fiscal y el organismo recaudador constituido como parte querellante— no parece obedecer a ninguna necesidad específica, máxime cuando las pretensiones del Estado se ven plenamente garantizadas a través de la intervención de fiscales específicamente abocados a la materia que, además, pueden contar con la colaboración de instituciones altamente especializadas como es el caso de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCO).
- e. Si el organismo recaudador ejerce el rol de auxiliar de justicia debiera ceñir y acotar su actividad a tal función y no verse facultado a constituirse como parte querellante en el proceso, toda vez que ello llevaría al absurdo de que la AFIP-DGI pudiera ser denunciante, auxiliar de la justicia y, a la vez, parte en un mismo proceso.
- f. La Administración Federal de Ingresos Públicos, como organismo autárquico encargado de ejecutar las políticas impulsadas por el Poder Ejecutivo Nacional en materia tributaria, aduanera y de recaudación de los recursos de la seguridad social, no podría ejercer funciones propias de otro poder de Estado, como ser las funciones atribuidas e inherentes al Ministerio Público Fiscal.

A nuestro criterio, cobran significativa trascendencia estos argumentos deslegitimantes de la facultad otorgada al organismo recaudador para constituirse en querellante, la cual consideramos perjudicial dentro de un sistema procesal garantista y respetuoso del estado de derecho.

Tal atribución resulta lesiva de la garantía de la defensa en juicio, e injustificada aun cuando se aduzca su necesidad a los efectos de lograr una mayor eficiencia durante el proceso, debido a que dicha eficiencia se logra con las facultades ya conferidas a la AFIP como órgano recaudador y la creación misma del fuero Penal Tributario, como así también de las unidades fiscales especiales como la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando.

Por último, no creemos que constituya un fundamento de peso el argumento cronológico. El hecho de que la facultad bajo análisis provenga de larga data, no le confiere legitimidad alguna en sí mismo, y tampoco constituye sustento suficiente para dicha potestad la circunstancia de que se encuentre reconocida en una ley en particular. ¿Por qué afirmamos esto?

Pues bien, porque aunque resulte cierto que pasamos de una atribución genérica del Estado para querellar como lo era la instaurada por la derogada ley 19.539, a facultades particulares conferidas por leyes específicas, no menos cierto resulta que todas estas leyes tienden a conferir la potestad en cuestión sin siquiera fundar concretamente los motivos que la hacen necesaria.

Además, estas leyes otorgan facultades para querellar a organismos tales como el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (MJyDD-HH), la Comisión Nacional de Valores (CNV), el Banco Central de la República Argentina (BCRA), la Dirección General de Aduanas (DGA), la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), etc., todos los cuales tienden a buscar la tutela o protección de bienes supraindividuales, colectivos o macro-sociales. Es decir que el único avance que se ha suscitado en materia de legitimidad de estos organismos para querellar es la de circunscribirla en cada caso a una ley en particular y conforme a las funciones específicas asignadas por ésta.

También constituye otro argumento de peso, por sus implicancias a nivel constitucional, lo alarmante que resulta el hecho de que quien se encuentra constituido como parte querellante no sea un particular, sino el propio Estado a través de un ente autárquico que se encuentra dentro de la órbita del Poder Ejecutivo Nacional y se ve facultado para acusar públicamente, ejerciendo funciones inherentes a otro poder del Estado como lo es el Ministerio Público de la Nación.

Esto último no debería ser tomado a la ligera, sobre todo si se considera que ha sido uno de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “López, Ramón Ángel”,⁽⁷⁹⁾ para declarar inconstitucional el derecho penal militar y el Código de Justicia Militar, lo que llevarían a su derogación mediante la reforma instrumentada con la entrada en vigencia de la ley 26.394.⁽⁸⁰⁾

(79) CSJN, en autos “López, Ramón Ángel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar, causa N° 2845”, 6/3/2007, Fallos: 330:399.

(80) Sobre la derogación del Código de Justicia Militar se recomienda ver FILIPPINI, LEONARDO y TCHRIAN, KARINA, “El nuevo sistema de justicia militar argentino. Comentario a la ley 26.394”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 7, 2009, pp. 1191/1207. También se sugiere la lectura de la ley 26.394, promulgada el 26/08/2008 y vigente desde el 27/02/2009; y el fallo CSJN citado en la nota precedente.

Así es que el más alto tribunal de la nación ha expresado que "...[d]esde la tesis de la naturaleza penal los tribunales militares, por estar compuestos por funcionarios en dependencia jerárquica del poder ejecutivo, son inconstitucionales, pues violan abiertamente la norma que prohíbe al ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales...".⁽⁸¹⁾

Más relevante aún resulta este precedente si se toma en consideración que el derecho penal militar constituía, hasta el 27 de febrero de 2009, uno de los denominados derechos penales especiales junto al Régimen penal tributario, el derecho penal aduanero y el Régimen penal cambiario.

Por ello, aducir que el Régimen penal tributario, por su especialidad en la materia tributaria, posee una regulación especial que, mediante el art. 23 de la ley 24.769 y 26.735, faculta al organismo recaudador para constituirse en querellante no es un argumento que en sí mismo rebata la crítica que se formula, a nivel constitucional, al hecho de que un organismo que se encuentra dentro de la esfera de actuaciones y bajo dependencia jerárquica del Poder Ejecutivo Nacional se arroge facultades privativas e inherentes a otro poder del Estado como resulta ser el Ministerio Público Fiscal.

En definitiva, el mayor grado de especialización de la materia no constituye un fundamento idóneo, ni de peso jurídico, como para desconocer la manda constitucional.

Como bien mencionan Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, haciendo referencia a los derechos penales especiales:

"...uno de los más importantes desprendimientos sistemáticos del derecho penal común es el derecho penal militar. Su especialización proviene de la circunstancia de ser un saber que interpreta una legislación particular que, parcialmente, se refiere a circunstancias de necesidad terrible (la guerra actual o potencial) e incluso la necesidad terribilísima. Si bien estas circunstancias son extraordinarias, admitir la especialidad del mismo no significa, como varias veces se ha pretendido, que sea incompatible con la Constitución ni que constituya una excepción al derecho, pues nada puede haber en el orden jurídico

(81) CSJN, en autos "López, Ramón Ángel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar, causa N° 2845", 6/3/2007, Fallos: 330:399. Del consid. 6º del voto de la mayoría.

que no sea compatible con la Constitución y el derecho. Sería aberrante pensar que la Constitución pueda ser defendida por algo incompatible con ella...”.⁽⁸²⁾

En definitiva, el desconocimiento de estos fundamentos, pareciera sólo demostrar que el Estado tiende a revalorizar la protección de bienes jurídicos macro-sociales, respecto de los cuales tiene un interés directo e inmediato, por sobre la protección de las garantías individuales.

Habiendo culminado con el análisis dogmático de los Delitos Económicos constituidos por el derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario, daremos paso al tercer punto central de este trabajo, destinado al análisis criminológico y político-criminal de nuestra legislación en materia de Delitos Económicos.

4 | Análisis político-criminal de la legislación nacional en materia de Delitos Económicos

A lo largo de los puntos precedentes, se pudo comprobar que la política y la economía de un Estado se encuentran íntimamente ligadas y emparentadas, y ello incide y repercute directamente en la legislación en materia de Delitos Económicos instaurada por el Estado nacional. Pese a los cambios de concepciones filosóficas, políticas y económicas en la dirigencia política de la República Argentina ocurridos durante las tres últimas décadas, pasando por un Estado de bienestar en el período 1983-1989, una política neoliberal y un Estado mínimo en materia social, educativa y de seguridad a lo largo de la década de 1989-1999 y la instauración de una política económica y social más inclusiva durante la última década (2003-2013), ello no se ha visto reflejado en una regulación jurídica más respetuosa de las garantías constitucionales de los ciudadanos al momento de legislar los Delitos Económicos.

Desgraciadamente, tanto el derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario, como derechos penales espe-

(82) ZAFFARONI EUGENIO R., ALAGIA ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 181.

ciales, clara y nítidamente violentan la letra de la Constitución Nacional al facultar a sus organismos especializados que forman parte del Poder Ejecutivo de la Nación a constituirse como acusadores en los procesos penales permitiendo así avasallar el Principio de Derecho de Defensa en Juicio, algo que estos tres derechos penales especiales compartían con el derogado Código de Justicia Militar (CJM).

También ha desconocido los preceptos constitucionales y Principios Rectores del Derecho Penal al permitir la violación del Principio de Culpabilidad, al regular la tentativa de contrabando con una pena equivalente a la de la consumación del tipo penal de contrabando.

En igual sentido, también se ven conculcados un sinnúmero de preceptos constitucionales, como es el caso del Régimen penal cambiario, al producir una afectación directa del Principio de Legalidad por contener tipos penales que no respetan el Principio de Ley Cierta o Estricta como lo es el art. 1, inc. f), que desconocen el Principio de la Retroactividad de la Ley Penal más Benigna, y que desoyen el Principio de Culpabilidad al permitir la presunción del dolo, así como el Principio de Proporcionalidad de las Penas, que, al establecer penas conjuntas como la penas privativas de la libertad y la multa, modifica los plazos de prescripción, reincidencia y facilita la responsabilidad solidaria e incorpora nuevas penas pecuniarias como es el caso del comiso de moneda extranjera.

Por ello, creemos que varios factores político-criminales en la actualidad se presentan como propicios y favorables para llevar a cabo una reforma legislativa en materia de Delitos Económicos que resulte respetuosa de las garantías constitucionales.

A nuestro criterio, el fallo “López”⁽⁸³⁾ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina por él sentada no se agota con la extinción del derecho penal militar y con la derogación del Código de Justicia Militar por medio de la ley 26.394, sino que ejerce una fuerte influencia y proyección sobre los restantes derechos penales especiales como lo son el Régimen penal cambiario, el Régimen penal tributario y el derecho penal aduanero, en la medida en que éstos desconozcan los preceptos constitucionales en materia penal.

(83) Ver Fallos 330: 399. CSJN, L. 358. XXXVIII, “López, Ramón Ángel s/ recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar, causa N° 2845”.

También resulta alentador el trabajo realizado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones MJyDH n° 303/04 y n° 136/05), el cual derogaba todas las leyes complementarias del Código Penal de la Nación e incorporaba en forma sistemática, ordenada y concordada los bienes jurídicos previstos por cada ley y sus tipos penales, pero suprimía todas aquellas regulaciones especiales efectuadas sobre la Parte General del Código Penal de la Nación, por parte de las leyes complementarias.

Así, el Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones MJyDH 303/04 y 136/05), en su Parte Especial, incorporaba en forma concordada en el Capítulo XII “Delitos Tributarios”, el Capítulo XIII “Delitos Cambiarios”, y el Capítulo XIV destinado a los “Delitos Aduaneros”, sus tipos penales, pero suprimiendo cualquier regulación específica y quedando sometidos en su tratamiento a la Parte General del Código Penal de la Nación.⁽⁸⁴⁾

Por ello es que consideramos que, sustentados en la doctrina de la CSJN a través del fallo “López”, el precedente de la derogación legislativa de un derecho penal especial como el derecho penal militar con su Código de Justicia Militar (CJM) por medio de la ley 26.394 y el Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones MJyDH 303/04 y 136/05), resultan una plataforma por demás idónea y propicia para implementar reformas en materia de delitos económicos tendientes al respeto de las garantías constitucionales a través del futuro proyecto de Reforma Integral al Código Penal de la Nación a presentarse durante el transcurso de este año 2013.

5 | Conclusión

El presente trabajo ha tenido por finalidad revelar cómo la regulación legislativa de los Delitos Económicos por parte de los Estados nacionales encuentran una relación directa con la concepción filosófica, política y la orientación económica a la que éstos adhieren.

(84) Ver Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (Resoluciones MJyDH N° 303/04 y N° 136/05).

En muchas oportunidades, los presupuestos políticos postulados por el Estado y la protección de derechos entran en contradicción con la regulación legislativa de los Delitos Económicos orientados por su política económica.

A lo largo de este trabajo, hemos podido apreciar cómo el Régimen penal cambiario expone la violación al Principio de Legalidad por contener tipos penales que no respetan el Principio de Ley Cierta o Estricta como lo es el art. 1, inc. f), que desconocen el Principio de la Retroactividad de la Ley Penal más Benigna, desoyen el Principio de Culpabilidad, al permitir la presunción del dolo, así como el Principio de Proporcionalidad de las Penas que, al establecer penas conjuntas como la penas privativas de la libertad y la multa, modifica los plazos de prescripción, reincidencia y faculta la responsabilidad solidaria e incorpora nuevas penas pecuniarias como es el caso del comiso de moneda extranjera.

También hemos constatado cómo otro derecho penal especial, como es el caso del derecho penal aduanero, ha desconocido los preceptos constitucionales y los Principios Rectores del Derecho Penal al permitir la violación del Principio de Culpabilidad, por regular la tentativa de contrabando con una pena equivalente a la de la consumación del tipo penal de contrabando. Claro que, a su vez, el Código Aduanero también muestra otros preceptos especiales que, si bien no han sido tratamiento de este trabajo, cabe destacarlos como claros ejemplos del apartamiento de los Principios Generales del Derecho Penal, como es la regulación de un plazo distinto de prescripción, la imputación a la persona jurídica, la facultad de la Administración Nacional de Aduanas (AFIP-DGA-ANA) de constituirse en querellantes, entre otras.

Asimismo, hemos analizado otro derecho penal especial como lo es el Régimen penal tributario. En su estudio, hemos podido demostrar cómo este ordenamiento jurídico faculta a un órgano descentralizado del Poder Ejecutivo de la Nación a ejercer funciones de acusador en un proceso penal, violentando de esta manera el Derecho de Defensa en Juicio por duplicación de la acusación estatal y que la acusación se encuentre en manos de un órgano que no dependa del Ministerio Público Fiscal por imperio del art. 120 CN.

A nuestro criterio, luego del desarrollo de este trabajo, consideramos que los derechos penales especiales, como el derecho penal aduanero, el Ré-

gimen penal cambiario y el Régimen penal tributario, en su regulación específica, resultan inconstitucionales por la violación de las garantías constitucionales mencionadas en cada una de las etapas del trabajo.

Abogamos por su integración e incorporación concordada al Código Penal de la Nación siendo eliminadas como leyes complementarias e incorporandos, como dijimos, sus bienes jurídicos y tipos penales a nuestro Código Penal de la Nación.

En este sentido, destacamos el trabajo realizado por la Comisión para la elaboración del *Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación* (Resoluciones MJyDH 303/04 y 136/05), el cual derogaba todas las leyes complementarias del Código Penal de la Nación e incorporaba, en forma sistemática, ordenada y concordada, los bienes jurídicos previstos por cada ley y sus tipos penales, pero suprimía todas aquellas regulaciones especiales efectuadas sobre la Parte General del Código Penal de la Nación, por parte de las leyes complementarias.

Así, el *Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación* (Resoluciones MJyDH 303/04 y 136/05), en su Parte Especial, incorporaba, enunciando en forma concordada en el Capítulo XII “Delitos Tributarios”, el Capítulo XIII “Delitos Cambiarios”, en el Capítulo XIV destinado a los “Delitos Aduaneros”, sus tipos penales, pero suprimiendo cualquier regulación específica y quedando sometidos en su tratamiento a la Parte General del Código Penal de la Nación.

Consideramos por demás propicio el futuro proyecto de Reforma Integral al Código Penal de la Nación a presentarse durante el transcurso de este año 2013 para introducir las reformas propuestas por el *Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación* (Resoluciones MJyDH 303/04 y 136/05) y, de esta manera, superar la afectación de garantías constitucionales que la actual regulación legislativa de los Delitos Económicos exhibe a través del derecho penal aduanero, el Régimen penal cambiario y el Régimen penal tributario.

El deber de informar y el Régimen Penal Administrativo en la ley 25.246

por NICOLÁS DANIEL VERGARA⁽¹⁾

I | Introducción

El sistema de prevención contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo descripto por el Grupo de Acción Financiera (en adelante, GAFI) en sus recomendaciones, que fue plasmado en el ordenamiento jurídico argentino mediante la sanción de la ley 25.246, sus reformas, decretos, resoluciones de la Unidad de Información Financiera (en adelante, UIF) y de otros organismos estatales, establece una serie de obligaciones en cabeza de órganos del sector público así como de sujetos del sector privado.

Esas obligaciones se engloban en lo que el Capítulo III de la ley antes mencionada denomina “deber de informar”,⁽²⁾ deber que se desdobra en dos; por un lado, la exigencia de poner a disposición de la UIF toda la información que los sujetos obligados deben recabar de sus clientes (me-

(1) Abogado en Inspección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Maestría en “Derecho Administrativo” en Universidad Austral (resta aprobación tesina final), Posgrado en “Prevención Global en Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo” en Universidad de Buenos Aires (resta aprobación trabajo final), docente de la materia de Elementos de Derecho Administrativo en Universidad de Buenos Aires, autor de artículos vinculados con la materia.

(2) Arts. 20 bis y 21, ley 25.246.

didas de debida diligencia);⁽³⁾ y por otro, informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma.⁽⁴⁾

Tales deberes deben complementarse, tal como lo indica el art. 21 inc. c) del mencionado cuerpo legal, con el deber de los sujetos obligados de abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando (deber de confidencialidad). En caso contrario, la investigación podría resultar entorpecida.

Tratándose de obligaciones legales, el mismo cuerpo normativo prevé la imposición de sanciones ante su incumplimiento, tema que será objeto de tratamiento *infra*.

Por otra parte, corresponde aclarar que, del art. 14 inc. 1) de la ley antes referenciada, también surge una obligación en cabeza de terceros,⁽⁵⁾ pero ella no está dirigida solo a los sujetos obligados a informar, sino a cual-

(3) Las medidas de debida diligencia o el principio de “conozca a su cliente” (*know your customer*) son las acciones necesarias para conocer adecuadamente a los clientes de una entidad u organización, reforzando el conocimiento de aquellos que por su actividad o profesión sean sensibles al lavado de activos o a la financiación del terrorismo. Al respecto, las Recomendaciones del GAFI, tanto para el sector financiero como para el no financiero (APNFDs), establece en qué supuestos deben exigirse medidas de debida diligencia del cliente.

Por su parte, a nivel nacional, el art. 21, inc. a) de la ley 25.246 puntualiza que los sujetos obligados a informar a la UIF deben recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva.

(4) El art. 21, inc. b) de la ley 25.246 conceptualiza a las operaciones sospechosas como aquellas transacciones que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada. Por su parte, la UIF, en distintas resoluciones, precisando el concepto, las define como aquellas operaciones tentadas o realizadas, que habiéndose identificado previamente como inusuales, luego del análisis y evaluación realizados por el sujeto obligado, las mismas no guardan relación con las actividades lícitas declaradas por el cliente, occasionando sospecha de lavado de activos o aun tratándose de operaciones relacionadas con actividades lícitas, exista sospecha que estén vinculadas o que vayan a ser utilizadas para la financiación del terrorismo.

(5) La UIF estará facultada para: solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley.

quier persona pública o privada. Asimismo, ante su incumplimiento, no resulta de aplicación el Régimen Penal administrativo impuesto por la ley, sino que dicha obligación se conmina bajo apercibimiento de ley.⁽⁶⁾

2 | El deber de informar

En consonancia con lo anteriormente señalado, el deber de informar consiste en la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el art. 20 de la ley 25.246, en su ámbito de actuación, de poner a disposición de la UIF la documentación recabada de sus clientes en cumplimiento de lo establecido en el art. 21 inc. a) de la ley mencionada y de llevar a su conocimiento las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas, a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o financiación de terrorismo.⁽⁷⁾

De tal modo, el rol de los sujetos obligados constituye el punto de partida del sistema de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, toda vez que el reporte de operación sospechosa es el instrumento que alimenta la labor de la UIF.

En relación a su procedimiento, cabe mencionar que el reporte se remite mediante un sistema informático que entra a la base de datos del ente estatal. Una vez allí, pasa por una matriz de riesgos que, utilizando parámetros de impacto y probabilidad, arroja el grado de riesgo de la operación. En base a ello, la UIF determinará su archivo, a la espera de otro reporte u otra información relevante, o su análisis. En este último supuesto, se procederá, según las circunstancias del caso, al cruce de información, toda vez que la UIF posee amplias facultades para requerir informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estimare útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley (art. 14, inc. 1 de la ley 25.246).

(6) Art. 239, CP: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal".

(7) Art. 20 bis, ley 25.246.

Cumplido ello, y una vez agotado el análisis, si se considerara que existen elementos de convicción suficientes para confirmar el carácter de sospechoso de lavado de activos o de financiación del terrorismo, ello será comunicado al Ministerio Público a fines de establecer si corresponde ejercer la acción penal.

2.I | Sujetos de naturaleza privada

El art. 20 de la ley 25.246 enumera, entre los sujetos obligados a informar a la UIF, una multiplicidad de sujetos del sector privado. Tal como lo propone el GAFI,⁽⁸⁾ se incluyen dentro de esa categoría tanto a sujetos del sector financiero como del no financiero (Actividades y Profesiones No Financieras Designadas, según la denominación de las recomendaciones).

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el fundamento por el cual un órgano del Estado solicita asistencia de los particulares para cumplir su función. A tal efecto, algunos puntualizan que el rol de los sujetos obligados se enmarca en el rol de colaboración al Estado, quien posee la obligación indelegable de prevenir y reprimir las actividades delictivas.⁽⁹⁾

Otros sostienen que la exigencia de informar se explica como una faceta del ejercicio del poder de policía y de la policía estatal; se entronca con una de las formas de manifestación de ese poder (el deber de información) y obliga a pensar en los principios y límites que gobiernan dicho ejercicio y que la relación que a resultas de la ley se entabla entre el Estado y estas personas (sujetos obligados del sector privado) como consecuencia del “deber de informar” es de naturaleza administrativa y de supremacía general, en la medida en que las sanciones que la ley prevé lo son en protección del orden general y no del orden interno, doméstico, de la Administración.⁽¹⁰⁾

Por último, una parte de la doctrina, con razón, afirma que no se trata de una delegación estatal respecto de funciones que le son propias, sino de

(8) Recomendaciones 10 y 22.

(9) GENÉ, GUSTAVO y CAMERINI, MARCELO A., *Legitimación de Activos Ilícitos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, p. 231.

(10) CANDA, FABIAN, *El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo*.

la única alternativa viable: quienes toman contacto con determinadas operaciones caracterizadas objetivamente como aptas para desencadenar los alertas previstos por el legislador constituyen la única posibilidad cierta de un minucioso análisis técnico por parte de la UIF como autoridad de controlor.⁽¹¹⁾ En efecto, son los sujetos del sector privado quienes se encuentran en una mejor posición para detectar inusualidades en las operaciones con sus clientes.

La complejidad en la detección e investigación del delito del lavado de activos y de la financiación del terrorismo, y la alta relevancia de la problemática del blanqueo de capitales, ha determinado imponer, a un sector de la sociedad civil, la carga de informar a un órgano del Estado, que es el organismo central del sistema prevención. A todas luces, esa determinación es una elección de política criminal, que es promovida por los organismos internacionales especializados en la materia (GAFl).⁽¹²⁾

Pero no debe confundirse este deber con una delegación de funciones, como en el caso del concesionario de un servicio público. En este último supuesto, se produce una delegación de potestades estatales a un sujeto del sector privado,⁽¹³⁾ lo que no ocurre en caso del deber de informar.

Este deber configura una carga pública, puesto que constituye una prestación forzosa, impuesta por ley, con carácter general para una determinada categoría de personas, por razones de interés público.⁽¹⁴⁾

(11) BIAGOSCH, ZENÓN A. y D'ALBORA (h.), FRANCISCO J., "Lavado de Dinero y Unidad de Información Financiera", en *Revista Jurídica La Ley*, 2001-D, p. 946.

(12) La incidencia del GAFl en este tema surge de los fundamentos del proyecto de ley que fue finalmente aprobado por el Congreso de la Nación en el año 2000, que dispuso: "La presente normativa tiene como objetivo fundamental evitar y prevenir el lavado de dinero". En este sentido, y tomando en cuenta la legislación internacional se establecen obligaciones a entidades tales como los bancos, los agentes y sociedades de bolsa, sociedades gerentes de fondos comunes de inversión, las empresas aseguradoras, etcétera. Es decir, internacionalmente se ha aceptado que no puede atribuirse sólo a los órganos represivos del Estado el control de las operaciones de lavado de dinero. En este sentido, esta ley confía a ciertos intermediarios determinadas funciones de captación de información, mientras que se crea una Unidad de Información Financiera que tendrá como función el examen de los datos proporcionados por estos sujetos

(13) BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., t. II, La Ley, 2011, p. 758.

(14) Ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La Intervención Administrativa*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1994, p. 84.

2.2 | Sujetos de naturaleza pública

La ley 25.246 prevé también, entre los sujetos obligados a informar, a entidades del sector público.⁽¹⁵⁾ Al respecto, cabe señalar que las recomendaciones del GAFI no establecen que los órganos del sector público deban asumir tal carácter, a pesar de lo cual, en algunos países que forman parte del GAFI o de algunos de los grupos regionales al estilo GAFI (GAFISUD, entre otros), los entes públicos sí deben informar a sus UIF.⁽¹⁶⁾

En la República Argentina su participación ha sido ascendente, y actualmente la UIF trabaja permanentemente en forma coordinada con distintos organismos estatales.

En efecto, según surge del Informe Anual de la UIF del año 2011,⁽¹⁷⁾ muchos de los reportes de operaciones sospechosas fueron remitidos por órganos estatales. Por otra parte, a los fines de la supervisión de sujetos obligados que cuentan con organismos reguladores, estos colaboran activamente en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, ya sea mediante inspecciones o solicitando información vinculada a la materia. De tal modo, se aprovecha el conocimiento y experiencia del regulador como supervisor genérico del mercado al que regula. El deber de colaboración está establecido por la ley 25.246 y modificatorias y regulado por las Resoluciones UIF N° 104/10 —modificada por Resolución UIF N° 165/11 y 12/2012— y N° 220/11.

(15) Al respecto, el inc. 6 del art. 20 de la ley menciona como sujetos obligados a los registros públicos de comercio, los organismos representativos de fiscalización y control de personas jurídicas, los registros de la propiedad inmueble, los registros de la propiedad automotor, los registros prendarios, los registros de embarcaciones de todo tipo y los registros de aeronaves. Además, el inc. 15 agrega a los organismos de la Administración Pública y entidades descentralizadas y/o autárquicas que ejercen funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: el Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social y el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

(16) En tal sentido, la ley 9613 de la República de Brasil menciona a los registros públicos como sujetos obligados. La misma solución adopta Bolivia (decreto supremo 24.771) y Alemania ("Money Laundering Act of 13 August 2008", en Federal Law Gazette I, p. 1690, last amended by "Article 1 of the Act of 22 December 2011", en Federal Law Gazette I, p. 2959), entre otros países.

(17) Ver texto en: www.uif.gov.ar.

En esta temática, corresponde plantearse la hipótesis, que aun no ha sucedido en nuestro país, de que la UIF sancione, con multa por ejemplo, a una entidad estatal. En tal supuesto, cabe preguntarse si la misma resulta procedente, si puede ser revisada judicialmente, y si, una vez firme la sanción, es posible de ejecución.

Para responder a tales interrogantes, corresponde recordar que, como principio, los conflictos interadministrativos de naturaleza patrimonial hallan su quicio en las disposiciones de la ley 19.983, que establece un procedimiento administrativo para su tratamiento y resolución y la imposibilidad de revisión judicial atento tratarse de cuestiones que se suscitan entre agencias de la misma Administración.⁽¹⁸⁾

En consonancia con lo allí regulado, la CNCAF sostuvo en un fallo plenario que lo dispuesto por el art. 1 de la ley 19.983 es óbice para que el Poder Judicial revise la legitimidad de una multa administrativa impuesta a una persona estatal.⁽¹⁹⁾

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó un fallo del fuero contencioso que había aplicado la doctrina fijada en el precedente mencionado y sostuvo que el art. 1 de la ley 19.983 no es óbice para que el Poder Judicial revise la legitimidad de una multa administrativa impuesta a una persona estatal, fundándose en que no se podía vedar la revisión judicial cuando se tratase de la imposición de sanciones penales.⁽²⁰⁾

Atento a lo expuesto, y tal como afirma Canda en el trabajo antes citado, actualmente puede sostenerse que el supremo tribunal no objetará la competencia de la UIF para imponer sanciones a otros organismos administrativos ni encontrará obstáculos para su ulterior revisión judicial.

Ahora bien, la ejecución de las multas puede resultar difícil, toda vez que la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que tal ejecución puede y debe ser resuelta mediante la ley 19.983.⁽²¹⁾

(18) CANDA, FABIÁN, *op. cit.*

(19) CNCAF, en pleno, "YPF SE c/ANA", 17/6/87.

(20) CSJN, "YPF s/ recurso de apelación", *Fallos*, 312:459, 1989.

(21) PTN, *Dictámenes* 177: 40.

3 | El régimen penal administrativo

3.I | Régimen jurídico

Como se anticipó supra, el Capítulo IV de la ley 25.246 establece un “Régimen Penal Administrativo”, que autoriza a la UIF a imponer sanciones administrativas ante el incumplimiento, por parte de los sujetos obligados, de las obligaciones impuestas por dicha norma, y que son recurribles ante la justicia en lo contencioso administrativo, según lo prevé el art. 25 de dicho cuerpo normativo.

El plexo normativo se completa, por un lado, con el decreto 290/2007, que dispuso que las resoluciones emitidas por la UIF son recurribles en forma directa por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en Contencioso Administrativo Federal, el cual sólo podrá fundarse en la ilegitimidad de la resolución recurrida y deberá interponerse y fundarse en sede judicial dentro de los treinta días contados a partir de la fecha de su notificación.

De tal modo, la ley y el decreto consagran lo que se denomina un “recurso judicial directo”. Estos recursos, que se encuentran previstos para acceder a la vía judicial en múltiples casos⁽²²⁾ y ante distintos fueros, son actos procesales en los cuales se formula una pretensión contra actos administrativos. No obstante su denominación, se trata de una acción procesal especial que no se inicia por “demanda”, sino por “recurso” interpuesto contra un acto administrativo. Por medio del recurso de inicia un juicio administrativo especial. Por lo tanto, es una forma del ejercicio de una acción, al igual que una demanda, que debe constituir la instancia judicial suficiente y adecuada que, según interpretación de la Corte, requiere el art. 18 CN (“Fernández Arias c/ Poggio”, Fallos, 247:646).⁽²³⁾

(22) Empleo Público Nacional (ley 25.164), procedimiento impositivo (ley 11.683), procedimientos aduaneros (ley 22.415), Inspección General de Justicia (ley 22.315), entre muchos otros.

(23) HUTCHINSON, TOMÁS, “Régimen de Procedimientos Administrativos”, Bs. As., Astrea, 1997, p. 165. La doctrina especializada ha sido crítica con estos recursos, toda vez que prevén distintos procedimientos con distintos plazos, lo que dificulta el acceso a la jurisdicción por parte de los administrados.

Por el otro, la Resolución UIF N° 111/2012 que sustituyó a la 10/2003, reglamentó el procedimiento sumarial que se sustancia ante la UIF respecto de quienes incumplan algunas de las obligaciones previstas en la ley 25.246.

Ahora bien, cabe preguntarse si, atendiendo al *nomen iuris* utilizado por la ley, estamos en presencia de infracciones administrativas o de delitos. Al respecto, si bien el legislador asignó al Capítulo IV una denominación que podría reeditar la antigua polémica referida a las relaciones entre el ilícito penal y el ilícito administrativo,⁽²⁴⁾ es posible afirmar que, teniendo en consideración que la UIF es el organismo competente para investigar y aplicar las sanciones allí establecidas y que el fuero contencioso administrativo federal es el encargado de revisarlas, estamos en presencia, indudablemente, de un régimen administrativo sancionatorio, en el cual se deben aplicar los principios del derecho administrativo sancionador.

En cuanto a las infracciones susceptibles de sanción, según lo dispuesto por la ley 25.246, el régimen de sanciones previsto resulta de aplicación ante tres posibles situaciones. No obstante ello, atento al objeto del presente trabajo, solo se analizará la prescripta en el art. 24, inc. 1), en cuanto establece que la persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la UIF, 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. Asimismo, el inc. 2) prevé igual sanción a la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor.

Del precepto se desprende que la sanción procede ante el incumplimiento del deber de informar. Como se explicó *supra*, no procede ante el incumplimiento previsto en el art. 14, inc. 1) de la ley. Tampoco ante la violación del deber de secreto o confidencialidad, puesto que ello configura una infracción independiente, prevista en el art. 23, inc. 2).

Atento a que la ley no indica en qué casos un sujeto obligado incumple el deber de informar operaciones sospechosas, la norma constituye una ley

(24) D'ALBORA (h.), FRANCISCO J., "Lavado de dinero y régimen penal administrativo", en Revisita Jurídica La Ley, La Ley, 2003-C, p. 1272

penal en blanco.⁽²⁵⁾ La omisión obedece a la heterogeneidad de los sujetos obligados, circunstancia que conspira contra la posibilidad de establecer algún denominador común al momento de regular el cumplimiento de la obligación.⁽²⁶⁾

Es por ello que su reglamentación se delegó a la UIF, delegación que consta en el último párrafo del inc. b) del art. 21: "La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad". A partir de esa habilitación normativa, la UIF ha sancionado una multiplicidad de resoluciones destinadas a cada uno de los sujetos obligados, con el objeto de atender a sus particularidades.

Asimismo, corresponde puntualizar que esa es la solución que han adoptado la mayoría de los demás países que han adoptado el sistema de prevención contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.⁽²⁷⁾

Por los fundamentos expuestos, habilitar al Poder Ejecutivo a fijar las pautas objetivas para que cada sujeto obligado cumpla el deber de informar es la solución que, por razones fácticas y jurídicas, deviene correcta.

Sin lugar a dudas, la tarea a cargo de la UIF resulta harto difícil, puesto que su tarea presupone un conocimiento íntimo de cada sector y de cada categoría de sujeto obligado. Ello sin soslayar que las maniobras fraudulentas y las actividades delictivas del crimen organizado asumen en forma permanente nuevas tipologías, lo que obliga a una actualización y previsión constante.

(25) Ley penal en blanco es aquélla cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido, mientras queda fijada con exactitud invariable la sanción (SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1976, t. I, p. 121).

(26) D'ALBORA (h.), FRANCISCO J., *op. cit.*

(27) A modo de ejemplo, el art. 3 de la ley 19.913 de la República de Chile prescribe: "Corresponderá a la Unidad de Análisis Financiero señalar a las entidades a que se refiere este artículo, las situaciones que especialmente habrán de considerarse como indiciarias de operaciones o transacciones sospechosas, en sus respectivos casos".

3.2 | La impugnación de las resoluciones de la UIF, a la luz del art. 25 del decreto 290/2007

El art. 25 del decreto 290/2007 estableció, tal como se indicó *supra*, que las resoluciones de la UIF previstas en el Capítulo IV de la ley podrán recurrirse en forma directa por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en Contencioso Administrativo Federal, instaurando, de tal modo, un recurso judicial directo.

Ahora bien, recordemos que la ley se había limitado a señalar ante que fuero se debía interponer el recurso, indicando que las resoluciones son recurribles por ante la justicia en el fuero contencioso administrativo.

Esta circunstancia fue advertida por los sumariados en el procedimiento administrativo en análisis, y originó varios planteos judiciales, los que, en algunos casos, ya fueron resueltos por el Poder Judicial.

Al respecto, en el caso “Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c/ UIF-Resol 36/10 (expte. 68/10)”, del 16/08/11, la Sala I de la CNCAF, en oportunidad de tratar la competencia de la Cámara para tratar la cuestión planteada (impugnación de Resolución de la UIF que aplicó sanciones al impugnante), dispuso que el art. 25 del decreto 290/2007 se excedió en su reglamentación del art. 25 de la ley 25.246, al violentar la “garantía del juez natural”, limitando el control judicial a un recurso directo por ante esta Cámara de Apelaciones —que sólo podrá fundarse en la ilegitimidad de la resolución cuestionada— y, por lo tanto, declaró de oficio en esos autos la inconstitucionalidad del artículo del decreto reglamentario, de conformidad a la jurisprudencia de la Corte federal —aplicable al caso por analogía— y como condición para poder disponer la incompetencia de ese Tribunal y ordenó la remisión de la causa a primera instancia.

En el caso “Banco Masventas SA y otro c/ UIF —resolución N° 168/10— (expte. 1075/09)”, del 25/10/11, la sala V de la CNCAF se expidió positivamente respecto de la admisibilidad del recurso directo intentado por la parte actora por entender, entre otras cosas, que la tramitación de la causa en esa instancia (de manera directa) permite compatibilizar el control judicial suficiente de la actividad administrativa con la celeridad que requiere el examen de situaciones de la envergadura institucional de las que derivan de la ley 25.246.

El decisorio en examen deja en claro que, al parecer de los sentenciantes, el decreto 290/2007 no resulta ser excesivo en la reglamentación de la norma legal, no altera el espíritu de la ley ni los derechos reglamentados.

En el caso “Banco Macro SA y otros c/ UIF”, resolución N° 72/10 (exp. te. 62/09), del 25/10/11, la sala III de la CNCAF, al momento de tratar la competencia de la Sala, sostuvo que el art. 25 de la ley 25.246 establece el modo de impugnación judicial de las resoluciones de la Unidad de Información Financiera y su decreto reglamentario asigna el conocimiento de las causas a esta Cámara (modalidad que ya fue consagrada en otras regulaciones positivas sectoriales, como el caso de la impugnación de los actos de cesantía o exoneración emanados de las autoridades de la Comisión Nacional de Energía Atómica —aprobado por decreto 1457/1964— respecto de agentes comprendidos en el régimen de estabilidad o del recurso previsto en el decreto 828/1984 —reglamentario de la ley 23.052—), al tratarse de las normas vigentes cuya validez no ha sido cuestionada, no cabe apartarse de su aplicación, por lo que corresponde asumir la competencia para entender y dar trámite a la demanda.

La cuestión traída a debate resulta de trascendental relevancia, atento a los derechos constitucionales que se encuentran en juego.

A la luz de la jurisprudencia reseñada, la mayoría de los fallos considera ajustada a derecho la solución del plexo normativo sancionador, no obstante lo cual sería prudente la sanción de un fallo plenario, que otorgue seguridad jurídica a la temática.

Por otra parte, el sistema vigente asegura cumplir con el control judicial suficiente impuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado caso “Fernández Arias”. En efecto, en tal ocasión, repetida en múltiples oportunidades por el cimero tribunal, se puntualizó:

“... Cabe declarar que, en casos como el de autos, control judicial suficiente quiere decir:

- a. Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios;
- b. Negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con ex-

cepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial (doctrina de Fallos, t. 205, p. 17; t. 245, p. 351). La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas...”⁽²⁸⁾

Así las cosas, es claro que el Régimen penal administrativo de la ley 25.246 cumple acabadamente con dicha exigencia jurisdiccional.

4 | Consideraciones finales

El sistema de prevención contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo en la República Argentina se encuentra acorde con las exigencias internacionales de los organismos especializados.

En los últimos años, tal como lo demuestran las estadísticas, su actividad ha incrementado notablemente, lo que es resultado de la activa labor de la UIF y de la alta colaboración que han prestado tanto los organismos reguladores como los sujetos obligados.

El deber de informar es la principal obligación que pesa en cabeza de los sujetos obligados y el principal instrumento de que se vale la UIF para cumplir su función. Por lo tanto, su papel en el sistema antilavado de prevención es indispensable.

La República Argentina, al igual que otras naciones, ha optado por incluir entre los sujetos obligados tanto a órganos del sector público como a sujetos del sector privado.

Si bien existen otros casos en los cuales la ley impone deberes de información a los particulares, en el caso del sistema antilavado, se encuentra potenciado, tanto en su contenido como por las consecuencias de su incumplimiento.⁽²⁹⁾ Lo antedicho, atento a la gran cantidad de información que los sujetos obligados deben tener a disposición de la UIF, a la dificultad que significa la detección de las operaciones sospechosas y a la entidad de las sanciones que acarrea su incumplimiento.

(28) CSJN, “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José”, Fallos, 247:646, 1960.

(29) CANDA, FABIÁN, op. cit.

Por último, el Poder Judicial se ha expedido respecto al tribunal ante el cual corresponde impugnar las resoluciones de la UIF, y la mayoría de las Salas que conforman la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal han considerado que esa es la solución más ajustada a derecho, puesto que permite compatibilizar el control judicial suficiente de la actividad administrativa con la celeridad que requiere el examen de situaciones de la envergadura institucional de las que derivan de la ley 25.246. No obstante ello, se estima prudente la sanción de un fallo plenario, que otorgue seguridad jurídica a la temática.

Delito de lavado de dinero

Antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y medio de desarrollo

por CRISTIAN J. CABRAL⁽¹⁾

I | Lavado de dinero

1.1 | Concepto, denominación y etapas del proceso

El lavado de dinero o blanqueo de capitales es un fenómeno de antigua data surgido por la necesidad de ocultar el origen o la existencia de bienes, por motivos políticos, comerciales, jurídicos o personales; de esta manera, en la actualidad, se encuentra una expansión de grupos delictivos transnacionales que buscan confundir lo ilegal con lo legal.⁽²⁾

Tratadistas, como el profesor Isidoro Blanco Cordero, conceptúan este delito como un “proceso” en virtud del cual los bienes de origen delictivo

(1) Abogado, Especialista en Derecho Penal y Criminología. Secretario de Legal y Técnica de la Universidad Nacional de La Matanza. Prof. Adjunto de Derecho Penal I (Parte General) UNLZ. Prof. Titular de Derecho Penal II, Univ. Nacional La Matanza. Director de diversos proyectos de investigación. Jurado actuante en diversos concursos académicos.

(2) DÍAZ, VICENTE OSCAR (Prof. Emérito, UBA) “Antecedentes del lavado de dinero”, en Revista de Derecho Penal Económico, año 2008.

se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita,⁽³⁾ lo que lleva al plano de la legalidad sumas monetarias de las que no se puede presentar su origen.

Cabe señalar que cada país denomina al lavado de dinero de diferentes formas, pero con una misma significación: los países de habla inglesa lo llaman “*Money laundering*”; los de habla francesa, “*Blanchiment de capitaux*”; en Alemania, “*Geldwascherei*”; en Italia, “*Reciclaggio di denaro sporo*”; en la península escandinava, “*Penningtvatt*” y en los países de habla castellana especialmente en América, según la FELABAN (Federación Latinoamericana de Bancos), tiene las siguientes denominaciones: Argentina: Lavado de activos; Bolivia: Legitimación de ganancias ilícitas; Brasil: Lavado de bienes, derechos y valores; Chile: Lavado de dinero; Colombia: Lavado de activos; Costa Rica: Legitimación de capitales procedentes del narcotráfico; Cuba: Lavado de dinero; Ecuador: Conversión o transformación de bienes (lavado de dinero); El Salvador: Lavado de activos; México: Operaciones con recursos de procedencia ilícita; Guatemala: Transacciones e inversiones ilícitas; Honduras: Lavado de dinero o activos; Nicaragua: Lavado de dinero y activos de actividades ilícitas; Panamá: Blanqueo de capitales; Paraguay: Lavado de dinero o bienes; Perú: Lavado de activos; República Dominicana: Lavado de bienes relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos; Uruguay: Blanqueo de dinero y Venezuela: Legitimación de capitales.

También corresponde referir que no debe confundirse al dinero que viene del delito en general con el dinero producido por una actividad lícita cuya obtención no ha sido informada a la Agencia del Estado encargada de la recaudación de impuestos, lo cual diferencia al dinero obtenido por actividades ilegítimas de aquél que pasa a ser “sucio” por no haber sido declarado al Fisco, el cual también debe ser lavado para poder ser disfrutado.

Entonces, hoy tenemos en claro que el lavado de dinero es un proceso por el cual bienes vinculados con un delito se integran en un sistema económico legal a efectos de poder disponer libremente de ellos.

Esta sencilla definición, que ahora manejamos para esta conducta, comienza a delinearse a partir de la Convención de las Naciones Unidas

(3) Ver www.gafisud.com

contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del año 1988 —Convención de Viena—, reafirmándose en posteriores foros internacionales y principalmente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 —Convención de Palermo— donde se expresa, en forma ya más clara, que es un proceso por el cual se trata de la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de delitos y con objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Queda evidenciado que no se trata de un acto único, sino de un conjunto de pasos que ocultan el origen de bienes vinculados a una actividad delictiva, proceso por demás complejo que se cumple en varias etapas, las cuales se identifican por el grado de avance en el camino a lograr el objetivo y dan cuenta de los movimientos que se realizan a efectos de impedir que se conozca la actividad que los generó. Así, se llama “colocación” al momento en el que el capital generado de manera ilícita ingresa en el sistema financiero; existe una segunda etapa de “estratificación” en la que se producen transacciones con el único fin de impedir que sea reconocido el momento de ingreso al circuito legal y, una última de “integración” en la que sería posible disponer del dinero, dado que éste presenta un origen, en lo inmediato, lícito.

I.2 | Legislación nacional, antecedentes, bien jurídico y legislación vigente

La República Argentina asumió en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas el compromiso de castigar penalmente la organización, gestión o financiamiento del tráfico ilícito de estupefacientes y la conversión o transferencia de los bienes procedentes de dicha actividad, además del ocultamiento o encubrimiento de su procedencia; como consecuencia de ello, se tipifica, en el art. 25 de la ley 23.737, modificatoria de la Ley de Estupefacientes 20.771, el denominado “lavado de dinero proveniente del narcotráfico”.

Claramente, el modelo emergente de la Convención de Viena exigía vincular el delito previo al narcotráfico; ello fue modificado a partir de las reformas que se sucedieron con la modificación a los arts. 277, 278 y 279 del Código Penal Argentino, por medio de las leyes 23.468 y 25.246, con

las que se supera este requisito y vincula el origen de los bienes a cualquier delito, legislando, en consecuencia, una nueva especie del género encubrimiento.

En la esfera administrativa, se creó la Comisión Mixta de Control de las Operatorias relacionadas con el Lavado de Dinero del Narcotráfico y, luego, la Unidad de Información Financiera, organismos que responden a la Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) y basan su actividad alrededor del concepto de operación sospechosa y la obligación legal de informarlas, teniendo por función analizar y detectar los métodos que se emplean para llevar a cabo las operaciones de lavado y, en su caso, dar curso a procesos administrativos o denuncias penales y también a proponer a las autoridades competentes acciones a efectos de detectar, impedir y sancionar tales maniobras.

Así, entre las principales características de la ley 25.246, vigente hasta mediados de 2011, encontramos la tipificación del delito de lavado de activos de origen delictivo como una especie del género encubrimiento que admitía como delito determinante o de origen a cualquier otro ilícito, sin importar dónde se cometió el mismo; con un límite objetivo de \$50.000, que podía ser alcanzado en una sola maniobra o por actos vinculados, y, como en toda forma de encubrimiento, la participación criminal en el delito determinante excluía la posible imputación por lavado de activos, tratándose de un delito doloso, sin exigir una categoría especial de dolo y, en consecuencia, admitiendo el dolo eventual en cuanto que haya aceptado las posibles consecuencias de su conducta. En esta dirección, la Cámara de Casación Penal ha entendido que "...a fin de tipificar el delito de lavado de dinero el nivel de exigencia respecto del sujeto activo no necesita superar el dato de que los bienes proceden de una actividad delictiva grave sin más precisiones, pues la figura no exige plena prueba de un ilícito penal concreto y determinado..."⁽⁴⁾.

Por su primera ubicación en el Código Penal Argentino, el bien jurídico preponderante era la Administración Pública, más específicamente la administración de Justicia, y debe dejarse referencia que se había previsto

(4) CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala 1, "Orentrajch, Pedro y Otro", 21/03/2006, en JA, 2006-III, Fisc. 4.

una figura culposa que alzó las voces del sector financiero y fue vetada por el Poder Ejecutivo.

Con la reforma de la ley 26.683 (de mediados de 2011) se ha incorporado el Título 13 al Código Penal, denominado “De los delitos contra el orden económico y financiero”, donde se prevé y sanciona la conducta de lavado de dinero.

Haciendo eco de que estamos ante un delito plurifensivo, en el que lo determinante sería el orden socioeconómico, se ha reorganizado la legislación, poniéndose de resalto los efectos que en la economía puede tener el blanqueo de grandes sumas de dinero obtenidas como producto de actividades delictivas.

Se cree que anualmente se reciclan en la economía mundial miles de millones de dólares cuya detección, si no imposible, resulta sumamente difícil, pues las actividades ilícitas se entrelazan con las lícitas y las empresas montadas al efecto, o que buscan beneficiarse de este flujo de capitales, brindan una estructura de negocio que permite el ingreso de capitales espurios en el sistema económico. De este modo, impactan en aquéllas cuya actividad es puramente lícita, ya que si el objetivo principal del emprendimiento es lograr un montaje que permita la “colocación” de dinero para luego integrarlo al circuito económico lícito, necesariamente, al tener por centro fines que se encuentran ocultos a la sociedad, los ejecutores de la maniobra van a considerar exitosa la actividad no cuando logre reflejar un beneficio superior a los costos, sino cuando permita el ingreso del dinero al sistema legal sin que sea relacionado con una actividad ilegítima, ya que la actividad económica declarada es una simple pantalla para legitimar bienes o dinero obtenido de manera ilícita.

La razón de ello es muy simple, y se debe a que las técnicas que deben procurarse para legitimar el dinero obtenido ilícitamente se sostienen en los mismos principios básicos de las actividades financieras lícitas: apertura de cuentas corrientes bancarias, intercambio comercial, transferencia electrónica de fondos y operaciones con divisas.

Así, el lavado de activos provenientes de origen delictivo se identifican con aquéllos que afectan bienes jurídicos de la comunidad entera, ya que ponen en juego la subsistencia del Estado moderno ante la amenaza de una

delincuencia transnacional organizada que pueda desestabilizar su economía, provocando efectos negativos sobre la sociedad que es irreparable.

A partir de su nueva redacción, se da una nueva dimensión al delito, identificando las siguientes acciones que merecen sanción (tres a diez años de prisión): **convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o de cualquier otro modo poner en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal**, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, debiendo alcanzar los mismos un valor de \$300.000.

2 | Antecedentes internacionales

2.1 | La actividad de los organismos internacionales contra el lavado de dinero

En delitos como el que hasta aquí nos ocupa, se ve claramente una de las características del proceso de globalización en el que nos encontramos, en el cual toman roles protagónicos los organismos internacionales o intergubernamentales que han asumido la promoción y defensa de intereses y derechos grupales, definiendo nuevos bienes jurídicos e identificado conductas delictivas. Esta circunstancia ha llevado a inferir que, en un futuro, la evolución va a depender cada vez más de los desarrollos internacionales y, luego, éstos se van a trasladar a las políticas nacionales.⁽⁵⁾

Así, hasta el surgimiento de los organismos internacionales, cada Estado soberano determinaba los objetivos de su sistema penal prestando esa misma atención, salvo casos puntuales, a lo que sucedía en otras partes del mundo. Por ello, la dimensión en que éstos eran alcanzados en el plano concreto y los temperamentos que eran adoptados por las distintas agencias con el fin de obtener los mejores resultados no llamaban la atención de los restantes integrantes de la comunidad internacional, lo cual llevaba a que la política referente al fenómeno delictivo sea un capítulo más de la política general del Estado.⁽⁶⁾

(5) CATAÑO, SERGIO R., *Orden político y globalización*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo De Palma, 2000, p. 25.

(6) ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de derecho penal*, Tijuana, Cárdenas Ed., 1997, t. 1, p. 151.

En el tópico que nos ocupa, encontramos un derecho penal que se formula a nivel supranacional y que busca resolver conflictos originados en la mundialización de manifestaciones delictivas que se hacen evidentes en el proceso de internacionalización de las relaciones humanas que nos envuelve; los mismos también exigen respuestas de orden supranacional, lo cual quita a los Estados Nacionales —en el orden real— el monopolio de la creación del derecho penal interno,⁽⁷⁾ asistiendo así al surgimiento de un derecho penal nuevo que excede lo nacional,⁽⁸⁾ y que, en el caso argentino, recibe jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22 CN.

Seguramente, este camino no resulta sencillo y compartimos lo afirmado por Roxin en el sentido de que ve como difícil que, en un futuro cercano, un ordenamiento jurídico internacional reemplace a los ordenamientos jurídico-criminales nacionales, dado que cada Estado guarda su propia identidad cultural y social, y que la idea de una legislación totalmente unitaria no sería un objetivo digno de ser perseguido,⁽⁹⁾ ya que para sostener una política criminal unitaria, coherente y justa necesariamente se deben atender las diferencias de cada país.⁽¹⁰⁾

Pero, más allá de los parámetros de todo este proceso por demás complejo, temas como el que nos ocupa se han erigido como relevantes para toda la humanidad, por tanto requieren de un tratamiento especial y novedoso por parte de todos los Estados a fin de garantizar el aseguramiento de estos bienes jurídicos surgentes.

Tal vez, la actuación de los organismos internacionales permite el análisis desde un lugar en el que se puede abarcar el conflicto en toda su complejidad a efectos de elaborar un posible camino para su solución. Sin lugar a dudas, esa selección de conductas que han de merecer pena implica también una decisión política en la que toma preponderancia el Principio de Legalidad como limitador del poder punitivo y separador

(7) PIZZOLO, CALOGERO, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Bs. As., Ediar, 2002, p. 179.

(8) ÁLVAREZ, ALEJANDRO, *Justicia penal y espacio regional*, Bs. As., Ad hoc, 2004, p. 33.

(9) ROXIN, CLAUS, "El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo", en *Dogmática penal y política criminal*, Lima, Idemsia, 1998, p. 434.

(10) TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., "El estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal", en *Separata de la Revista de Derecho Social*, n° 9, Bs. As., 2000, p. 446.

entre la decisión de orden político y el alcance de la norma que es creada —la que, una vez sancionada, toma vida propia—. Todo ello cobra mayor importancia en este momento en el que pareciera producirse un endurecimiento del derecho penal para lograr una mayor eficacia, negando en algunos casos garantías que fueran paradigma del movimiento ilustrado.

Entonces, como respuesta a la creciente preocupación sobre el lavado de activos, la comunidad internacional ha tomado medidas en varias esferas: una de sus primeras reacciones fue reconocer el hecho de que para el lavado de activos se aprovechan los mecanismos internacionales de transferencia de alta velocidad y que, para impedir dicha actividad, se requiere una manifiesta cooperación y coordinación de todos los Estados.

En consecuencia, las pautas que fijan la actividad en pos del objetivo común de construir los instrumentos jurídicos que resulten eficaces para prevenir y evitar la legitimación de activos provenientes de ilícitos resultan de la actividad desarrollada tanto por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF); por el Grupo de Expertos en Lavado de Dinero, que funciona dentro del marco de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), y por el denominado Grupo EGMONT, que agrupa a las Unidades de Información Financiera existentes (UIF —o FIU por la sigla en inglés—).

Ya no parece discutible la necesidad de contar con un organismo —UIF— con recursos técnicos para analizar, en forma completa, las operaciones que impliquen movilización de activos en condiciones que resulten diferentes a las admitidas como habituales en cada actividad.

Por ello, el esfuerzo se ha encaminado a que organismos internacionales elaboren documentos de referencia sobre los métodos y técnicas de lavado de activos. En particular, el GAFI ha incluido referencias sobre los métodos y tipologías en sus informes anuales, con sitios web activos, que depuran los casos de las distintas agencias de inteligencia financiera, informaciones y recomendaciones que se han incorporado a la legislación argentina.

3 | Relación con el terrorismo y su medio de desarrollo

3.1 | El concepto de terrorismo

En el marco de actuación de los organismos internacionales —Convención de Nueva York sobre Terrorismo— se ha definido que debemos entender terrorismo como: “Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo...”; también, se ha caracterizado, en otras elaboraciones puntuales, a los actos terroristas.

Se ha recomendado, a todos los países, dar pasos inmediatos para ratificar y ejecutar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas de 1999 para la Eliminación del Financiamiento del Terrorismo, poniendo en práctica las resoluciones de las Naciones Unidas relacionadas con la preventión y eliminación del financiamiento de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Así, todos los países que deseen mantenerse en la arena internacional deben tipificar en su legislación interna la conducta de financiamiento del terrorismo e identificar, como autor de dicha conducta, a aquél que por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, en un acto de terrorismo. Además, debe fijarse la necesidad de imponer el congelamiento de los fondos que se identifiquen, todo según la Resolución 1390 del Consejo de Seguridad de la ONU del 16 de enero de 2002.

3.2 | Métodos para el lavado de dinero y relación con el terrorismo

El dinero puede ser blanqueado con diversos métodos, los más conocidos son los siguientes: pequeños depósitos de dinero en efectivo en cuentas

corrientes bancarias; la compra y reventa de artículos de lujo, como automóviles, antigüedades y joyas; inversiones en inmuebles; construcciones, que interactúan con proyectos de urbanización, y la conformación de empresas que se utilizan como instrumento de ingreso de dinero al circuito legal.

Resulta imposible describir con exactitud, por su variedad y la permanente innovación en la materia, la totalidad de los métodos o tipologías que son utilizadas para desvincular a los activos de su origen o destino final, resultando también que los mecanismos difieren de un país a otro, debido a la cantidad de características y factores propios de cada región y las variables que entran en juego.

Debe destacarse que los mecanismos para la circulación del dinero vinculable a un ilícito se sostienen en los mismos principios básicos de las actividades financieras lícitas: apertura de cuentas corrientes bancarias, intercambio comercial, transferencia electrónica de fondos y operaciones con divisas o a través de las *Black office* de las entidades bancarias, las que por sus conexiones en el exterior, facilitan los giros, inversiones, transacciones, reconversiones, sustituciones y compensaciones borrando la conexión delictiva y, al final del circuito, hacen que regrese el capital del “paraíso bancario” ya lavado.

Por ello, la clave de cualquier sistema de prevención de estas actividades está en establecer la obligación, para los intermediarios del sistema financiero, de cumplir rígidas pautas de información sobre sus “clientes” y operaciones, debiendo informarse a las Unidades de Información Financiera sobre aquellas operaciones inusuales o sospechosas de las que tomen conocimiento en su actividad.

Esta labor exclusivamente administrativa de análisis técnico deberá realizarse sobre los actos o actividades de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitadas o injustificadas, no habituales o que se aparten significativamente de los usos y costumbres, o que, por cualquier motivo, parezcan no tener justificación económica u objeto lícito.

Por otra parte, los actos de terrorismo, por su complejidad, necesitan de cuantiosos recursos para ser llevados adelante, siendo que aquellos que proveen los mismos no tienen la intención de que se los identifique, ubi-

cándose allí un punto de contacto entre el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, actividades que, en su fase de movimiento de activos ocultando su origen, presentan características similares.

En los casos de lavado, se envían fondos ilícitos a través de canales legales para ocultar de esta forma su origen delictivo, mientras que aquéllos que financian el terrorismo transfieren fondos, que pueden tener un origen lícito o ilícito, de manera tal que encubren su fuente y destino final: el apoyo al terrorismo.

Si analizamos el modo en que se formulan los tipos penales que criminalizan las conductas de lavado, encontramos que no se determina una actividad delictiva específica como origen de los bienes. Distinto es el caso del financiamiento, donde ahí sí podemos sostener la existencia de un aporte a un hecho de terrorismo que es el objeto final de toda la actividad de estos sujetos.

Los fondos utilizados para apoyar al terrorismo pueden provenir de fuentes legítimas, actividades delictivas o ambas, siendo fundamental, para quien aporta los fondos, separarse de la actividad terrorista, dado que si se logra encubrir la fuente, ésta se mantiene disponible para otras actividades del mismo tenor en el futuro, por lo cual se busca que la actividad de financiamiento pase inadvertida.

Destacamos que, desde el punto de vista preventivo, no resulta tarea sencilla para las entidades del sector financiero conocer previamente el destino de esos fondos que administran, por lo cual los organismos internacionales identifican tipologías que les permiten ser más cautelosos y exigentes con algunas operaciones —las no habituales o sospechosas— y con la vinculación de clientes que presentan riesgo.

Por ello, deben implementarse mecanismos de prevención y contralor, y la obligación de informar operaciones sospechosas o inusuales y de todo elemento que se estime útil para el cumplimiento de las funciones de las agencias de control y prevención, por eso se exige elaborar reportes sobre parámetros objetivos preestablecidos en abstracto —reglamentados en el caso argentino por la UIF— y completar la información, en casos concretos previo requerimiento, con la correspondiente documentación.

Claro está que esta última sólo puede tener lugar como consecuencia de una operación inusual o sospechosa informada con anterioridad al pedido de información adicional en virtud de una obligación específica. De lo contrario, se convalidaría de manera inadmisible la realización de prácticas probatorias que se pretenden legitimar por su resultado.

3.3 | La conducta de los actores en el lavado de dinero

Laura Restrepo, en su libro *Delirio*, muestra que el dinero lavado por el Cartel de Pablo Escobar trastornó a la sociedad de Medellín, maniobras por las cuales, en 1988, el BCCI (The Bank of Credit and Commerce International) fue condenado en EEUU; esa entidad, con representación en 70 países y casi quinientas sucursales, se había especializado en el lavado de activos, sobre todo a través de sus sucursales de Florida.

También Alfonso Portillo, ex Presidente de Guatemala, afrontó acusaciones de conspiración para lavar activos sospechándose que había nombrado a muchos amigos, en cargos de máxima responsabilidad, como testaferros y hombres de paja.

Por ello, dirigimos el análisis a los sujetos que se encargan de ocultar los rastros que permitan vincular al dinero con el delito y consideramos que aquéllos que se embarcan en esta actividad, cuando no son parte de la estructura delictiva que les dio origen o no comparten los objetivos terroristas, buscan una recompensa en bienes por los riesgos que asumen por el manejo del dinero del que tratan de ocultar su procedencia.

Para sostener cuento afirmamos, partimos de la circunstancia de que los que se encuentran involucrados en estas conductas son parte de los sectores sociales que registran los mayores recursos económicos, hecho que genera la sensación de que no les resulta trascendente el daño que podrían producir con su actividad a la comunidad producto de la ruptura del equilibrio del sistema económico/productivo.⁽¹¹⁾

(11) GALLINO, MIRANDA, *Delitos contra el orden económico*, Bs. As., Pannedille, 1982, p. 25.

Por las características propias de lo que importa una actividad financiera, se requiere la planificación de inversiones, prestación de servicios y toda una estructura —personal/inmuebles/muebles— para lograrlo, lo que permite afirmar que las conductas de lavado se gestan en el marco de una actividad organizada como producto de una decisión meditada y no una reacción deliberada.

Se ha señalado, como características de aquéllos que cometen delitos de carácter económico, que se trata de sujetos inteligentes, avezados en los negocios, conocedores de las leyes, los reglamentos y las artimañas para eludir sanciones, influyentes en ciertos espacios de poder,⁽¹²⁾ pertenecientes a un elevado *status social* y de gran poder adquisitivo⁽¹³⁾ y carentes de conciencia de culpabilidad en función del escaso rechazo social.⁽¹⁴⁾

Entonces, el incurrir en la conducta de blanqueo de origen de bienes no resultaría una acción deliberada, sino que sería el producto de una planificación destinada a ese fin. Esto no significa que nunca se viole la ley de una manera desorganizada o espontánea, y cuando ello ocurre, por lo burdo de la maniobra, haya mayores posibilidades de que la conducta sea detectada, pero lo que se quiere demostrar es que gran parte de las violaciones resultan deliberadas y organizadas.

El lavado de dinero es un crimen de cuello blanco conforme la doctrina,⁽¹⁵⁾ y la organización para el delito puede ser formal o informal, pero hay que destacar que en la actualidad ninguna actividad ilegal, que de alguna forma tenga resultado económicamente productivo, puede sobrevivir si no es en una relación simbiótica con la economía legal.⁽¹⁶⁾ Ello, en el caso del lavado de activos, se presenta de forma casi palmaria toda vez que el campo más fértil para ocultar una maniobra es que ésta pase a tener habitualidad y deje de ser sospechosa.

(12) BIELSA, RAFAEL, "Lineamientos de derecho penal fiscal", en Revista Jurídica *La Ley*, Bs. As., t. 28, pp. 928/940.

(13) BALCARCE, FABIÁN, *Derecho penal económico*, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2003, p. 30.

(14) FELLINI, ZULITA, *Temas de derecho penal económico*, Bs. As., Grün Editora, t. 1, p. 55.

(15) HISTERSEER, KRIS, "Criminal Finance", en Kluwer Law International, Holanda, 2002.

(16) PAVARINI, MÁXIMO, "¿Vale la pena salvar la criminología?", en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Bs. As., Ad Hoc, 2006, p. 35.

Los datos que surgen de los informes de los organismos internacionales sobre el reporte de conductas de lavado también permiten sostener que estas prácticas son habituales y permanentes, pudiendo resultar, en la relación entre los distintos actores de la actividad económica —ya sea a nivel horizontal y/o vertical—, el lugar en el cual se incorporan las conductas delictivas.⁽¹⁷⁾ Seguramente en ese mismo espacio están aquéllos que la definen favorablemente y otros que la definen desfavorablemente, incorporando la conducta al sujeto individual cuando y sólo cuando el peso de las definiciones desfavorables es superior al de las definiciones favorables.

Ello con sus limitaciones, ya que cada cual posee su jerarquía de valores y la conducta criminal sería aprendida en el medio comunicativo social. Dentro de ese grupo restringido en el que se establecen relaciones personales y con una visión determinista del actuar humano, una constante relación con conductas u organizaciones criminales llevarían a la persona a que ejecute aquellas prácticas que aprendió en ese ambiente, del cual también habría tomado sus motivaciones y valores.

Como explicación al fenómeno, no encontramos pertinentes aquellos argumentos basados en un déficit o que parten de la discrepancia existente entre los fines culturales y el acceso que determinados sujetos tienen a éstos por los medios legítimos, con sus distintas clasificaciones y que engloba a los autores de los delitos llamados de "cuello blanco" en una desviación "innovadora" por tratarse de sujetos que adhieren decididamente al fin social dominante en la sociedad y postulando a la conducta anómala como un síntoma de disociación entre las aspiraciones sociales y los caminos para lograrlas. Todo ellos como producto de la tensión que se genera entre los objetivos legítimos y los modos admisibles de alcanzarlos, habiendo quienes entran en la carrera para conseguir la meta por los medios adecuados y quienes asimilan la importancia de las metas sin aceptar los modos propuestos por las normas. Dicha construcción teórica podría ser efectiva para explicar cómo integrantes de las clases económicas bajas se incorporan al mundo criminal de la empresa, pero se desdibuja cuando el hecho es llevado adelante por integrantes de las capas privilegiadas, sin poder explicar por qué delinque aquél que no presenta

(17) SUTHERLAND, EDWIN H., *El ladrón profesional*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1988, p. 43.

el elemento objetivo, establecido como una "...limitada posibilidad de acceso a los medios...".⁽¹⁸⁾

A su vez, hemos definido al sujeto que incurre en la conducta de lavado como inteligente, avezado en los negocios, conocedor de las leyes, los reglamentos y las artimañas para eludir sanciones, con acceso a la información y a los avances tecnológicos para el mejor desarrollo de su actividad. En contrapartida, aparece un Estado —argentino— que no cuenta con una estructura de investigación judicial capacitada para investigar este tipo de delitos. Ello permite sostener que, por lo menos en el medio argentino, en los casos de lavado de activos estamos ante un actuar en el que prima la razón, en el que el sujeto que incurre en la conducta lo hace luego de una compleja evaluación de riesgos y beneficios, sujeto íntimamente relacionado con el **hombre económico** desarrollado por el liberalismo económico, que calcula y analiza las ventajas y las desventajas o los costos y beneficios que les reportaría la realización del acto que planifica.⁽¹⁹⁾

4 | Palabras finales

El lavado de dinero es un proceso por el cual los bienes vinculados con un delito se integran en un sistema económico legal a efectos de poder disponer libremente de ellos. Se trata de un conjunto de pasos que buscan ocultar el origen de bienes producto de una actividad delictiva, proceso por demás complejo que se cumple en varias etapas.

En la República Argentina, con la última reforma —ley 26.683—, y siguiendo las elaboraciones alcanzadas en los organismos internacionales y en cumplimiento de compromisos asumidos, se ha incorporado el Título 13 al Código Penal, denominado "de los delitos contra el orden económico y financiero", poniéndose de resalto que estamos ante un delito plurifactorial, donde lo determinante sería el orden socioeconómico.

(18) VIRGOLINI, JULIO E., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Bs. As., Del Puerto, 2005, p. 23.

(19) ANITUA, IGNACIO G., *Historia de los pensamientos criminológicos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2005, p. 93/102.

A su vez, ha quedado en claro que resulta imposible describir con exactitud la totalidad de los métodos o tipologías que son utilizadas para desvincular a los activos de su origen o destino final, que estos se sostienen en los mismos principios básicos que las actividades financieras lícitas y que la clave de cualquier sistema de prevención de estas actividades está en establecer la obligación, para los intermediarios del sistema financiero, de cumplir rígidas pautas de información sobre sus “clientes” y operaciones, ya que, por lo menos en el medio argentino, la decisión de incurrir en la conducta prohibida sería producto de una decisión que se adopta previo cálculo de riesgo, costos y beneficios.



Proyectos de investigación

Protocolo de preguntas para relevar investigaciones en las cátedras^(I)

1 | ¿Cuál es el título del estudio/investigación que está llevando a cabo la cátedra?

El título del proyecto de investigación es: “Relación entre las prácticas controladoras de operaciones financieras y las condenas por delitos de lavado de dinero y terrorismo en la República Argentina a partir de la vigencia de las leyes anti-lavado y anti-terrorismo desde el año 2000”. El Director es Cristian J. Cabral y el Codirector, Javier I. Lorenzutti.

2 | ¿Cuáles fueron los antecedentes tenidos en cuenta a la hora de abordar el tema elegido?

Se ha tenido en cuenta a la hora de abordar el tema elegido para el proyecto de investigación el estado actual de conocimiento que en términos generales define al delito de lavado de dinero como una conducta mediante la cual ciertos bienes de origen ilícito se integran al sistema financiero bajo la apariencia de haber sido obtenidos de manera lícita.

.....

(1) Compaginado María Angeles Ramos y Francisco Figueroa.

El *Manual de Prevención de los delitos de lavado de activos y de financiación del terrorismo del Ministerio de Desarrollo Social de Argentina* establece que el lavado de activos es aquella operación u operaciones realizadas para ocultar o encubrir la naturaleza o el origen de los fondos provenientes de actividades ilegales. Es un proceso en virtud del cual, los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal, con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.

En cuanto al delito de terrorismo, el Código Penal argentino en su art. 41 *quinquies* establece que:

"Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional".

También el art. 306 del Código Penal argentino prevé el delito de financiación de terrorismo estableciendo que:

"1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

- a. Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el art. 41 *quinquies*;
- b. Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el art. 41 *quinquies*;
- c. Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el art. 41 *quinquies*.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento”.

En Argentina, la ley 25.246 creó la Unidad de Información Financiera (UIF) que, en cumplimiento de sus funciones, está autorizada a realizar ciertas prácticas de control de operaciones financieras.

Para ello, la legislación vigente obliga a determinadas personas físicas y jurídicas, públicas y privadas a informar a la UIF acerca de operaciones sospechosas.

Existen variadas opiniones doctrinarias a nivel nacional e internacional acerca de los delitos de lavado de dinero y terrorismo. Se han formulado también algunos estudios y estadísticas acerca de las causas tramitadas en el país por delitos de lavado de dinero.

El Director del Proyecto de Investigación ha abordado el tema del delito de lavado de dinero, antecedentes internacionales, relación con el terrorismo y el medio de desarrollo, el cual fuera presentado en el marco de un curso de posgrado denominado “Curso de la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana”, dictado por los Profesores Claus Roxin, Günther Jakobs, Kai Ambos, Cornelius Prittowitz, entre otros y aprobado en la Universidad Georg-August Universitat de Göttingen, Alemania.

En nuestro país, se destacan desde la doctrina varios autores que focalizan la necesidad de avanzar en el perfeccionamiento de las prácticas para prevenir y combatir los delitos de lavado de dinero y terrorismo.

Funcionan en Argentina varios organismos que se dedican a estudiar los delitos de lavado de dinero y terrorismo. En el plano dogmático, se han esbozado críticas a las prácticas vigentes para combatir esos delitos

A modo de referencia, se ha señalado la controversia que presenta la ley nacional 26.476 de Blanqueo de Capitales en la República Argentina puesto que flexibiliza la inteligencia realizada sobre casos de evasión impositiva, que resulta de fundamental importancia para las investigaciones realizadas por la UIF.

Se ha dicho que el GAFI y GAFISUD señalaron que el delito de evasión impositiva ocupa en Argentina un lugar de privilegio junto con el contrabando, la corrupción y otros tipos de fraude para el lavado de dinero y que por ser uno de los principios fundamentales del sistema anti lavado, la información brindada por organismos como la AFIP y el BCRA a la UIF, las medidas de exteriorización y repatriación de capitales constituyen un grave daño al funcionamiento y a la legitimidad del sistema de prevención de lavado de dinero y contrarían la legislación respectiva.

Otras cuestiones que han despertado críticas en la Argentina, son las relacionadas con las regulaciones del BCRA con respecto a operaciones de clientes de riesgo, y se ha observado también la necesidad de legislar el delito de lavado de dinero de manera más específica, de forma tal que se pueda determinar con mayor claridad el bien jurídico protegido, el aspecto subjetivo del tipo penal, como así también regular la materia probatoria del delito precedente, entre otras cuestiones.

A pesar de los aportes realizados, se desconoce en la actualidad un referente indicativo de la cantidad de condenas por delitos de lavado de dinero y terrorismo y su relación con las prácticas controladoras de operaciones financieras en Argentina.

La bibliografía que se ha tenido en cuenta es:

- Código Penal Argentino.

- Leyes 25.246, 26.683, 26.268, 26.734.
- Decreto 1936/2010.
- Resoluciones UIF.
- *Manual de Prevención de los delitos de lavado de activos y de financiación del terrorismo.*
- LLERENA, PATRICIA, Ponencia para las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal sobre "Algunas Reflexiones sobre el Derecho Penal Cambiario", Mendoza, 1988.
- LLERENA, PATRICIA, Trabajo en colaboración para la Ponencia presentada en la Primera Reunión de Asesores Jurídicos de Bancos Centrales y Superintendencias de Bancos de América Latina, sobre "El Banco Central de la República Argentina en su actividad de prevención y represión de las infracciones y delitos financieros y cambiarios", Buenos Aires, 1989.
- LLERENA, PATRICIA, Relato presentado en las XIII Jornadas Nacional de Derecho Penal, sobre "Ley Penal y Actividad de Directivos de Sociedades Comerciales y Entidades Financieras", San Miguel de Tucumán, 1990.
- LLERENA, PATRICIA, *Criminalidad de Empresa. Responsabilidad Penal de los Directivos de Sociedades Comerciales y de Entidades Financieras*, Ad Hoc, Bs. As., 1990.
- LLERENA, PATRICIA, "*L'attività dei direttivi delle società commerciali e delle banche ed il diritto penale*", presentado como conclusión de la investigación, realizada en la Universidad de Siena, Italia.
- LLERENA, PATRICIA, Comunicación presentada en la Conferencia Internacional sobre "Prevención y Control del Blanqueo y Uso del Dinero conseguido delictivamente: un enfoque global" organizado por el Consejo Consultivo Internacional, Científico y Profesional del Programa de las Naciones Unidas en Prevención del Delito y Justicia Penal (ISPAC) llevado a cabo en Courmayeur, Mont Blanc, Valle d'Aosta, Italia, junio de 1994.
- LLERENA, PATRICIA, Ponencia presentada en las Jornadas preparatorias del IX Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente sobre "Medidas contra la Delincuencia Económica Nacional y Transnacional", organizado por el Ministerio de Justicia y el ISPAC, Bs. As., agosto de 1994.
- LLERENA, PATRICIA, "*Deterring Money Laundering*", ponencia presentada en el Congreso Internacional de Criminología, Chicago, 1996.
- LLERENA, PATRICIA, Ponencia sobre "Integración Regional y Delitos Económicos. Política Criminal y Sistema Judicial. Elementos Necesarios para la Integración", presentada en el Congreso convocado por el 75º Aniversario del

Código Penal Argentino, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1997.

- LLERENA, PATRICIA, "Secreto Bancario. Su incidencia en la Investigación de los Delitos", Ponencia presentada en el Segundo Encuentro de Magistrados del Mercosur, Bs. As., 1997.
- MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, "Del blanqueo de capitales al lavado de dinero", en *La Ley Online*, Bs. As., 26/12/2008.
- MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, *Juegos de azar y criminalidad financiera estándares para la prevención del lavado de dinero, Enfoques de contabilidad y auditoría*, Bs. As., La Ley, junio 2009.
- MARTEAU, JUAN FÉLIX, "Lavado de dinero, estandarización y criminalización. Notas para una política criminal", en *Enfoques*, Bs. As., La Ley, julio de 2010.
- MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, "Lavado de dinero y juegos de azar", en *Enfoques*, Bs. As., La Ley, noviembre de 2009.
- MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, "Núcleos problemáticos del blanqueo de capitales en relación a la prevención de lavado de dinero. La reglamentación de la Ley 26.476", en *Enfoques*, nº 7, Bs. As., La Ley, julio de 2009.
- MONTERO, MARTÍN ANDRÉS y REGGIANI, CARLOS, *Principio de igualdad y régimen penal cambiario*, en *Enfoques*, nº 10, Bs. As., La Ley, 2009
- MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, "Risk based approach en la prevención de lavado de dinero", en *Enfoques*, Bs. As., La Ley, agosto de 2009.
- PASSAS, NIKOS, "Desmitificando el Hawala", en *Enfoques*, Bs. As., La Ley, marzo de 2010.
- CARBONARI, CARLOS, *Lavado de dinero problema mundial*, Grupo Editor Latinoamericano, 2005.
- AAWV, "El delito de lavado de dinero de origen delictivo y sus visitudes", en *Revista Jurídica La Ley, Suplementos Penal y Procesal Penal*, Bs. As., 19/08/2010.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "La nueva ley de Lavado de Dinero", en *elDial.com -DC15F9*, 10 de junio de 2011.
- AAWV, "Facultades de supervisión de la Unidad de Información Financiera", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 17/05/2011.
- AAWV, "Cuestiones pendientes en la nueva Ley de Lavado de Dinero", en *Revista Jurídica La Ley, Suplemento Penal y Procesal Penal*, 20/06/2011.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "Lavado de dinero. El delito de legitimacion de activos provenientes de ilícitos", en *El Derecho*, t. 180, p. 1084.

- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), en colaboración con el Lic. Zenón A. Biagosch, "Lavado de Dinero y operatoria off shore", en *El Derecho, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, diario del 17/07/2001.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO, *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales*, 2009.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "La ley de lavado de dinero y la obligación de informar operaciones sospechosas o inusuales", en *CDJP*, año VII, n° 12, p. 241.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "Algunas cuestiones referidas al Lavado de Dinero", en *Derecho Económico, Suplemento Especial*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 51.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "Los abogados y la obligación de informar operaciones sospechosas en las normas de prevención contra el lavado de dinero", en *Sociedades ante la IGJ, Suplemento Especial La Ley*, Bs. As., abril de 2005, p. 200.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "Reparos que suscitan las Resoluciones de la Unidad de Información Financiera", en *Revista CEO Argentina, PriceWaterhouseCoopers, Hot Topics*, año 1, n° 1, 2005, p. 46.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA, "Anuario de investigaciones 2007".

3 | ¿En qué consiste el objeto de la investigación?

Como objetivo general de la investigación se ha propuesto realizar un trabajo de búsqueda y análisis de las condenas que han dictado los Tribunales argentinos por delitos de lavado de dinero y terrorismo en aplicación de las leyes vigentes desde el año 2000 y determinar si guardan relación con las prácticas controladoras de operaciones financieras realizadas en el país.

Surge así, por un lado, la necesidad de generar una recopilación legislativa genérica y, por otro lado, la de realizar un relevamiento de trámites penales por delitos de lavado de dinero y terrorismo, para luego determinar si existe relación.

Los objetivos específicos son:

- Reconstruir el marco legislativo vigente en la República Argentina en materia de lavado de dinero y narcoterrorismo y analizar sus contenidos.

- Individualizar las prácticas controladoras de operaciones económicas y financieras en la República Argentina a partir de las leyes anti lavado y anti-terrorismo a partir del año 2000.
- Identificar la cantidad de procesos penales por delitos de lavado de dinero y narcoterrorismo a partir del año 2000.
- Analizar los criterios jurisprudenciales en los casos de condenas por los delitos de lavado de dinero y narcoterrorismo en la República Argentina.
- Determinar si existe relación entre las prácticas controladoras de operaciones financieras realizadas desde el año 2000 y las condenas por delitos de lavado de dinero y terrorismo en Argentina.

4 | ¿Cuál es el diseño elegido para la investigación?

En primer lugar, se realizará una recopilación de la legislación vigente en la República Argentina sobre lavado de dinero y terrorismo. Luego, se analizarán las prácticas que las leyes prevén para control de operaciones financieras. En tercer término, se investigará acerca de las prácticas de operaciones financieras efectivamente realizadas en la República Argentina. En las tres instancias, se tomarán en consideración los datos a partir del año 2000.

Más tarde, se requerirá colaboración, se realizarán encuestas y, en la medida de las posibilidades, se realizará un trabajo de campo en la Unidad de Información Financiera para obtener datos acerca de las prácticas controladoras de operaciones financieras.

A continuación, se realizará, a través de un trabajo de campo, un relevamiento de causas penales por delitos de lavado de dinero y terrorismo tramitadas en Argentina desde el año 2000.

Se realizarán encuestas a doctrinarios, juristas y profesionales en general que pudieran aportar algún conocimiento específico de interés para esta investigación.

Luego, se determinará la cantidad de condenas recaídas por los delitos de lavado de dinero y terrorismo en Argentina desde el año 2000 y se analizarán los criterios de los Tribunales para fundar las condenas.

Finalmente, se determinará si existe relación entre las prácticas controladoras de operaciones financieras legisladas y las condenas por delitos de lavado de dinero y terrorismo en nuestro país desde el año mencionado.

5 | ¿Cómo están determinados los recursos y el cronograma?

Recursos Humanos: El proyecto de investigación está integrado por docentes investigadores y alumnos de la Universidad Nacional de La Matanza. Director: Cristian J. Cabral. Codirector: Javier I. Lorenzutti. Integrantes del equipo investigador: María Mercedes González, Hernán Matías Rey, Jorge Alejandro Zabala, Daniela M. Labella, Ernesto C. M. Cordero Fabbri y Virginia Rosset.

Recursos Económicos: Se ha proyectado un presupuesto que comprende útiles varios, bibliografía, asistencias a jornadas y viáticos, que será financiado por fondos PROINCE.

Disponibilidad de Tiempo: El Director y Codirector del proyecto destinarán 20 horas semanales a la investigación. Los restantes integrantes destinarán entre 5 y 10 horas semanales a la investigación.

Duración de la tarea: Dos años, con fecha de Iniciación el 01 de enero de 2013 y finalización el 31 de diciembre de 2014.

Forma en que se encuentra dividida la tarea:

CUADRO 1.

Actividades Ier Año	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6	Mes 7	Mes 8	Mes 9	Mes 10	Mes 11	Mes 12
Recopilación de legislación y jurisprudencia	X	X	X	X	X							
Revisión y análisis de legislación						X	X	X	X			
Revisión y análisis de jurisprudencia										X	X	X

Actividades/ Responsables 2do Año	Mes											
	I	2	3	4	5	6	7	8	9	10	II	12
Obtención de información – entrevistas con referentes calificados	X	X	X	X	X							
Análisis de Información					X	X	X	X	X			
Formulación de conclusiones										X	X	X

6 | ¿Cuáles estiman que son los peligros y las consideraciones éticas?

La legislación vigente en la República Argentina en miras a combatir los delitos de lavado de dinero y terrorismo dan lugar a limitaciones y autorizan el seguimiento y análisis de ciertas operaciones económicas y financieras con la imposición a personas físicas y jurídicas, públicas y privadas de informar datos.

Los delitos de lavado de dinero y terrorismo coexisten con la legislación vigente en la República Argentina. Las prácticas controladoras de operaciones financieras para combatir esos delitos, en su mayoría no derivan en condenas penales.

Sin embargo, las prácticas controladoras de operaciones económicas y financieras podrían resultar un medio eficiente para disuadir el lavado de dinero y el terrorismo.

Se espera que quienes participan en esta investigación tengan la posibilidad de ampliar y perfeccionar sus conocimientos del derecho y, a su vez, puedan aplicarlos a diversos aspectos de sus ámbitos profesionales. En particular, aportará conocimientos técnicos que podrán volcar a sus actividades académicas de docencia, fortaleciendo el nivel educativo de los estudiantes.

Además, les brindará la posibilidad de perfeccionar su capacidad para investigar y fomentará su interés en las investigaciones. En este sentido, cabe destacar que se han incorporado al proyecto investigadores alumnos.

Se pretende, por otro lado, difundir y transmitir los resultados que sean fruto de este trabajo, a través de publicaciones, jornadas, debates, congresos, y actividades en general que representen un espacio de interés.

En lo que respecta al ámbito académico, se prevé la interactuación y presentación para cátedras de derecho penal y derecho internacional con posibilidad de transferencia a otras cátedras que pudieran estar interesadas en debatir el tema de esta investigación. El objetivo que se persigue es, asimismo, generar espacios abiertos al debate tanto para docentes como para alumnos.

Por su parte, serán receptores de los resultados de este trabajo los docentes, alumnos y la comunidad universitaria en general, a quienes esa información les permitirá ampliar el marco de conocimiento relacionado con las prácticas controladoras de operaciones financieras, la legislación vigente en Argentina, y los casos por lavado de dinero y terrorismo. Además, los docentes podrán incorporar estos datos como material de estudio en los casos que pudieran ser de utilidad para sus tareas.

También podrán contar con esta información todos aquellos que, fuera del ámbito universitario, se interesen en la investigación, que les permitirá adentrarse en el conocimiento de las causas por lavado de dinero y terrorismo en Argentina, y las prácticas legislativas vigentes.

Se buscará, asimismo, transferir los resultados a asociaciones, organizaciones, fundaciones, sociedades, particulares y organismos gubernamentales a los que les pudiera resultar de relevancia o interés el tema de esta investigación, permitiéndoles ampliar las tareas que vienen desarrollando. En particular, a la UIF, a la AFIP, al PJN, quienes podrán cotejar y entrecruzar los resultados parciales obtenidos en este trabajo para optimizar sus tareas si les fuera útil y de interés, y obtener los resultados finales de la labor realizada en el presente proyecto.

7 | ¿Se ha incluido en la investigación el tratamiento estadístico de datos (recolección, recuento, presentación, descripción y análisis)?

Se ha previsto, entre otras actividades, la recopilación de legislación vigente en la República Argentina sobre lavado de dinero y terrorismo a partir del año 2000, el análisis de las prácticas que las leyes prevén para control de operaciones financieras a partir del mismo año. Asimismo, se investigará acerca de las prácticas de operaciones financieras efectivamente realizadas a partir de esa fecha en la República Argentina.

Por otro lado, se pretende la realización de encuestas y un trabajo de campo para obtener datos acerca de las prácticas controladoras de operaciones financieras y relevamiento de causas penales por delitos de lavado de dinero y terrorismo tramitadas en Argentina desde el año 2000.

Todas estas tareas se incluyen en el primer año de desarrollo de la investigación que, en término generales, es el que abarca el tratamiento estadísticos de datos.



Entrevistas

Criminalidad económica, poder y criminología pública

Acción para estudiar el poder en sus distintos aspectos y las maneras en que se puede responder a él⁽¹⁾



VINCENZO RUGGIERO

Profesor de Sociología
Universidad de Middlesex,
Londres (RU).

Autor de *Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anticriminología*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1999.

Usted es un destacado profesor y muy conocido en Argentina por sus trabajos en materia de criminalidad económica, crimen corporativo y organizado. Nos gustaría conocer qué temas está investigando actualmente.

Por un lado, es de algún modo halagador, y por otro, molesto, que se me asocie con el estudio del crimen corporativo y organizado. Mis investigaciones y publicaciones abarcan también otros campos: sistemas penales, teoría social, movimientos sociales, ficción y delito, teoría criminológica, racismo, migraciones y sociología urbana. Durante el presente año, se publicarán dos libros míos: *Punishment in Europe (El castigo en Europa)* —una colección que cubre los países europeos occidentales y orientales— y *The Crimes of the Economy. A Criminological Reading of Economic Thought (Los delitos de la economía. Una lectura criminológica del pensamiento económico)*. El último es un análisis teórico de cómo todas las escuelas de pensamiento económico justifican, racionalizan y, a veces, alientan abiertamente la producción de alguna forma de daño individual y colectivo. El estudio comienza con el concepto de "propiedad" de John Locke, para continuar con el análisis minucioso del mercantilismo, la fisiocracia, Malthus, Adam Smith, David Ricardo, el "keynesianismo" y el neoliberalismo: en cada uno de estos pensadores y pensamientos específicos identifico el origen de un perjuicio específico causado a las personas y a la sociedad en

(1) Entrevista y preguntas realizadas por Mariela Barresi. Traducción realizada por Alicia Magurno y Mariela A. Barresi.

general. El libro se publicará, en forma simultánea, en idioma inglés y en italiano (en inglés, lo publicará Routledge y, en italiano, Feltrinelli). En términos de investigación, tengo que admitir que, dado que mi trabajo por lo general está asociado con el estudio del crimen organizado y corporativo, tengo una subvención de la Comisión Europea para estudiar economías ilegales.

¿Cuáles han sido sus motivaciones y perspectivas en un campo tan amplio y arduo de trabajo?

Por supuesto que lo que he expresado con respecto al crimen organizado oculta una postura polémica: primero, ¿por qué un italiano debe necesariamente ser un experto en ese tipo de criminalidad? ¿Eso es lo único en que somos buenos? Conozco colegas italianos que hicieron carrera a partir del solo hecho de ser italianos, ir al extranjero y convertirse en profesores porque, como italianos, estaban vendiendo "la mafia", o su supuesto conocimiento de ella. En este sentido, Leonardo Sciascia tenía razón: ¿a cuánta gente les ha dado fama y éxito las "charlas antimafia"? Yo agregaría que, cuanto más intensa u obsesivamente se estudia un fenómeno, más se adopta la lógica del objeto de estudio. Por otro lado, mi polémica es más amplia y trata la "criminología" en general. Existe un sentimiento generalizado, particularmente en el mundo anglosajón, de que la criminología experimenta desarrollos sin precedentes: surgen cursos universitarios por doquier y miríadas de estudiantes se sienten atraídos por esta disciplina. Aunque esto puede crear empleos para nosotros, en mi opinión tal crecimiento puede

ser una mala noticia, antes que una buena. Después de todo, la criminología está ganando respetabilidad sin precedentes debido a que los funcionarios y los responsables de formular políticas han abandonado las preocupaciones sociales más amplias y han adoptado la postura de que el problema del delito surge de la mera falta de control institucional. Por el contrario, la creencia de que la conducta delictiva se puede abordar mediante políticas sociales inspiradas por una mejor distribución de recursos conduce a no considerar la experiencia y conocimientos que ofrecen los criminólogos y, quizás, a apreciar las sugerencias de los expertos en educación y vivienda, y de expertos o eruditos del mercado laboral y del bienestar social. Por ejemplo, resulta irónico que los Estados Unidos, el país en el que la investigación del delito está más desarrollada, sea también el país en el que el sistema de justicia penal es particularmente punitivo. Sin embargo, ¿nos sorprende esto? El caso de los Estados Unidos muestra que la criminología se desarrolla cuando se consideran inútiles otros mecanismos para establecer solidaridad social. Por ello utilizo el término "anticriminología", en el sentido de que estoy a favor de abandonar el dominio de la criminología en conjunto y de observar otros ámbitos en busca de factores, fenómenos y conceptos sociales. La criminología o la anticriminología se benefician en gran medida de estas incursiones en otros campos del conocimiento.

En una definición muy sencilla de mi perspectiva, diría que la mayor parte de mi vida he estudiado el poder: al estudiar las drogas ilegales, la corrupción, la literatura clásica, los movimientos socia-

les, el abolicionismo penal, la guerra o el así llamado terrorismo, en realidad sólo he estado estudiando distintos aspectos del poder y las maneras en que se puede responder a él.

En este campo, ¿cuáles son los debates que más lo motivan?

Me interesa mucho el debate actual con respecto a la sociología "pública". Este debate comenzó hace pocos años, cuando algunos colegas a nivel mundial sugirieron que la disciplina debe utilizar su energía más allá de los enclaves académicos y de expertos. En reemplazo de la controversia perenne entre los defensores de la "sociología científica" y sus críticos —que ven en dicha "ciencia" métodos sin substancia—, los sociólogos "públicos" expresaron la opinión de que la disciplina se debe comprometer con el mundo exterior, salir de la universidad, para ingresar en un diálogo sobre valores fundamentales con el público en sí. La sociología pública incluye una forma de enseñanza que se involucra con las propias vidas y experiencias de los estudiantes y los ayuda a entender qué hizo que fueran lo que son. Y lo que es más importante: es una sociología que trabaja en conexión estrecha con un público visible y activo que critica el presente estado de cosas y persigue el cambio social a través de la acción colectiva. Aquí está implícita una alusión a la sociedad civil, entendida como un conjunto de asociaciones y movimientos que expresan necesidades autónomas y establecen formas de organización independientes. La sociología pública procura actores conflictivos y defiende a los individuos y grupos frente a las fuerzas dominantes.

Se puede argumentar que la sociología es "pública" por definición: porque tiene sus raíces en la sociedad civil, es decir, en las instituciones, las organizaciones y los movimientos que operan fuera del Estado y del mercado. El Estado y el mercado están destruyendo a la sociedad civil y su autonomía; por lo tanto, están destruyendo la base de la sociología. Así, defender la sociedad civil no es sólo defender la sociología, sino también defender a la humanidad frente a la tiranía política y al despotismo del mercado. Sin embargo, este argumento es muy intrigante. De hecho, por un lado, podemos afirmar que una disciplina académica puede ser participante de un movimiento social, y que su estrategia y función bien pueden situarla en una posición adyacente a los actores y discursos orientados al cambio social. Pero por otro lado, es legítimo preguntarse cómo, después de años de investigación "científica" avanzada, seminarios interminables, carreras egocéntricas y competencia feroz entre colegas, los sociólogos pueden convertirse, milagrosamente, en buenos activistas políticos.

Y este debate también llega a la criminología...

Exactamente: desde la sociología, el debate se expandió a la criminología. Tal debate intentó mover a las políticas en direcciones más progresistas y hacer que la disciplina sea parte integral de la elaboración de políticas. Ante todo, los criminólogos "públicos" abordan las fuentes de su propia "marginalidad preocupante", remarcando la poderosa falta de incentivos que opera dentro de la disciplina, incluso la presión para publicar

investigaciones cada vez más cerradas en revistas revisadas por pares, en desmedro de los esfuerzos orientados a la síntesis y a la difusión. Una versión de la criminología pública es la “criminología de elaboración de noticias”, que se refiere a los esfuerzos y actividades conscientes de los criminólogos para interpretar, influir o dar forma a la representación de artículos de “interés informativo”, sobre el delito y la justicia. Un grupo hipotético de temas que exigen el compromiso de los criminólogos públicos incluiría, por ejemplo, las crecientes tasas de encarcelación frente a las declinantes tasas de comisión de delitos. Seguramente, otro tema podría girar en torno de los costos y sufrimientos excesivos que implica el castigo cuando se mide contra su efectividad. El público podría llegar a considerar que la cantidad de recursos improductivos despilfarrados a través del sistema de justicia penal puede invertirse mejor para reparar las disfunciones sociales que favorecen la elección del delito. En este sentido, la función de la criminología pública sería “enfriar” el calor del discurso popular y político sobre delito y castigo y, lo que es más importante, dirigir la atención hacia la impunidad de la élite, los delitos cometidos por los grupos e individuos poderosos. En este sentido, reformular las imágenes culturales del delincuente puede ser esencial, tanto como reconsiderar las relaciones de poder implícitas en la formulación de normas y en el proceso jurídico como un todo.

Sin embargo, ¿cómo pueden los criminólogos públicos actuar simultáneamente como ciudadanos en una democracia participativa y como científicos sociales profesionales? Para expresar mis opi-

niones en este debate, me veo forzado a reiterar lo que ya expuse en otros trabajos.⁽²⁾ Hay un mecanismo endógeno en el desarrollo de la criminología como disciplina —más precisamente, como una disciplina “independiente”—, que hace que su intento de “tornarse pública” sea extremadamente difícil. Para afirmar su propia singularidad científica, la criminología siempre ha estado tentada a delimitar su campo de estudio y, con frecuencia, a distanciarse de la propia disciplina madre que le dio vida. Estoy aludiendo a la sociología clásica y a la teoría social, que contienen indicios conceptuales del “movimiento social”, aunque tales indicios conforman un corolario vago de su preocupación central respecto al conflicto y al cambio social. Con frecuencia, el concepto de “movimiento” y el de “cambio” se ocultan detrás de, y se fusionan con, ideas de inestabilidad y amenaza inminente. La atención exclusiva a las últimas nociones fue parte del costo que tuvo que pagar la criminología por su ambición de independencia. La independencia disciplinaria, en otras palabras, surgió de la naturaleza ambivalente de las fuerzas sociales que traen el cambio, de su impredecibilidad y supuesta irracionalidad. En última instancia, confrontada con un desarrollo industrial y urbano sin precedentes, la criminología alimentó su independencia con lo que yo llamaría un “temor sociológico” profundo. Conceptos tales como “cambio social” y “acción colectiva” sirven menos a la expansión de la criminología que va-

.....
(2) Ver, específicamente, *Penal Abolitionism*, Oxford University Press, 2010 (en italiano, *Il delitto, la legge, la pena: la controideabolizionista*, 2011), y “How Public is Public Criminology?”, en *Crime, Media, Culture*, 8, 2012, 151/160.

riables como "temor" e "infierno". Como consecuencia, las zonas transicionales y las áreas penales (ver los estudios de la Escuela de Chicago) se convirtieron en escenas centrales de investigación, apartando la mirada sociológica de los conflictos más generales. No olvidemos que, en general, las principales preocupaciones de la teoría sociológica han sido siempre el conflicto, los movimientos y el cambio social. Durkheim explica cómo una división del trabajo no deseada conduce a movimientos que tratan de modificarla (derecho a combatir). Por supuesto, para un sociólogo de vanguardia como Marx, conflicto, movimiento y cambio social son las cuestiones centrales, si no las exclusivas, en las que se debe basar toda teorización. Max Weber describe la "acción de clase" e incluye en su razonamiento un elemento crucial de subjetividad: la acción colectiva requiere no sólo una condición claramente reconocible de injusticia social, sino también la conciencia de que tal injusticia es inaceptable porque está basada en una distribución arbitraria de recursos y poder. Finalmente, la idea de fluidez y movimiento de Georg Simmel describe una sensación de vértigo, pero también de perpetuo cambio. En su *Filosofía del dinero* se percibe un conflicto constante entre la objetividad de la producción tecnológica y el intercambio financiero, y la subjetividad de los individuos y grupos que realizan elecciones en su vida cotidiana. En resumen, los fundadores del pensamiento sociológico se ocupan de variables y conceptos que son centrales al estudio de los movimientos sociales. La criminología renuncia a estos conceptos cuando afirma su independencia académica y científica. Su misión, no sólo entre los representantes

de la corriente principal de la disciplina, consiste en elaborar una mera tecnología social que se pueda aplicar en respuesta a situaciones sincrónicas, inmediatas y urgentes. Este sentido de urgencia dificulta la comprensión de las dimensiones históricas de la acción social, en tanto limita el horizonte criminológico a las contingencias inmediatas.

La criminología pública encuentra un nudo gordiano similar: cuanto más habla de sí misma, más se tiene que distanciar de las teorías sociales. En este sentido, hay una "arrogancia" innata en la mayor parte de la criminología —una disciplina que necesita "informantes" y no pares; un tipo de investigación social que necesita enseñar a otros en qué contextos están situados, contextos éstos que los otros presumiblemente ignoran—. Los criminólogos, observadores del Olimpo, creen que pueden ver la imagen completa. Siempre debemos recordar, en cambio, que nuestros objetos de estudio no son "mudos" (o ignorantes acerca de ellos mismos) por naturaleza, sino que es necesario hacerlos "mudos" para que podamos mantener nuestro status y asegurar la autoridad soberana de nuestros pronunciamientos.

En este contexto en el que tanto el saber criminológico como las herramientas de análisis e intervención parecen exigir nuevos modos abordaje, ¿qué recomendaciones haría a estudiantes e investigadores que quisieran profundizar su estudio?

Estoy seguro de que los estudiantes y profesores de América Latina no necesitan mis recomendaciones; por lo tanto,

lo que puedo hacer es sólo sugerir que se me unan en el estudio del poder y la manera de combatirlo y, si desean, en los esfuerzos para crear una criminología genuinamente "pública". Sin embargo, aquí presento una condición. Todos tenemos que ser cuidadosos y conscientes de que, aun en los textos clásicos de la criminología nueva y radical, el elemento "público" es muy ambiguo o está ausente por completo. En esos textos, por ejemplo, los temas de conflicto y acción colectiva constituyen una omisión extraordinaria dentro de la gama de actos desviados y delitos que, supuestamente, "contribuyen a la liberación humana". En el celebrado libro de la década de 1970 *La nueva criminología* (de Taylor, Walton y Young), la actividad hedonística desviada, el vandalismo, las formas del sabotaje industrial individual, y aun "algunos delitos sexuales" (sic), se incluyen entre las elecciones subjetivas para desafiar "la estructura social y la estructura de poder" pero, sorprendentemente, la acción colectiva organizada está excluida. Surge la sospecha de que dicha omisión se debe a la propia naturaleza organizada de la acción colectiva, que puede volverse violenta y expresar un grado demasiado alto de subjetividad, aun para que la manejen los nuevos criminólogos. En otras palabras, cuando se enfrentan actores socialmente vulnerables siempre es posible que los criminólogos atribuyan un grado de subjetividad a esos actores y que ofrezcan una interpretación de su conducta en forma de compasión, ya sea que los que adoptan esa conducta soliciten o reciban, en forma explícita, tal compasión. Esto es parte de la propensión de algunos criminólogos a estudiar a las comunidades marginadas con un celo

misionero y un paternalismo meloso que deriva de la filantropía tradicional. Estos criminólogos necesitan a sus objetos de estudio más de lo que éstos los necesitan a ellos y, ante fuertes expresiones de subjetividad, las atribuciones de subjetividad desde el exterior devienen totalmente inadecuadas. En última instancia, las únicas formas de acción política con las que los nuevos criminólogos parecen estar analíticamente "cómodos" son esas formas embrionarias de disenso social, o aun aquellos elementos "inconscientes", "prepolíticos", de contención que uno podría (*¡ingenuamente?*) leer en actos delictivos convencionales. En este caso, por lo menos, los criminólogos pueden cumplir su cometido revelando el significado "consciente" de esos actos, en tanto su función tiende a desaparecer cuando las conductas organizadas conscientemente prueban que, a veces, los actores no tienen nada que aprender de quienes los interpretan. Por lo tanto, los invitaría a todos ustedes a unirse al debate y a las actividades de la criminología pública mientras prestan atención a estas trampas ideológicas.

También se debe prestar atención a los nuevos desarrollos; por ejemplo, al surgimiento de la criminología "cultural", aunque parece que es poco lo que cambia con el aporte de esta "nueva" manera de considerar al delito. El delito se ubica en la vida cotidiana —un sitio de drama, tragedia y alegría— y se capta como un fenómeno holístico que incluye adrenalina, placer, pánico y entusiasmo, y también ira, rabia y humillación, es decir, desesperación. Otra vez, todo esto describe actos "transgresores" cuya naturaleza es prepolítica, en tanto corresponde a los

criminólogos detectar una subjetividad latente en los que actúan y un deseo de cambio social del que los actores "mudos" no son conscientes.

Tengo que expresar que, con excepción del movimiento antipsiquiátrico de la década de 1970 —formado por ciudadanos comunes, pacientes y sus familias, y académicos-activistas—, conozco sólo una escuela criminológica que puede afirmar que ha adoptado siempre una postura pública. Me refiero al abolicionismo, que está más cerca de la sociología pública que de la versión de criminología pública que recién discutí. La primera se concentra en actores colectivos y movimientos sociales, en tanto la última aborda principalmente a quienes formulan políticas, legisladores y medios de comunicación. Nils Christie habla con asesinos seriales y ex-oficiales de los campos de concentración. Thomas Mathiesen dedica el mismo tiempo a estudiantes y a reclusos. Louk Hulsman se involucra (se involucraba, lamentablemente) en experimentos prácticos, reuniéndose con litigantes en situaciones problemáticas, todos individuos que son protagonistas dentro del dominio de "delito y justicia" que monopolizan los expertos. La sociología que inspira el abolicionismo, en resumen, prioriza actores específicos y su acción colectiva, que puede producir el cambio desde abajo. De esta manera, el abolicionismo comparte las opiniones de Touraine, quien cree que al abordar los movimientos sociales, uno está forzado a tratar el pensamiento sociológico en su conjunto: la idea de movimiento social no describe parte de la realidad, sino que es un elemento de un modo específico de observar (o construir) la realidad

social. Conforme a esta percepción, el análisis sociológico debería organizarse menos en torno a las nociones de sociedad y sistema social, que en torno a la idea de movimiento social. Por lo tanto, en vez de analizar el sistema social como un sistema de normas y formas de organización, el énfasis se debe centrar en los conflictos estructurales de una sociedad dada. En este enfoque, los actores sociales están culturalmente orientados y comprometidos en conflictos estructurales. La sociología siempre ha intentado entender los deseos colectivos —por ejemplo, aquéllos expresados por los movimientos sociales— y es improbable que sobreviva como disciplina, salvo que continúe encarnando las ambiciones —que aparecen de manera constante— de individuos organizados en una acción colectiva. Pierre Bourdieu remarcó que no hay cambio significativo, ni siquiera una política significativa, sin movimientos capaces de imponerlos. Por ello es que el estudio de los procesos sociales y del cambio coincide con el de los movimientos sociales. Para formular la cuestión en otros términos: la sociología sobrevive mejor cuando se compromete con los asuntos públicos y cuando se convierte en crítica social. En este sentido, sin compromisos políticos y públicos, la sociología puede convertirse en un interés intelectual esotérico, elitista y excéntrico.

En la descripción de "criminología pública" que proporcioné precedentemente todavía hay resabios de algo esotérico y elitista en el hecho de que los expertos académicos parecen procurar la ayuda de expertos que trabajan en áreas adyacentes y, en tanto ruegan su benevolencia, tratan de mejorar las vidas de otros

—es decir, de actores no expertos—. Esta “petición de ser bueno”, dirigida a los responsables de formular políticas, exhibe aun otro elemento de lo que describo como criminología misionera y paternista, que está preparada para representar a los de abajo en tanto y en cuanto éstos permanezcan en esa condición. Este tipo de criminología se hace eco de la convocatoria de *clementia* que Séneca dirigió a Nerón, elevando a la clemencia (no a la justicia) como la virtud cardinal del gobernante. Séneca respaldó la autocracia como una forma de gobierno virtuosa y entendió a la clemencia —es decir, a la capacidad de otorgar misericordia o perdón— como la primera prerrogativa de los autócratas. Por el contrario, los abolicionistas parecen conscientes de que las personas en situación de desventaja tienen que hallar su propia manera de articular sus experiencias de injusticia y de expresar su necesidad de reconocimiento. Los académicos que actúan como meros “mediadores” entre las personas socialmente excluidas y las autoridades perpetúan el “mecanismo de dominación”, que se expresa mediante la expropiación de la palabra. Sin darse cuenta, tales mediadores pueden destruir la infraestructura comunicativa que constituye la base de la movilización cooperativa y de la generación de sentimientos de injusticia.

El abolicionismo no se dirige a los poderosos con “peticiones de ser buenos”, porque tales peticiones les darían un claro monopolio del poder de perdonar. A medida que este poder se solidifica, los actores en desventaja podrían acostumbrarse a interpretar sus actos como resultados exclusivos de sus decisiones individuales,

más que como resultado de condiciones sociales, colectivas. Hasta podrían acostumbrarse a la idea de que, en tanto se les perdone, se les requiera a ellos que perdonen a los grupos y a los mecanismos responsables de las condiciones en que viven. Conforme a lo que se denomina el “enfoque de capacidad”, centrado en lo que las personas son realmente capaces de hacer y de ser, cada individuo debe estar por encima de un umbral establecido que los hace funcionar auténticamente como seres humanos y ciudadanos. El abolicionismo lucha junto a los individuos que se sitúan por debajo de este umbral.

Por supuesto, no sugiero que estudiantes y profesores de criminología de América Latina deben volverse abolicionistas. Sólo digo que sería bueno si todos se comprometieran con el activismo intelectual, entendido como una forma de trabajo cultural comprometido con el conflicto social. Los activistas intelectuales no sienten miedo de la noción de conflicto, porque lo consideran un recurso precioso que debe ser nutrido y cuidado. De esta manera, se hacen eco de Georg Simmel, para quien el conflicto es una experiencia fundamental que lleva a la socialización. En lo que respecta al conocimiento, dichos activistas argumentan que no es sólo una cuestión de “ventanas de oportunidad” a través de las cuales el conocimiento se transmite a los grupos receptores. También está conformado por una cantidad de herramientas, experiencias y repertorios de acción que ayudan a las personas involucradas en el conflicto. La investigación-acción que defiende Thomas Mathiesen es un ejemplo: su compromiso con grupos de reclusos se orienta a producir conocimiento que

pueda ser útil en sus luchas por reformas —que, a su vez, se convierten en nuevo conocimiento—.

Una recomendación final: no tengan miedo, como los académicos radicales, de involucrarse en la “acción”, o de ser parte de un movimiento social. Los académicos conservadores y de las corrientes principales están bien conectados en una cadena de “acciones” y comprometidos en un movimiento social. En efecto, consideren la siguiente definición: un movimiento social consta de una red informal de grupos e individuos que intervienen

en un conflicto que produce una identidad colectiva y, a su vez, es producido por ella. Bien, ¿estamos seguros de que la investigación “científica” en sí es tan neutral, que no está involucrada en un movimiento social? Seguramente, la criminología convencional está constituida por una red informal de grupos e individuos que intervienen en un conflicto contra los que no tienen poder para perpetuar el *status quo* y la exacerbación de la injusticia social; un conflicto que produce una identidad específica, dominante, sectaria y colectiva, y que es producido por esa identidad.

Economía política y delito desde una perspectiva socialdemócrata⁽¹⁾



ROBERT REINER

Profesor emérito de criminología en London School of Economics and Political Sciences. Miembro del Departamento de Leyes y del Centro de Estudios de Criminología y Justicia Criminal Mannheim. Entre sus áreas de interés se encuentran la criminología y los medios de comunicación, la cultura y la justicia criminal, y las políticas sobre el crimen. Entre sus últimas publicaciones se destaca *Law and Order*, en donde desarrolla un análisis teórico del neoliberalismo y su impacto en el gobierno del “crimen”.

Estimado profesor, ¿podría contarnos cuáles son los temas de sus últimas publicaciones y qué se encuentra investigando en estos momentos?

En la mayor parte de mi carrera académica (que empezó en 1968) me especialicé en el estudio de políticas en relación con el crimen. Mi trabajo en políticas está resumido en las cuatro ediciones de *The Politics of the Police*,⁽²⁾ donde intenté proveer una síntesis de la investigación de políticas dentro de un encuadre de po-

líticas económicas. En los 90 codirigí un análisis histórico acerca de las representaciones de los medios de comunicación sobre el crimen y la justicia criminal desde la Segunda Guerra Mundial, y también he trabajado sobre los medios de comunicación y el crimen.⁽³⁾ En el comienzo del nuevo milenio mi interés se centró en las políticas económicas del crimen y la justicia criminal, enfocadas desde una perspectiva socialdemócrata. Mi primera y principal incursión en este tema fue en 1999,⁽⁴⁾ al año siguiente realicé otro artículo sobre la temática⁽⁵⁾ y, desde entonces,

(1) Entrevista realizada por Mariela A. Barresi.

(2) Publicado en 2011 por la Oxford University Press.

(3) Ver la reciente edición de *Oxford Handbook of Criminology* (2012).

(4) Ver “Order and Discipline”, en A. Gamble, I. Holliday y G. Parry (eds.), *Fundamentals in British Politics*, Londres, Macmillan, 1999.

(5) Tal como “Crime and Control in Britain”, en *Sociology*, nº 34, 1, 2000. En 2007 se publicó *Law and Order: An Honest Citizen's Guide to Crime and Control*, Polity, UK.

la mayoría de mis artículos han desarrollado este tema.⁽⁶⁾

Mis últimos planes de escritura son, principalmente, completar un libro con el concepto de crimen.⁽⁷⁾ Aparte de eso, estoy planeando un libro sobre la socialdemocracia, el crimen y la justicia criminal, basado en artículos escritos a lo largo de mi carrera.⁽⁸⁾

¿Cuáles han sido las perspectivas desde las que ha abordado estas temáticas?

Hay dos aspectos principales a tener en cuenta: las políticas económicas y la socialdemocracia. Por "política económica" me refiero al tipo de "perspectiva completamente social" elaborada por los

clásicos de los años 70 en criminología crítica: *The New Criminology* (1973) de Walton Taylor y Young's; y *Policing the Crisis*, de Stuart Hall et al. (1978).⁽⁹⁾ La política económica enfatiza la interdependencia de los procesos sociales, económicos, políticos y culturales a nivel macro, meso y micro. Constituye un enfoque holístico y abarca la complejidad dialéctica de las interacciones entre las estructuras macro y las acciones individuales. Como dijo Weber hace tiempo, la explicación debe ser por igual "abordada causalmente" y "abordada a nivel del significado". La comprensión (*Verstehen*) y el análisis estructural son complementarios, no contradictorios. Mi libro *Law and Order* busca, en particular, demostrar que la política económica da forma a los patrones del crimen y de las políticas sobre el crimen

(6) "Beyond Risk: A Lament for Social Democratic Criminology", en T. Newburn y P. Rock (eds.), *The Politics of Crime Control*, Oxford, Oxford University Press, 2006; "Criminology As A Vocation", en D. Downes, P. Rock, C. Chinkin y C. Gearty (eds.), *Crime, Social Control and Human Rights*, Willan Publishing, Cullompton, UK, 2007; "Crime and Penal Policy" (con T. Newburn), en *Blair's Britain*, 1997-2007, Ed. por A. Seldon, Cambridge: Cambridge University Press, 2007; "New Theories of Policing: A Social Democratic Critique", en T. Newburn, D. Downes y D. Hobbs (eds.), *The Eternal Recurrence of Crime and Control: Essays for Paul Rock* Oxford, Oxford University Press, 2010; "Political Economy and Criminology: The Return of the Repressed", en S. Hall y S. Winlow (eds.) *New Directions in Criminological Theory* London, Routledge, 2011; "The Law and Order Trap", en *Soundings: A Journal of Politics and Culture* 40, diciembre, 2008; "Citizenship, Crime, Criminalisation: Marshalling a Social Democratic Perspective", en *New Criminal Law Review* 13/2, 2010; "Political Economy, Crime and Criminal Justice: A Plea for a Social Democratic Perspective", en *Criminologisches*

Journal, 42/1 2010; "Casino Capital's Crimes: Political Economy, Crime and Criminal justice", en M. Maguire et al., *The Oxford Handbook of Criminology*, 4ta. ed., OUP, 2012; "What's Left? The Prospects for Social Democratic Criminology", en *Crime, Media, Culture*, 8 (2), 2012; "Policing and Social Democracy: Resuscitating a Lost Perspective", en *Journal of Police Studies "Tides and Currents in Police Theories"*, 2012. Estos artículos recientes en política económica (aparte de los últimos tres publicados en 2012).

(7) Este texto, que será publicado por Polity Press, desarrolla con mayor profundidad aquéllo que esbozaba el capítulo 2 de la obra *Law and Order*, antes citada.

(8) Estos textos fueron compilados en Newburn, Tim y Peay, Jill, *Policing: Politics, Culture and Control. Essays in Honour of Robert Reiner*, 2012.

(9) Para profundizar la interrelación entre política económica y criminología, ver "Casino Capital's Crimes", en *The Oxford Handbook of Criminology* (2012).

controlado, con un contraste mayor entre las socialdemocracias y el neoliberalismo. Esto atribuye la retórica dura y las prácticas enfocadas en el control del crimen —con la devastación económica, social y cultural labrada por el liberalismo que desplazó al keynesianismo post-Segunda Guerra Mundial y al Estado de Bienestar de la socialdemocracia, consensuada en las sociedades Occidentales— al crecimiento del crimen en los años 70 y tempranos 90, y al entrelazamiento del crecimiento de la política y de las políticas sobre “la ley y el orden”.

Por “**socialdemocracia**” me refiero a la perspectiva que prevaleció en los discursos políticos Occidentales y en las políticas económicas imperantes hasta los años 70, articulada filosóficamente de la manera más rigurosa por John Rawls.⁽¹⁰⁾ Rawls se vio a sí mismo más como un liberal igualitario que como un socialdemócrata, pero sus dos principios —la libertad igualitaria, en tanto sea la misma para los demás; y la igual distribución de los recursos para proteger los intereses de los sectores más desfavorecidos— son la quintaesencia de la declaración de los valores de la socialdemocracia. Y las rigurosas derivaciones de estos principios le brindan a la socialdemocracia argumentos poderosos en su defensa. Elaborando esto, sugerí nueve puntos sobre el tipo ideal de socialdemocracia:

- i) La primacía de la ética y la política, que es distinta del materialismo determinista de la mayoría de las versiones del marxismo;
- ii) La crítica al capitalismo, sobre todo a su tendencia a la inequidad, ines-

tabilidad y al individualismo egoísta, a la vez que se continúa reconociendo su poder productivo;

- iii) El evolucionismo o el gradualismo de la “*Fabian society*”, más que las repentinas transformaciones revolucionarias;
- iv) La simultaneidad entre “la igualdad” y “la democracia”, como ideales que se refuerzan mutuamente;
- v) Un optimismo tácito respecto del último logro de justicia social;
- vi) Un concepto multidimensional sobre justicia, en el que la inequidad de clase, pero también de género, etnidad, sexualidad, representan injusticias a abordar;
- vii) El Estado como necesario aunque un instrumento potencialmente peligroso de justicia, que se erige como contrapeso del poder del capital;
- viii) La ciencia —física y social— es necesaria para desarrollar y probar el significado del progreso;
- ix) Una perspectiva moderna para fomentar una esperanza extendida en la era moderna, transformando los valores milenarios y las aspiraciones en factibles metas políticas.

Esta perspectiva también está representada por T. H. Marshall en el análisis histórico que propone en *Citizenship and Social Class* (1950), que muestra que el logro de una plena ciudadanía democrática requiere no sólo derechos civiles y políticos, sino también una inclusión socio-económica. Lo que he tratado de demostrar en mis trabajos es que la histórica expansión de la ciudadanía marshalliana fue acompañada por una declinación a largo plazo del crimen y el desorden violento, y por una más humana y clara justicia criminal. Ninguna de estas tendencias estaba cerca de haberse completado

.....

(10) Ver *Theory of Justice* (1971).

cuando fueron obligadas a dar marcha atrás por el cimbronazo que significó el neoliberalismo producido en la década del 70. Pero apuntaron a un potencial de progreso que ha sido suprimido.

En este contexto, ¿cuáles considera que son los desafíos a corto y largo plazo?

Analíticamente, pienso que hay algunos desafíos claves en el desarrollo de la perspectiva que he encarado. Pese a las páginas que han sido escritas sobre ello, las causas fundamentales del desplazamiento de la socialdemocracia por el neoliberalismo necesitan un análisis superior. La mayoría de los análisis tienden a ser descriptivos, adulterios o críticos, pero no abordan el proceso causal.

Pienso que una segunda pieza sin resolver, a pesar de que se ha escrito mucho sobre ello en los Estados Unidos, es la explicación de la caída del mundo occidental en el crimen desde mediados de los años 90. Pienso que éste es el principal desafío para una política económica, porque no parece haber sido explicado ya que los recursos socioeconómicos obvios del crimen no han sido abordados. Pienso que el problema puede encontrar respuestas dentro de una perspectiva de políticas económicas, pero no ha sido abordado de esa manera hasta ahora (ni tampoco a través de otras perspectivas).

Desde una visión más política, el problema es cómo abordar el hecho de que políticas neoliberales (incluyendo las leyes y el orden público como respuesta al crimen) todavía se sostengan en la práctica

y en el imaginario colectivo, a pesar de la aparente desacreditación que han ganado debido a la crisis económica iniciada en 2007/8. Los medios masivos de comunicación (dominados por corporaciones neoliberales) son, claramente, una parte importante de esto, pero no son suficientes por sí mismos como explicación.

¿Podría acercarnos algunas recomendaciones para profesores, investigadores y estudiantes que estén interesados en estas temáticas?

¿Qué investigaciones o temáticas consideraría interesante en el contexto latinoamericano?

Lamentablemente, no tengo mucho conocimiento sobre el contexto en Latinoamérica como para ofrecer importantes recomendaciones sobre investigaciones. Sospecho que el problema que presenta la explicación de tendencias históricas es bastante diferente. En pocas palabras, el problema en el estudio de los países occidentales es cómo explicar (y quizás con ello revertir) una trayectoria de progreso hacia un sistema más humano y más justo de la economía política y la justicia penal a otro más inseguro y desigual.

Con algunas excepciones (como, por ejemplo, el mandato de Allende en Chile), la socialdemocracia nunca ha tenido demasiado asiento en América Latina, en lo que a mi concierne. Entonces, el paso es mayoritariamente de una variedad de autoritarismos al neoliberalismo, puntulado por las versiones más revolucionarias del socialismo (notablemente, por supuesto, en Cuba). Una recomendación, pero quizás innecesaria, es desarrollar

el estilo de políticas económicas y la sociología cultural del crimen y la justicia criminal, representada en Gran Bretaña y Estados Unidos por los trabajos que han realizado David Garland, Jock Young, John Lea, Loic Waquant, Jonathan Simon, Nicola Lacey, Ian Loader y otros.

Por otra parte, para identificar estos conflictos y estudiar sus tendencias locales e internacionales, es necesario brindar a los estudiantes herramientas teóricas a fin de que se encuentren en condiciones de comprender y profundizar estos cambios. ¿Podría brindarnos algunas recomendaciones para alumnos y profesores en relación al diseño de los programas de criminología?

De nuevo, lamento no tener mucho para decir sobre este tema, en particular porque no sé qué es lo que se está haciendo al respecto en este momento. Pero un punto sobre el que pondría el acento, implícito en lo que he dicho acerca de políticas económicas, es que existen peligros en el desarrollo de la criminología como una disciplina autónoma (me gustaría ver un próspero estudio e investigación sobre

esto). La criminología es, como famosamente lo ha remarcado mi colega David Downes, una disciplina "rendez-vous" ("encuentro"). Es la aplicación a una materia específica de ideas y perspectivas y metodologías desde una variedad de disciplinas más generales: la sociología, la política, la economía, la abogacía, estudios culturales, historia, psicología y más (todas las facetas originales desde la perspectiva de la política económica). Entonces, un programa de estudios en criminología, debería tener por lo menos una base en alguna de estas disciplinas. Aunque mi título sea el de Profesor Emérito en Criminología, el mismo que tiene la mayoría de los de mi generación, no tengo ninguna calificación formal en criminología. Mi título de grado es en Economía, y tengo un posgrado en Sociología y Leyes. Yo estudié criminología sólo como una (pequeña) opción entre estos cursos. A pesar de estar encantado con la subsecuente proliferación y éxito en los títulos de criminología alrededor del mundo, la sugerencia clave que yo haría es la de mantener vivo, dentro de lo posible, el estudio de ciencias sociales y humanitarias más amplias. Para parafrasear a Durkheim sobre el contrato, "todo lo que está en el crimen no es criminológico".

Delitos económicos e investigación estatal: herramientas y desafíos



ALEJANDRA GILS CARBÓ

Procuradora General de la Nación

Experta en Protección de Datos Personales, autora de diversas publicaciones en esa materia, así como de derecho concursal, societario. Docente de grado y posgrado. Conferencista en nuestro país y en el exterior.

¿Considera que existe algún tipo de relación entre la crisis económica mundial y la regulación de los delitos económicos por parte de los Estados nacionales?

Sin duda la crisis económica tiene alguna participación, cuando nosotros vemos cómo ha crecido en los últimos veinte años la comunidad ilegítima de los paraísos fiscales —centenares de éstos mueven billones de dólares— que, en realidad, son centros dedicados a producir herramientas jurídicas y contables para ocultar la identidad de personas, los beneficiarios de los negocios, y los autores de delitos. Sin duda no puede ser que esto, que ha crecido de manera fenomenal, no tenga algún lugar en esta crisis financiera internacional a nivel global.

Frente a este escenario, ¿qué rol deberían jugar las facultades de derecho? ¿Qué podrían proponer para modificar las políticas públicas a fin de regular los delitos económicos (Régimen Penal Tributario, Derecho Penal Aduanero, Régimen Penal Cambiario)?

No sé si las facultades del derecho serían las entidades más operativas para producir este tipo de cambios, pero sin duda la enseñanza del derecho debería alertar sobre el tema. En general, todo lo relativo al funcionamiento de los paraísos fiscales, donde circula gran parte del producto bruto mundial y se realizan toda clase de negocios, no suele ser motivo de análisis en las universidades. Los libros especializados en temas societarios se refieren a una porción legítima de la economía, pasando por alto la importantísima funcionalidad que tienen todas estas herramientas que son las que se utilizan a la hora de no pagar los impuestos, no pagar la división de la sociedad

(1) Entrevista y desgrabación realizada por Cesar Guaragna, sobre preguntas elaboradas por él mismo y Christian Sueiro.

conyugal, no pagarle a los trabajadores. Verdaderamente, es un sistema armado para que haya un grupo, una élite, que pueda evadir gran parte de las leyes en temas patrimoniales.

¿Deberían modificarse los programas de la enseñanza del derecho para que se adecuen a este contexto y puedan suplir las ausencias?

Es algo que debe desarrollarse con profundidad a lo largo del tiempo. Además, en materia de criminalidad económica, puede influir la cátedra, si el docente que está enseñando utiliza en su estudio estos instrumentos en beneficio de su cliente —situación que se observa frecuentemente en los tribunales: cómo en procesos patrimoniales aparecen mágicamente sociedades constituidas en Bahamas, en las Islas Vírgenes Británicas, que desembarcan supuestamente en nuestro país para adquirir todas las acciones de un aumento de capital dejando a quien tenía el 50% accionario con el 1%—. Del mismo modo, estas figuras son especialmente funcionales para encubrir delitos de evasión tributaria, lavado de dinero y para eludir toda clase de responsabilidades ante terceros —desde daños y perjuicios hasta temas familiares patrimoniales—. Todo esto demuestra la importancia de trabajar en la formación. Modificar el programa de estudios podría ser una señal de que alguien tiene que hablar de estos temas, ya que parece que voluntariamente no sucede. Es un camino arduo. Considero que en la instancia de elecciones de titulares de cátedra debería considerarse a aquellos profesores que estén libres de conflictos de intereses, ya que estos intereses claramente se manifiestan en la im-

posición de líneas dentro de las cátedras que ocultan deliberadamente información relevante a los estudiantes.

¿Qué herramientas deberían brindar las facultades de derecho a los abogados que en el futuro integren la función pública a los fines de adecuarse a la persecución de este tipo de delitos?

La verdad, no sé si se hará desde las facultades de derecho, pero el curso que hace Bernardo Kliksberg para egresados de Ciencias Económicas debería llevarse a las facultades de derecho porque tiene de proporcionar otra visión que es disidente con el discurso único que venimos escuchando hace décadas, y que omite todos estos temas relevantes. Y cuánto más relevantes son cuando se trata de un profesional que está en la función pública, que justamente se encarga de vigilar estos mecanismos que corroen el sistema jurídico que tienen como fin no cumplir las leyes de una manera generalizada.

La interdisciplinariedad de los saberes del derecho comercial/empresarial/financiero/tributario con el derecho penal podría facilitar el conocimiento de la problemática de la criminalidad económica y así perfeccionar el diseño de las políticas públicas a fin de acrecentar su efectividad. Ahora bien, el acento en la efectividad aludida, ¿sería en el ámbito de la administración pública o en el sistema penal?

Decididamente debe ser más efectivo el campo administrativo, porque cuando el

conflicto llega al sistema penal ya es tarde: el daño se produjo y es casi imposible revertirlo. Entonces se busca al autor, que además tiene muchísimo dinero para pagar abogados especializados, y en la mayoría de los casos estos procesos luego prescriben. Carece de utilidad. Lo esencial es el control estatal, la prevención, la eficacia de los organismos de control. Por otro lado, no deja de ser importante la realización de las denuncias penales pertinentes para que aquellos casos en los que los funcionarios públicos estén obligados a denunciar los hechos del que tengan conocimiento en ejercicio de sus funciones no queden sólo en la órbita administrativa, ya que no se superponen los ámbitos administrativos y penales.

¿Deberían realizarse en el corto plazo modificaciones legislativas con el fin de equilibrar el sistema penal que, estructuralmente, por un lado criminaliza a los sectores más vulnerables y, por el otro, desvía el foco de atención para los denominados delitos de cuello blanco?

Puede ser que haya que modificar las leves penas que ocasionan prescripciones breves en materia de criminalidad económica, pero creo que el principal cambio debe venir de parte de los propios operadores judiciales. En vez de centralizar los esfuerzos en casos sencillos con culpables fáciles y con escasos recursos para defenderse en delitos que no pasan de la esfera individual, deberían enfocarse más en los delitos económicos, que producen un daño expansivo y atacan los pilares del sistema económico y financiero. La investigación de los grandes fraudes requiere

esfuerzo y compromiso porque hay que conocerlos, entenderlos, especializarse. También hay que capacitarse, ya que en este ámbito hay escasa capacitación de los operadores judiciales. Por eso nosotros estamos trabajando en un proyecto de un nuevo plan de capacitación para funcionarios y magistrados del Ministerio Público Fiscal relacionado con estos desafíos del siglo XXI. Pero insisto, parte de la voluntad, de la decisión individual de los operadores de comprometerse en darse cuenta de que las cifras de la criminalidad económica son astronómicas, compradas con las cifras de los robos callejeros que son los perseguidos con más ahínco.

Es notorio su interés en relación a estos temas con la creación de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) y la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR). Ahora bien, a pesar de designar fiscales especializados en esta materia, en el actual régimen procesal penal, la dirección de la investigación continúa en cabeza de los jueces.

Sin duda resulta necesario la aplicación del sistema acusatorio que divide la función de investigar de la función de juzgar, poniendo a cargo del Ministerio Público Fiscal la investigación. Esta división de funciones no sólo es la más eficiente a los fines de la pesquisa, sino que también es la más transparente en función de las garantías constitucionales. Quien juzga no debe ser quien investiga; quien juzga, si además colecta las pruebas que sustentarán la acusación, está anticipan-

do un criterio. Esta función debe estar dividida y así lo está en las legislaciones de avanzada.

En el país, en una sola oportunidad se logró condenar por el delito de lavado de activos, lo que demuestra la ineeficacia del sistema judicial en materia penal para la persecución y sanción de este tipo de conductas ilícitas.

Hay ineeficacia y hay fuertes *lobbies*, que defienden grandes intereses, con mecanismos aceitados a través de organizaciones informales —fundaciones, cátedras, encuentros académicos— donde se forjan definiciones favorables al lavado

de dinero. Es decir, algo que claramente es lavado de dinero dicen que no lo es. Entonces, se escriben muchos artículos jurídicos que, posteriormente, son aplicados por los secretarios y los jueces que redactan las resoluciones sin advertir que el autor está enredado en un conflicto de intereses. El lavado de dinero es un delito donde no hay un afectado, sino millones, y es la punta de la madeja de gran parte de la criminalidad económica. Otro aspecto que contribuye a una débil persecución es que está ausente el acicate de la víctima en el proceso, aunque el daño que se produce es difuso, generalizado y muy grave. Por eso es importante la intervención de la UIF como querellante para guiar la investigación.

Delitos Económicos y Globalización



MARCO A. TERRAGNI

Doctor en Derecho por las Universidades: Nacional del Litoral, de Buenos Aires y Complutense de Madrid. (España). Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor de la Universidad de Belgrano y de la Universidad de Mendoza. Profesor *Honoris Causa* de la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Profesor de los cursos de posgrado de la Universidad del Azuay, Cuenca (Ecuador).

¿Considera usted que existe algún tipo de relación entre la crisis económica mundial y la regulación de los delitos económicos por parte de los Estados nacionales?

No hay duda que los cambios que se van produciendo en las relaciones humanas determinan la necesidad de adecuar la legislación penal a las nuevas circunstancias. Esto incluye a la crisis económica que están atravesando diversos países.

Sin embargo —y como en todos los aspectos— el derecho penal tiene en cuenta aspectos objetivos y aspectos subjetivos.

Entre los primeros, el grado de ilicitud está dado por la manera en que las conductas —tanto individuales como colectivas— afectan al prójimo. La palabra crisis significa, entre otras acepciones, situación difícil o complicada, pero también representa una mutación importante. Por lo tanto, no es necesariamente dramática una crisis, pues puede ser el momento inicial de un cambio favorable. De todas maneras, siempre se manifiestan nuevos intereses que son necesarios proteger, aunque constituiría una rareza —dada la superabundancia de normas penales que se encuentran en los espacios nacionales e internacionales— que no esté previsto ya ese resguardo.

Es en el terreno subjetivo donde crece la maleza de la criminalidad ligada a las dificultades económicas a las que alude la pregunta, pues son innumerables los sujetos que ven la oportunidad de aprovechar la crisis para obtener un rédito económico ilícito. De allí que más que añadir regulaciones a las existentes, lo que los Estados deben hacer es aceitar los mecanismos defensivos para afrontar con alguna perspectiva de éxito ese fenómeno.

¿Las distintas concepciones filosóficas y políticas a las que han adherido los Estados a lo largo de la historia influyen en la regulación jurídica de los delitos económicos? Ejemplo: La Unión Soviética, República Popular

China, Unión Europea, Estados Unidos de América

Sin duda que es así. La postura filosófica predominante determina la línea política. Pero todo se reduce al enfrentamiento de dos corrientes básicas: el liberalismo y el autoritarismo. En la Unión Europea y en los Estados Unidos de América predomina el primero, aunque tengo algunas reservas sobre la orientación norteamericana que, por razones de extensión no desarrollaré ahora. En la Unión Soviética y en la República Popular China (ésta en su etapa de "comunismo puro") prima la segunda corriente. Por lo tanto, la regulación jurídica de los delitos económicos varía según se entienda que deben predominar los intereses del individuo o los del Estado. De todas maneras, si se hiciese un análisis comparativo, por menorizado, de la normativa y —sobre todo— de la realidad represiva, quizás, no aparecerían muchas diferencias, salvo en la extensión inadmisible que se le dio a las medidas de seguridad en los Estados autoritarios nombrados.

¿Qué opinión le merece la actual regulación de los delitos económicos (Régimen Penal Tributario, Derecho Penal Aduanero, Régimen Penal Cambiario) en la República Argentina?

Resumir en pocas palabras una opinión sobre temas tan complejos es imposible. Me limitaré a decir que lo que merece una crítica desfavorable es la técnica legislativa empleada para diseñar esos regímenes. Nuestra Constitución declara que la Nación Argentina adopta para su gobierno el sistema republicano. En la materia que estoy tratando, eso significa

que cualquier ciudadano tiene el derecho de exigir que las leyes sean simples y claras de manera tal que una inteligencia media permita captar lo que está permitido y lo que está prohibido.

Esto no ocurre con los sistemas normativos a los que alude la pregunta. Es cierto que las materias que se regulan son complejas, pero lo menos que se puede exigir es que haya armonía y no se incurra en contradicciones.

¿Considera apropiado que los delitos económicos se encuentren contemplados en leyes complementarias con un régimen especial o deberían estar concordados al Código Penal de la Nación y alcanzados por sus normas generales?

Creo que toda la normativa penal argentina debe ser objeto de una revisión integral. Sobre el tema de la reforma penal tengo mis propias ideas que sería largo exponer aquí, pero respondiendo concretamente a las preguntas opino que al Código Penal se le deberían incorporar —si se quiere como Libro Tercero— las actuales las leyes penales especiales e incluso agregar reglas de Derecho Penal Administrativo, pues el problema radica —como siempre— en las consecuencias: no debe seguir girando todo en torno de la pena de prisión.

¿Qué reformas político criminales en nuestra legislación creería viables de instaurar en el corto plazo y cuáles podrían proponerse como hipótesis de máxima en el largo plazo?

En el corto plazo reforzaría el sistema contravencional, tanto en el orden de los Es-

tados locales (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) como el nacional; con las necesarias reformas tanto legales como operativas.

Alentaría, además, el refuerzo de los mecanismos de control social informal. Seguiría las pautas que se pusieron en práctica en Nicaragua y se extendieron a otros países de Centroamérica.

En el largo plazo haría una reforma integral del sistema penal, para hacerlo más sencillo y apto. Empezaría por abrir el espectro de las sanciones penales y por buscar los mecanismos para que se apliquen.

¿Qué críticas criminológicas podría efectuarle a nuestra legislación en materia de delitos económicos y a nuestro sistema de administración de justicia?

Las críticas desfavorables respecto de la legislación están implícitas en las respuestas a las preguntas anteriores. Por otro lado, en relación al sistema de administración de justicia pienso que, en general, quienes la llevan a cabo hacen todo lo que pueden utilizando los medios de los que disponen. Para conseguir mejores resultados se le deben aportar mayores recursos económicos y una organización eficiente.



Organización Judicial

En ocasiones las cuestiones de organización judicial tienden a enfocarse en la estructura de los tribunales, en los órganos estrictamente jurisdiccionales, es decir, en equéllos que deciden las cuestiones sometidas a su conocimiento por las partes. Sin embargo, la administración de justicia penal gira alrededor de un abanico de instituciones que, a su vez, cumplen diferentes funciones. De forma preponderante, aparecen instituciones como el servicio de la defensa pública y la acusación pública o fiscal.

La función que desempeñan estas instituciones consiste en oponerse a las pretensiones de la contraparte o, en última instancia, decidir entre ellas desde una posición de tercero ajeno al conflicto. En consecuencia, los diversos principios que guían los fines de esas instituciones deberían determinar que su estructuración y organización no sea un mero reflejo de la de "los tribunales". Sin embargo, la tradición cultural inquisitiva, que desde hace siglos moldea el perfil de las instituciones encargadas de administrar justicia ha determinado la configuración de la acusación pública y del servicio de defensa oficial a imagen y semejanza de la organización de los jueces. De allí que tengamos edificios anquilosados, cuyos pasillos tienen una proverbial potencia para que la organización y funciones de jueces, fiscales y defensores se encuentren confundidas, sin poder responder eficientemente a la función que a cada uno de ellos les ha sido encomendada.

Los aportes de la presente sección proponen desandar el camino de la organización judicial. Por un lado, se presenta un modelo de organización de fiscales para la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, que no sólo da cuenta de los principios acordes a sus funciones específicas (investigación y acusación), sino que, también, rescata las particularidades de la criminalidad del lugar; resaltando las decisiones de carácter político que implica toda decisión de organización judicial.

Por otro lado, también, se presenta una proposición sobre los principios a tener en cuenta al momento de diseñar un servicio de defensa pública, acorde con las necesidades de garantizar asistencia jurídica gratuita y de calidad para aquellos que así lo necesiten.

Esperamos que ambos trabajos constituyan una oportunidad para repensar los actuales modelos organizacionales de esas dos instituciones, que —junto con los jueces— conforman el sistema de administración de justicia penal.

Como en anteriores oportunidades, es destacable el acervo de conocimientos forjados en las provincias a lo largo de los ya avanzados procesos de reformas, base que no podría desconocer cualquier iniciativa al respecto.

*Santiago Martínez, Diego García Yomha,
Juan Pablo Iriarte y Nahuel Martín Perligner
Colaboradores Sección de Organización Judicial*

Diseño organizacional para la Fiscalía Regional 2da. de la provincia de Santa Fe

por JORGE C. BACLINI⁽¹⁾

I | Introducción

La provincia de Santa Fe tenía y, aún hoy tiene, un Código Procesal Penal de corte inquisitivo atenuado por diversas reformas, el cual fue puesto en jaque por distintos fallos que dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por consiguiente, luego de varias discusiones se dictó un código de procedimientos de tinte acusatorio en el año 2007 y en los años siguientes se pronunciaron las leyes complementarias de Tribunales Penales, del Servicio Público de la Defensa, del Ministerio Público de la Acusación (MPA) y de la transición.

El MPA integra el poder judicial, pero como un **órgano independiente**, contando con **autarquía financiera y autonomía funcional**. En función a esta última regla se disponen pautas generales de funcionamiento, pero no se dispone la organización, ya que la misma debe ser propuesta por las personas que ejerzan los cargos de Fiscales Regionales, uno por cada una de las cinco circunscripciones que tiene la provincia, y el Fiscal General.

.....

(1) Doctor en Derecho (UNR), Especialista en Derecho Penal (UNR) y Abogado Especializado para la Magistratura (UCA). Docente de Derecho Penal I y de posgrado (UNR). Ex Juez de Instrucción de la ciudad de Rosario. Actual Fiscal Regional de la provincia de Santa Fe. Autor de numerosos libros y artículos en materia penal y procesal penal.

En función a ello, en el presente documento se detallan los lineamientos básicos utilizados para formular la propuesta organizativa, un análisis de la problemática específica y finalmente un esbozo de la organización propuesta para la 2da. Circunscripción Judicial, la cual aún no ha sido aprobada.

2 | Pautas generales para la organización

2.1 | Eficacia, eficiencia y efectividad

Los conflictos penales que se van a presentar van a ser variados en cantidad y calidad. Por lo que es necesario tener en cuenta que el diseño debe procurar resolver la **mayor cantidad** de conflictos en el **menor tiempo** posible, observando la **calidad de las salidas** que se aplican. Es importante resaltar que, en absoluto, estas premisas entran en colisión con el respeto a las garantías y a los derechos humanos de todos los involucrados.

Para ello es necesario que el sistema se encuentre preparado para distribuir los casos conforme a la pauta política de persecución que se fije discriminando delitos graves, medianos y leves.⁽²⁾ Bajo tal categorización, desde el inicio es menester que se identifique en qué supuestos la **pena**, en especial la privativa de la libertad, es la respuesta adecuada, ya sea a través de **juicio oral o abreviado**, cuándo operan las **salidas alternativas como suspensión del procedimiento a prueba o mediación** y cuándo las **facultades discrecionales** como el **archivo, la desestimación y los criterios de oportunidad**.⁽³⁾

(2) LEDEZMA, ROSALY y AYALA, ISRAEL, "El Ministerio Público en América Latina: diagnóstico, desafíos y aspectos de gestión", en *Ministerios Públicos en América latina*, Bolivia, CEJA/Fodm, 2011, p. 15. Ambos autores destacan que no caben dudas que, para el éxito de las reformas, las facultades de selección de casos con las que se dota al Ministerio Público adquieren un profundo sentido estratégico. El Ministerio Público se convierte en una entidad que debe pensar estratégicamente qué casos prioriza y qué casos no, qué puede ir a la vía de una salida alternativa, qué es importante que llegue a juicio, qué es una decisión de calidad, en qué casos hay que privilegiar la situación de la víctima, y esto obliga a los Ministerios Públicos a pensar en su rol en la configuración de la política de persecución penal.

(3) En esta inteligencia, destaca ROXIN, CLAUS, *Problemas actuales de la política criminal*, conferencia dictada en México el 04/09/2000, que "...las penas rigurosas —sobre todo las privativas de la libertad— son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son

Tal previsión brinda respuestas al conflicto conforme a su entidad y al interés público y el de los involucrados, en tiempos razonables, propende a la reducción de la prisión preventiva y de las denominadas penas procesales, resultando que favorece la descongestión y permite el uso de recursos para la preparación de casos de mayor gravedad.

2.2 | Política respecto a la víctima

La víctima va a la fiscalía por un conflicto. Es necesario que el fiscal sepa comprender esto, para actuar de manera tal de poder resolver ese conflicto y no agravarlo. En otras palabras, el fiscal tiene que dejar de tener como meta la visión tradicional de la evaluación numérica de su trabajo en vistas de un abstracto interés público, como defensores a ultranza de la sociedad y de la legalidad, empezando a observar la **viabilidad de salidas alternativas que brinden respuesta de mejor calidad a ese conflicto y en menor tiempo**, lo que en la práctica diaria sería desplazar al trámite y a la burocracia por los resultados, teniendo en cuenta a las personas.

Ello implica que para la aplicación de las distintas salidas alternativas a la pena que propone el sistema es necesaria la incorporación de las víctimas como protagonistas en la resolución del conflicto penal.⁽⁴⁾ En numerosas ocasiones el conflicto, entendido como controversia de dos personas, puede solucionarse o bien se puede evitar su reiteración integrando a la víctima en la resolución, sobre todo, a través de la mediación, en otros casos, con la imposición de condiciones u obligaciones para el imputado.

Efectivamente, es necesario que los fiscales conozcan el interés de la víctima, observando que no en todos los casos a ésta le interesa la pena. En numerosas ocasiones la reparación del daño, la disculpa o la conciliación de intereses opera como respuesta de mejor calidad, resultando que la pena podrá deparar en la agravación del conflicto o en la imposibilidad de su solución.

.....
un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante...”.

(4) Señala BINDER, ALBERTO, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Bs. As., Ad Hoc, 2012, p. 167 que “El fiscal debe defender el interés de la víctima y para ello debe saber con claridad cuál es ese interés”.

Por otra lado, es importante fijar una política para la atención de las **víctimas**, con el objetivo de que no sea el buen o mal trato del fiscal el que fije la forma de atención, sino que se encuentre **estandarizado con criterios mínimos**, previendo la forma de actuar ya desde la recepción de la denuncia, evitando la repetición de convocatorias, de atención por diferentes personas, y disponiendo un adecuado sistema de contención integral que contemple no sólo la atención médica y psíquica, sino también la protección ante amenazas e intimidaciones. Además del trato digno y respetuoso que se le debe dar a la víctima, el fiscal debe tener en cuenta que para tener posibilidades en un juicio oral es necesario que la víctima este contenida. Para ello, tanto la capacitación específica como un diseño organizacional receptivo constituyen en pilares básicos.

2.3 | Descentralización de la fiscalía

Hay dos modelos de fiscalía: centralizado y descentralizado. El primero normalmente implica que el edificio donde funciona la fiscalía se encuentra en el mismo lugar donde funcionan los tribunales o en un lugar cercano, lo que hace que no se pierda mucho tiempo en el traslado de los fiscales para intervenir en las audiencias. Es decir, la virtud de este modelo es el mayor aprovechamiento del tiempo de los fiscales. Sin embargo, al encontrarse la fiscalía en un único edificio se dificulta el acceso de las víctimas y testigos, porque son éstos los que deben trasladarse hasta el lugar donde funciona la fiscalía, en muchos casos los involucrados no disponen de los recursos para hacerlo o les significa una pérdida de tiempo, llegando, en ocasiones, generales inconvenientes en sus relaciones laborales dada la falta de tiempo. El modelo centralizado, además, fomenta la intervención de la policía, porque las víctimas y los testigos van a denunciar a las comisarías, que sí están distribuidas territorialmente.

Las objeciones anunciadas, junto con la idea de priorizar a la víctima para facilitar el acceso a la justicia y la tutela efectiva de sus derechos demuestra que es necesario, al menos en ciudades de grandes dimensiones y de gran densidad de población, que se disponga un **modelo descentralizado** donde se prevean los medios de traslado de los fiscales a los tribunales para las audiencias, reduciendo a la mínima expresión las pérdidas de tiempo y favoreciendo el conocimiento del fiscal sobre su zona y la relación territorial con la comunidad y con la policía.

2.4 | Desformalización de la investigación

Para verificar, el fiscal debe investigar si cuenta con la evidencia necesaria y suficiente para acusar y, en su caso, litigar en un juicio oral. Bajo esta visión la investigación tiene que ser rápida, ágil y dinámica sin demasiadas formalidades, en tanto el objetivo central es producir prueba en el debate para obtener una sentencia favorable. El uso del expediente genera burocracia, las formalidades a su vez fomentan nulidades y, en general, provocan demoras que dificultan el recuerdo del hecho por los testigos.

La desformalización tiene como meta la celeridad y el respeto de las reglas de la oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, por lo que emerge como indispensable que la **investigación no tenga mayores ritos**, para lo cual hay que **eliminar el expediente** como fuente de recopilación de datos, con lo que se lograría la reducción en el uso del papel, se evitaría la delegación de funciones, además permitiría que la prueba se produzca en el juicio oral donde hay mayor control por parte de la defensa y el público.

En reemplazo del expediente sería bueno disponer que los actos de la investigación no tengan mayores formalidades, salvo aquéllas que surjan en virtud de la necesidad de los actos definitivos e irreproducibles y los anticipos jurisdiccionales de prueba, logrando que su acopio se realice en un simple legajo que no llegue a manos de los jueces.

2.5 | Oralización de todas las audiencias

Lo anteriormente propuesto va de la mano con la previsión de que **todo debe ser resuelto en audiencias orales**. Como la presencia del fiscal es funcional, ya que debe asistir al menos un fiscal a la audiencia, para **aprovechar las economías en escala se prevé que a las audiencias comunes pueda concurrir cualquier fiscal**, debiendo elaborarse un memo que contenga la pretensión que deberá postular el fiscal en la audiencia conjuntamente con los fundamentos.

2.6 | Flexibilidad organizacional

La construcción del **diseño** de la fiscalía debe ser **flexible**, es decir, debe permitir su **modificación de acuerdo a las necesidades de la demanda de casos** que ingresen al sistema y a la **pauta política de persecución dispuesta**.

Por lo tanto, es saludable que las leyes no dispongan una estructura fija, porque ello puede no ser funcional a la política de persecución que se presente, la cual debe estar dada en relación a la priorización de casos y, a su vez, no responder a los desbalances de trabajo, ya que no tiene en cuenta las sobrecargas y los tiempos muertos.

Es importante señalar que no hay que replicar el sistema de administración de justicia previsto para los jueces, por lo que es innecesario establecer que por cada juez exista un fiscal, aunque es importante destacar que de acuerdo a la nueva legislación, Santa Fe abandonará el sistema de juzgados por el de Colegio de Jueces.

2.7 | Distribución del trabajo por flujo

El trabajo debe ser **distribuido al interior de la fiscalía por flujo**, porque ello es más efectivo en términos de aprovechamiento de **economías en escala y especialidad funcional y temática**. De esta forma, contando con una adecuada **política de persecución** se permitirá a los operadores del sistema **clasificar los casos** ya desde el momento de su **ingreso** para facilitar la distribución de todo el flujo común a la misma unidad o sección. Esto fomenta la especialidad de los fiscales y la igualdad de respuestas, mejorando los estándares y potenciando el **trabajo en equipo**.

Ciertamente, se deben evitar picos pronunciados de ascenso y descenso de trabajo, para lo que es necesario disponer los recursos humanos conforme a la dimensión del flujo de trabajo, buscando un equilibrio con cargas de trabajo manejables.

2.8 | Rendición de cuentas

La rendición de cuentas de la gestión comprende la actuación en la persecución penal y sus resultados y lo pertinente a la asignación de recursos, poniendo a la luz pública la actuación para generar un control interno y externo.

El Ministerio Público tiene que **proyectar y publicitar una política de persecución**, verificar la capacidad, calidad y cantidad de respuestas, porque debe **rendir cuentas anualmente** de sus resultados. Naturalmen-

te, que dado lo variable y dinámico de la sociedad y su conflictividad este proyecto no deberá ser estático o fijo, sino que deberá rotar de acuerdo a las modificaciones sociales, con lo que no sólo podrá, sino que deberá, ser **testeado** en forma permanente para revisar sus premisas y en su caso alterarlas.

La información debe permitir el **control externo**, pero también **interno** en pos de propender a la identificación de problemas, al logro de soluciones, al mejoramiento permanente y continuo de la actuación, como a la planificación y replanificación del trabajo de la acusación tanto global como individual y, también, a una evaluación y los incentivos personales.

Esto nada tiene que ver con el mero control formal, sino con uno pormenorizado y amplio, que permita un testeo y evaluación permanente del cumplimiento de los objetivos propuestos en la eficiencia y eficacia de la persecución penal y en la distribución y utilización de recursos asignados, cuyo objetivo final será la implementación de modificaciones y reformas.

2.9 | Coordinación con otras instituciones

La independencia y la autonomía, en absoluto, deben ser valoradas como aislamiento institucional. Para el correcto funcionamiento es necesario que la fiscalía establezca vínculos y se relacione con otras instituciones, disponiendo de una política común, detallada en instructivos.

Al interior del sistema penal debe existir coordinación para la generación de las audiencias con el Colegio de Jueces, con la defensoría pública y con el Colegio de Abogados, procurando lograr reglas de funcionamiento que potencien la viabilidad y efectividad de las decisiones que se adopten.

Externamente, la vinculación debe considerar varios aspectos. Uno de ellos es la relación con organizaciones públicas y privadas que manejen información, que podrá ser necesaria para el desarrollo de las investigaciones penales más exitosas, por lo que habrá que celebrar convenios a tal efecto. El otro aspecto a considerar es el que hace a la coordinación con los órganos estatales del poder, en especial, el ejecutivo, puesto que de éste depende la policía de seguridad, que cuando cumple funciones judiciales está bajo la dirección del fiscal. Es en este punto donde el nivel

de definiciones debe ser preciso y valorar las necesidades mutuas para coordinar efectivamente el trabajo entre los fiscales y la policía generando una relación constructiva para llevar adelante las investigaciones.

Además, esto hace al estrechamiento de vínculos con las municipalidades que integran la región, la comunidad y las organizaciones no gubernamentales, pues son los receptores de las quejas y reclamos de la sociedad en su conjunto respecto al delito.

2.10 | Seguridad ciudadana

Cabe señalar que es necesario tener en claro que el modelo acusatorio de persecución penal no es la solución para el problema de la seguridad pública, aunque va a tener influencia en alguna medida.

Así, para disminuir el delito en algunos territorios, atrapando a sus autores o al menos provocando su desplazamiento, se pueden disponer, desde la fiscalía, persecuciones penales estratégicas en aquellos espacios territoriales en los que determinada modalidad delictiva es sostenida en el tiempo. Para ello es necesario contar con una adecuada sección de análisis para identificar las diferentes problemáticas y tener operatividad a través de detectives que ejecuten esa tarea.

Por otra lado, la conformación de datos estadísticos puntuales deberá servir para proveer, al poder político y a su brazo ejecutor (la policía), de nociones y evaluaciones que puedan ser consideradas relevantes para el establecimiento de una política criminal.

Además, al diseñar una política institucional relacionada con las víctimas que comprenda no sólo su atención, sino también la implementación práctica de los derechos que las normas les acuerdan y contemplar en la resolución de conflictos, coadyuva a mejorar este estándar.⁽⁵⁾

(5) RIAÑO IBÁÑEZ, JESÚS L., *La víctima en el juicio oral*, 2002, en www.enj.org, destaca que "...una concepción moderna de la seguridad ciudadana, se vincula ya no sólo a mantener el orden y el respeto por un cierto conjunto de normas, sino también abarcando la promoción de las condiciones que permitan a las personas el goce de sus derechos. En tal sentido, una de las formas de promover la seguridad de los ciudadanos tiene que ver con la preocupación por quienes se han visto privados de derechos a consecuencia de un delito, de lo que resulta una de las misiones del Estado garantizar su dignidad y su libertad...".

3 | Líneas específicas para la organización de la fiscalía Regional 2da.

En particular, se debe tener en cuenta el ámbito territorial dentro del cual la Fiscalía realizará su labor de persecución penal, la población y su distribución dentro del territorio, la cantidad de delitos, la cantidad de recursos humanos dispuestos y, en función a ello, la proyección de resolución en calidad y tiempo.

3.1 | La población y su distribución territorial

La 2da. Circunscripción Judicial abarca cinco Distritos Judiciales, Rosario con 1.200.000 habitantes, Constitución con 85.000, Caseros con 80.000, Iriondo con 67.000 y San Lorenzo con 160.000. La población total de la Región alcanza casi 1.600.000 habitantes.

3.2 | Índice de delito con autores identificados, por cantidad y territorio

CUADRO 1.

Departamento	Juzgados de Instrucción				
Año	2005	2006	2007	2008	2009
Rosario	11.209	11.042	10.897	10.433	11.339
Resto	2501	2008	2046	2142	2246

Departamento	Juzgados de Correccionales				
Año	2005	2006	2007	2008	2009
Rosario	45.937	48.411	42.174	50.469	46.326
Resto	9989	8753	11.582	11.961	11.890

A esta cifra hay que añadirle los delitos con autores no identificados y la “cifra negra” proyectada. Esta última indica que el 34,1% de los habitantes mayores de 15 años del Gran Rosario afirma haber sido víctima de algún

tipo de delito durante el año 2009. De este total, un 28,2% de los encuestados afirma haberlo denunciado al sistema penal, en tanto en un 71,4% expresa que no.⁽⁶⁾

3.3 | Capacidad, tipo y tiempo de respuesta del sistema

El siguiente cuadro indica la cantidad y el tipo de resoluciones dictadas, durante el período 2005 a 2009, por los juzgados de instrucción, correccionales y de sentencia, sobre la base del ingreso de causas.⁽⁷⁾

CUADRO 2.

Año	2005	2006	2007	2008	2009
Juicio	2346	2071	2211	2175	1978
Sobreseimiento	3478	3863	3653	2578	2312
Archivos	32.528	33.331	39.544	38.239	41.454
Prescripción	24.337	29.414	22.568	21.967	15.381
Condenas	1777	1625	1683	1567	1222
Absolución	861	783	755	739	597
Probation	211	181	141	365	496
Ingreso	69.636	66.844	66.699	75.005	71.801

3.4 | Cantidad de fiscales que fueron asignados

La ley 13.013 crea 24 cargos de fiscales y 55 de fiscales adjuntos para toda la región, que se han distribuidos de la siguiente manera: 20 fiscales y 49 adjuntos para el distrito Rosario y un fiscal con un adjunto para los restantes distritos, salvo en San Lorenzo donde fueron asignados un fiscal y tres adjuntos.

(6) "Estudio de Victimización en el Gran Rosario", realizado por el Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED) en agosto de 2010.

(7) Datos según estadísticas de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. En todos los rubros, las resoluciones dictadas comprenden a casos ingresados en el año y en años anteriores. Estos datos no comprenden los relativos a imputados no individualizados.

Se advierte que la ley crea una proporción razonable de 5 fiscales cada 100.000 habitantes⁽⁸⁾ —resultado de un desfasaje en la cantidad de fiscales en relación con la cantidad de causas ingresadas en el año 2009 (71.801 con imputado individualizado)— ya que le será asignado a cada fiscal la cantidad de 908,87 casos por año lo que significa casi 3 casos diarios,⁽⁹⁾ sin contar los casos con imputados no identificados. No obstante, este flujo de trabajo en relación a cada fiscal puede ser apreciado en principio como manejable con una buena organización.

4 | La organización de la Fiscalía Regional 2da.

4.I | Panorama general

Es importante señalar que en los sistemas acusatorios el fiscal, el verdadero motor del sistema, bajo los lineamientos generales y específicos enunciados se propuso un modelo inicial⁽¹⁰⁾ que luego se fue ajustando en función a nuevas pautas y conocimientos adquiridos.

La estructura lineal consiste en una sede principal del Ministerio Público de la Acusación en Rosario y una en cada una de las cabeceras de los distritos que integran la circunscripción: Casilda, Cañada de Gómez, San Lorenzo y Villa Constitución.

A esta distribución territorial y descentralizada, se agrega que en el distrito **Rosario** se proyecta crear **4 subregiones**, de las que dependerán cada uno de los restantes distritos. Con ello los fiscales serán los que se

(8) A este número deberán sumarse los fiscales (18) y secretarios de los juzgados de instrucción (19), sentencia (8) y correccionales (14) que opten por pasarse al Ministerio de la Acusación. Por otra parte, hay que tener en cuenta que también hay fiscales federales.

(9) De acuerdo a los cálculos consignados en AA. WV., *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Ceja, Santiago de Chile, 2005, p. 34 (tabla 5) tal proporción conforma más del triple del promedio mencionado para países en América del sur.

(10) Al cargo de Fiscal Regional se accede por concurso de antecedentes y oposición (arts. 15 y 17 ley 13.013). La oposición consiste en la presentación de una propuesta de trabajo que contemple lineamientos de política de persecución, diseño organizacional, rendición de cuentas y relación con otros actores (dec. N° 346/2010, modif. por el N° 3904/2012).

mtrasladarán hasta los tribunales en los momentos en que tengan que participar de audiencias, para lo cual se deberá disponer de los medios de movilidad necesarios. En esta cuestión se pone en juego la idea de que el **servicio de justicia esté cerca de la gente**.

Las **4 subregiones: Centro, Oeste, Sur y Norte** contarán, cada una, con un edificio en zonas estratégicas dentro del ámbito espacial asignado, teniendo en cuenta, especialmente, los medios de acceso (transporte) a éste, por lo que **podrán coincidir con los distritos dispuestos por la Municipalidad de Rosario**. De cada una de estas subregiones a su vez dependerán los restantes cuatro distritos que integran la circunscripción, resultando que en cada una de las ciudades cabeceras de los mismos, dada su importancia, funcionará en un edificio una **fiscalía local**. Sin embargo, esta división en subregiones dispuesta en el distrito Rosario será implementada en forma progresiva, por cuanto existen inconvenientes actuales respecto a los edificios, por lo que se procura poner en marcha solamente "mini" sedes para recibir denuncias.

La división que se establece es con la previsión de que la carga de trabajo sea equitativa, no obstante, los límites predisuestos podrán ser alterados conforme la información que brinden los datos estadísticos y la complejidad de cada zona, según los informes que surjan con la puesta en marcha del diagrama.

En cada una de las sedes funcionará un área de **gestión administrativa y procesal**, cuya función será la recepción de denuncia, su registro en el sistema informático y la clasificación de los casos; en función a tal clasificación los derivará a la unidad de **salidas alternativas, de investigación y juicio o de imputados no individualizados (NN)**, según corresponda. Este es el modelo básico previsto para cualquier fiscalía de la provincia.

Por tanto, en el **distrito Rosario**, teniendo en cuenta su densidad poblacional y problemáticas delictuales específicas, **se crean cuatro unidades fiscales especiales**: la de delitos económicos complejos, la de delitos contra la integridad sexual, la de homicidios y la de flagrancia y turno.

Es decir, la estructura que se propone es a partir de una distribución territorial, funcional y especialidad temática. Puede que hoy se señale que la

división funcional sea la mejor, puesto que es la más apta para aprovechar las economías en escala, sin embargo, las unidades temáticas son las que generan la posibilidad de disponer políticas acordes a problemáticas específicas, en relación a las cuales hay un interés particular.

4.2 | Modelo básico de Unidad Fiscal

4.2.1. Gestión administrativa y procesal

Bajo esta denominación se crea un área que funcionará en la órbita de cada Unidad Fiscal, que estará a cargo de un jefe y cuyas funciones básicas serán la de atender al público en general, a los profesionales y a la policía.

Sus tareas específicas van a consistir en:

- a. **Relación con el público:** recepción de la denuncia cuando el motivo de la presencia de la persona sea noticiar un delito. De lo contrario, según el tipo de inquietud que la persona tenga se la podrá derivar a otra área al interior de la Unidad Fiscal o a otra oficina pública, cuando el motivo de su presencia no esté relacionado con un delito.
- b. **Relación con los profesionales y con la policía:** recepción de denuncias y otros documentos o secuestros.
- c. **Carga y registro:** en el sistema informático de todas las actuaciones receptionadas.
- d. **Clasificación:** de las actuaciones para la derivación al área o Unidad Fiscal especial que corresponda.

Por otra parte, dentro de esta área funcionará una sección denominada **de trámites comunes**, que realizará todo lo relativo a gestiones administrativas y otra destinada a **la atención primaria de las víctimas**. El jefe será abogado pero no fiscal porque no tendrá que litigar en audiencias.

Retomando el tema sobre las tareas específicas y la unidad fiscal, a continuación se ampliarán algunas de las ideas antes mencionadas:

- Recepción de denuncia. El personal que reciba la denuncia en la fiscalía y la policía, al realizar la misma función deberá estar especialmente preparado para obtener la mayor cantidad de información del denunciante, a cuyo efecto se elaborarán manuales instructivos donde se detalle el contenido mínimo de la

denuncia por delito y todos los datos del denunciante para mantener una comunicación más fluida. En esta línea, el personal que cumpla estas funciones deberá estar especialmente capacitado en atención al público.

- Información de derechos a las víctimas. La víctima deberá ser informada de sus derechos, entregándole información específica a través de boletines y folletos. En caso que el denunciante solicite atención psicológica y/o protección inmediata y urgente, se lo derivará a la Unidad de Víctimas y Testigos; dándole aviso a dicha unidad, luego de receptada la denuncia.
- Registro en el sistema informático. Una vez recibida la denuncia o la actuación correspondiente será registrada en el sistema informático, con el mayor detalle posible, generando la posibilidad de desagregación, para poder elaborar estadísticas precisas y rendiciones de cuentas adecuadas.
- Clasificación. Este mismo personal, debidamente capacitado, con la información obtenida, deberá clasificar el caso conforme criterios pre establecidos a los fines de su derivación al interior de la fiscalía. Con ello, si procede la aplicación de una facultad discrecional, archivo, desestimación, criterio de oportunidad, suspensión del procedimiento a prueba, procedimiento abreviado o incompetencia se derivará a la unidad de salidas alternativas; de lo contrario se remitirá el caso al área de investigación y juicio o a alguna Unidad Fiscal especial.

Por otro lado, cuando lo que se fuera a denunciar un delito contra la integridad sexual la/el afectada/o será derivada/o directamente a la **Unidad fiscal especial de estos delitos** para que allí directamente se le reciba la denuncia.

4.2.2. Unidad fiscal de salidas tempranas

La función será la aplicación de archivos y desestimaciones fiscales, criterios de oportunidad, mediación y conciliación, suspensión del procedimiento a prueba, incompetencia y procedimiento abreviado, aprovechando las economías en escala.

A efectos de lo antes expresado, el Fiscal Regional y el General deberán confeccionar **instructivos** que contengan **criterios políticos** de aplicación de cada uno de estos supuestos para establecer pautas igualitarias para todos los ciudadanos y validar el principio de unidad de actuación junto con estándares de rendimiento,⁽¹¹⁾ los que deben

(11) Ver AA. VV., *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, op. cit., p. 50 y ss., donde se destaca que ésta es el área donde se manifiesta con mayor fuerza el manejo de la carga de trabajo, ya que la lógica burocrática proveniente del inquisitivo donde cada fiscal decide a este respecto genera cantidad de casos abiertos sin que exista posibilidad de profundizar la investigación, lo que provoca el impedimento de focalizar los recursos en otros

ser publicitados para conferirles mayor transparencia y la posibilidad externa de control.⁽¹²⁾

Ante el gran número de casos que recibe la fiscalía, la inmediata recepción de los legajos que provienen del área de denuncias con una preclasificación previa permite regular la carga de trabajo desde los primeros momentos y evitar la sobresaturación del sistema y el agotamiento de los recursos, quedando así el camino despejado para los casos en los que haya que profundizar la investigación, **racionalizando el uso de recursos** para aplicarlos a estos supuestos.

En esta inteligencia, es decir, en la aplicación de **salidas alternativas**—procedimiento abreviado, mediación y suspensión de procedimiento a prueba— brinda respuestas de alta calidad por ser rápidas, transparentes y tener en cuenta el interés social y el de la víctima. Junto a ellas es menester adoptar decisiones de incompetencia, criterios de oportunidad,⁽¹³⁾ archivo y desestimación⁽¹⁴⁾ desde la fase inicial. Será necesario observar no sólo los casos en los que no se denuncia hecho delictivo, sino también aquéllos en los que la investigación tenga escasa proyección de éxito, ya sea por la escasa prueba o por un puntual desinterés de la víctima, teniendo presente que la experiencia indica que en su mayoría no se trata de casos graves. En ello hay que valorar, por un lado, que la investigación puede ser reabierta si surgieran nuevas pruebas y, por el otro, que la víctima tiene la posibilidad de un reclamo ante los superiores jerárquicos de

casos en los que existe efectiva posibilidad y una natural sensación de agobio. De allí que es una perspectiva desde la gestión crear una unidad específica.

(12) DUCE, MAURICIO, "Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal", en Revista Chilena de Derecho, vol. 29, t. 2, Santiago de Chile, 2002, p. 266.

(13) El art. 19 del CPPSF dispone 7 criterios de oportunidad. Dos de ellos (incs. 5 y 6) son la mediación y conciliación que son considerados como salidas alternativas, los cinco restantes pueden encuadrarse dentro de las pautas de archivo ya que son: los casos en los que el Código Penal autoriza la eximición de la pena (inc. 1), la insignificancia (inc. 2), la insignificancia de la pena en expectativa en relación a la pena que el sujeto viene cumpliendo por otro delito (inc. 3), la pena natural (inc. 4) y los casos de enfermedad terminal y mayores de 70 años (inc. 7). Importante es para destacar que también en estos supuestos la víctima tiene posibilidad de ejercer su reclamo llegando hasta el fiscal regional y si éste ratificara la decisión podrá continuar a través del mecanismo de querella convirtiendo la acción penal pública en privada.

(14) Debe tenerse presente que la referencia es respecto a los casos en los que los autores y partícipes están identificados, en tanto los llamados NN son remitidos a la oficina específica para un tratamiento colectivo.

la fiscalía, si éstos confirman que la decisión cuenta con la alternativa de ir como querellante exclusivo, a través del mecanismo de conversión de la acción penal pública en privada, operando en todos los casos como límite temporal máximo los tiempos de la prescripción de la acción penal.⁽¹⁵⁾

La Unidad se integra con un fiscal jefe, un cuerpo de fiscales adjuntos⁽¹⁶⁾ y de empleados,⁽¹⁷⁾ que desarrollan su tarea en equipos de trabajo, modalidad que permitirá que se adquieran destrezas específicas a partir de la profesionalización de la labor, junto con el cumplimiento de las metas políticas relativas a la persecución propuesta por la jefatura de la fiscalía.⁽¹⁸⁾

Uno de los fiscales se ocupará de todo lo relativo a la mediación, conciliación y negociación, siendo el **Jefe de la Oficina de Acuerdos** que tendrá por objeto la derivación de los casos mediabiles a los centros de mediación externos a la fiscalía con los que deberán celebrarse convenios, pudiendo actuar en algunos supuestos de negociación como intermediario pero dejando en claro que no es el abogado de la víctima.

Además, dentro de la Unidad funcionará una sección administrativa común encargada de realizar las citaciones, comunicaciones y notificaciones. A tal fin, ésta contará con empleados que no necesitarán cumplir con el perfil técnico.

4.2.3. Unidad fiscal de investigación y juicio

Los casos que lleguen a esta área inicialmente habrán superado el primer filtro de salidas alternativas, aun cuando las mismas podrán ser aplicadas

(15) Ver VITAR CÁCERES, JORGE, *El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno*, Universidad Diego Portales, p. 4 y ss.; DUCE, MAURICIO, *op. cit.*, pp. 266 y 267.

(16) Señala VITAR CÁCERES, *op. cit.*, p. 8, que la discusión sobre si es necesario o no que estas Unidades cuenten con fiscales o éstos tengan intervención ante el reclamo de revisión. Sin embargo, teniendo en cuenta que esta es una labor de decisión que hace a la política de persecución, no luce lógico que no existan fiscales. En ello hay que valorar que la unidad propuesta integra otro tipo de decisiones que deben ser tomadas en audiencia a la cual necesariamente tiene que ir un fiscal o un adjunto.

(17) El perfil de los empleados en su mayoría debe ser técnico en tanto que al encontrarse establecidos a través de instructivos los criterios políticos de actuación nada impide que sea un abogado o un estudiante avanzado quien revise y clasifique los casos. La propia inteligencia de la unidad demuestra que es irrelevante la delegación de funciones en tanto siempre existe un control del fiscal que es el que, a la postre, toma la decisión.

(18) Ver AA. VV., *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, *op. cit.*, p. 73 y ss.

de resultar conveniente en otras instancias, y han sido identificados como casos investigables. Se trata de casos que comprenden todos los delitos con imputados individualizados, a excepción de los encomendados a las unidades fiscales especiales en el distrito Rosario, en los que se necesita profundizar la investigación en la recolección de evidencias para poder ir al juzgamiento oral o abreviado.

Estará a cargo de un **fiscal jefe** contando con un cuerpo de **fiscales adjuntos y empleados**. El fiscal o adjunto designado para un caso será el encargado de participar en todo el proceso: investigación, etapa intermedia, juicio y recursos. El fiscal jefe, en casos complejos o cuando el fiscal o adjunto lo requiera promoverá el análisis y estrategia del caso en grupo. Los empleados de esta área realizarán tareas de apoyo técnico al fiscal o adjunto.

4.2.4. Unidad fiscal de imputados no individualizados (NN)

En general, puede afirmarse que el sistema no destina recursos para aquellos casos en los que los autores no están identificados,⁽¹⁹⁾ cuya cantidad es bastante alta.

La cantidad de delitos, cuyos autores o partícipes no fueron identificados, que ingresan anualmente puede estimarse en un porcentaje que ronda el 40% del total de causas entradas.⁽²⁰⁾ Ello demuestra las carencias investigativas de la policía y de la fiscalía, aumenta la impunidad provocando desconfianza en la comunidad, potenciando la cifra negra del delito. En función a ello se hace necesario que los nuevos modelos asuman capacidades investigativas para aumentar el índice de respuesta en estos casos.⁽²¹⁾

(19) En el sistema inquisitivo vigente anteriormente, los casos ingresaban a los juzgados, se dictaba un decreto de reserva de actuaciones y luego iban a parar al archivo. En el año 2001, se creó una Fiscalía de NN que tuvo la "virtud" de descongestionar de papeles los juzgados sin ninguna actividad investigativa específica. No obstante, en los últimos años, se ha dado a esta oficina de una mínima capacidad investigativa para identificar autores resolviendo algunos casos. Si bien no se pudo obtener datos al respecto, su injerencia, en base a las entrevistas realizadas, no alcanza el 1% del total de causas ingresadas.

(20) Para el año 2005, se trataba de 41.344 casos; en 2006, de 37.124; en 2007 eran 35.793; en 2008, 48.398; en 2009, 43.457; en 2010, 44.239 y en 2011, 37.873.

(21) El ex Fiscal de la Región Metropolitana de Santiago de Chile, Xavier Armendariz en la charla sobre gestión de la fiscalía dada en el marco del programa del CEJA dictado en Santiago de Chile, en mayo del 2011, menciona que sería exitoso que se dé respuesta al 5% de

El objetivo central de la unidad es **descubrir e identificar autores y partícipes desconocidos** que han cometido hechos delictivos, a través de un análisis táctico y una investigación inteligente y estratégica, para iniciar persecuciones penales más exitosas. La circunstancia tendrá por efecto inmediato disminuir la impunidad de estos hechos en particular, logrando globalmente una reducción, control o desplazamiento del delito en determinados territorios mejorando la calidad de vida de la población a través de la disminución de la inseguridad en términos objetivos, pero también subjetivos. Por otra parte, la generación de datos y su análisis permitirá al Estado poder definir criterios de política criminal más específicos.

En este sentido, el manejo del flujo de casos desde el inicio permitirá **descongestionar** la estructura minimizando el uso del papel y de actuaciones policiales innecesarias, destacándose la utilización de sistemas informáticos que acopien datos para generar un análisis táctico con el objetivo de establecer patrones comunes en la identificación de autores o partícipes ignorados en delitos.

La oficina estará compuesta por un **director** que será un fiscal o un fiscal adjunto.⁽²²⁾ Tendrá una **sección de análisis táctico** de los delitos y otra de **investigación** compuesta por policías que desempeñarán tareas en la fiscalía de Rosario.⁽²³⁾

los casos. Ese porcentaje se estima como muy alto, al menos para los primeros momentos de la instauración del sistema de investigación a cargo de la fiscalía, aunque se muestra como una meta de gestión en proyección.

(22) El fiscal de esta oficina no litiga, pero es necesario que exista al menos uno porque una de sus funciones será realizar peticiones al juez de garantías. Además, la presencia de una persona calificada es importante para establecer un contacto directo con el Fiscal Regional informándole de toda la actividad que se está llevando a cabo, además, naturalmente, de rendirle cuentas generando información semanal.

(23) Se podrá tratar aquí una discusión centrada en la innecesidad de adscribir policías a la fiscalía, es decir, que la policía ejecute órdenes que en lo pertinente se dispongan. Sin embargo, desde la realidad santafesina, ésta luce como la propuesta más idónea en función de que la policía sigue dependiendo del Poder Ejecutivo y es muy renuente a cumplir este tipo de órdenes de otros organismos. De otra parte, como la ley 13.013 crea un organismo de investigación no militarizado a cargo de la fiscalía, en un futuro, este cuerpo se podrá ocupar de estas tareas o hacerlo en forma mixta, integración que es la que tiene el Bureau de investigaciones de la Fiscalía del Bronx, Ver BAYTELMAN, ANDRÉS, "La Fiscalía del Crimen del Bronx", en Revista Latinoamericana de Política Criminal, n° 2, Bs. As., Del Puerto, 1997, p. 303.

En la **sección análisis criminal** no es necesaria la presencia de numeroso personal, podrán ser tres, cuatro o cinco, según el espacio territorial donde operarán y el índice de delitos proyectados, pudiendo mezclarse policías y civiles.

El perfil de las personas que integran esta sección tiene que tener directa relación con el **análisis criminal** que se centra en el estudio de los incidentes delictivos para identificar, en ellos, patrones, tendencias y problemas subyacentes, estableciendo qué factores intervienen y de qué forma se pueden abordar para controlar, disuadir, desplazar, detener o prevenir un delito o una serie de delitos.⁽²⁴⁾

En ciudades de grandes dimensiones en territorio y población como Rosario, con un importante índice delictual, podrá ser necesario dividir a los analistas por delitos, teniendo en cuenta que el mayor índice es el relativo a los delitos contra la propiedad, siendo también una temática para su abordaje la evaluación de las economías delictivas.

Detectados determinados focos conflictivos, ante la imposibilidad de poder abordar todos, será necesario que a través de instructivos se deline una política de selección de casos a investigar, con metas de gestión y objetivos generales dados en relación al porcentaje de casos que podrán ser esclarecidos,⁽²⁵⁾ debiendo hacerse con posterioridad una evaluación de cuándo, efectivamente, ocurrió para establecer correctamente el cumplimiento de aquellas metas y objetivos.

La **sección de investigaciones** tiene un perfil que se asocia más con el personal policial cuando cumple funciones de recabar información en la calle. Su actuación surge a partir de los datos que brinda la sección de análisis criminal por lo que se trabaja en equipo, nunca aisladamente. Abarca la investigación de diferentes delitos y lo conveniente es que se agrupe al personal por grupos compuestos por dos policías que trabajen para la fiscalía. Se podrá disponer su actuación de investigación en relación a un hecho determinado o a una modalidad delictiva, para lo cual será importante observar a cada grupo de trabajo y sus capacidades individuales.

(24) SEPÚLVEDA SCARPA, MARTHA, "Análisis delictual. Conceptos básicos", en *Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito*, Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, p. 52.

(25) Ver VITAR CÁCERES, op. cit., p. 15.

4.3 | Unidades Fiscales especiales en el distrito Rosario

4.3.1. De flagrancia y turno

Estará a cargo de un **fiscal jefe y un grupo de adjuntos**, los que estarán de turno en forma rotativa, 24 horas desde las 9:00 hasta las 9:00 del día siguiente, distribución que se hace teniendo en cuenta que la policía realiza 30 a 40 consultas telefónicas diarias y el promedio de personas que habitualmente quedan detenidas.

El fiscal en turno será quien decida sobre la libertad o detención de la persona aprehendida y será quien le reciba la audiencia imputativa y, en su caso, la de prisión preventiva,⁽²⁶⁾ lo cual se estima conveniente por el mayor conocimiento del caso.

La intervención en audiencias a escaso tiempo del hecho facilita el contacto entre las distintas partes, favoreciendo la posibilidad de acordar salidas alternativas al juicio oral, debiendo el fiscal de esta unidad propender a ello, ya desde estas tempranas instancias.⁽²⁷⁾ Esto es importante si consideramos que un porcentaje elevado de los casos que ingresan al sistema con imputados individualizados lo hace a través de la flagrancia. Preacordada o no una salida alternativa, el caso se derivará a cada subregión o unidad especial para su tramitación final.

Los turnos deberán ser comunicados a la policía y el fiscal contará con un celular al que la policía le efectuará la consulta, se constituirá en el lugar del hecho cuando lo considere necesario o siguiendo las disposiciones dadas en el protocolo de trabajo, teniendo solamente la dirección externa, es decir, impartirá órdenes sobre la forma de cumplir la investigación, verificando y, en su caso tramitando, la procedencia de diligencias inves-

(26) El código no crea una audiencia de control de detención, sino una audiencia imputativa que la peticiona el fiscal a la jurisdicción y es de información de cargos y derechos al imputado, en la cual es obligatoria la presencia del defensor y debe celebrarse dentro de las 24 hs. de la detención prorrogable por otro tanto. Cuando la persona ha quedado detenida si el fiscal pretende imponer la prisión preventiva debe postularla en la misma audiencia al tribunal (arts. 223 y 274 del CPPSF, ley 12.734 modificada por la ley 13.231).

(27) Indica BAYTELMAN, *op. cit.*, que la audiencia de prisión preventiva es la primera oportunidad procesal que disponen la fiscalía y la defensa para negociar una salida, p. 269.

tigativas que exijan autorización judicial (ej. allanamientos, intervenciones telefónicas, etc.).

El número total de fiscales y fiscales adjuntos asignados a esta oficina será establecido teniendo en cuenta las funciones dispuestas y la cantidad de personas detenidas, que diariamente promedia un total de cinco.⁽²⁸⁾

4.3.2. En delitos económicos complejos

La definición de delito económico complejo queda limitada a todos aquellos hechos en los cuales el imputado logró una disposición patrimonial de la víctima a través del fraude o el abuso de confianza y los hechos de corrupción contra el Estado⁽²⁹⁾ y esta unidad intervendrá cuando la afectación supere un monto de dinero determinado.

Desde un análisis simplista, la cuestión no debería ameritar la creación de una Unidad Fiscal especial, sin embargo, observando con detenimiento el tema puede advertirse que las investigaciones iniciadas en el sistema anterior a la reforma eran escasas y el índice de condenas sustancialmente menor.⁽³⁰⁾ Los factores pueden circunscribirse en la escasa capacitación técnica del personal (jurídica, contable y económica financiera) lo que demanda que el juez o el secretario las tramite personalmente, la falta de estructura adecuada de los juzgados de instrucción para iniciar estas investigaciones y la falta de incentivos.

(28) De acuerdo a la información solicitada a los Juzgados a través de la Cámara de Apelación en lo Penal, en promedio, durante 5 turnos (duran un semana), los Juzgados de Instrucción dejaron 167 personas detenidas y, en igual período, los Correccionales dejaron detenidas 14 personas, lo que totaliza 181 personas detenidas en 5 semanas, número que para promediar 5 detenidos diarios, se divide por 35 días.

(29) Ello es así por cuanto otros delitos que podrían demandar la intervención de esta unidad son de jurisdicción federal.

(30) Lo cierto es que no hay estadísticas en este sentido, por lo que la perspectiva anunciada se basa en una consulta general realizada a los jueces de instrucción y de sentencia, lo que fue complementado por la experiencia personal de 20 años de actuación en el Fuero Penal de Instrucción por parte del suscripto. A nivel nacional, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica, sobre un estudio de 750 casos analizados en el período 1980-2005, detectó que el 90% está aún en la etapa de la instrucción con tendencia creciente a la prescripción y en sólo un 3% hubo condenas por lo que su titular Pedro Biscay califica esta persecución como un fracaso. Ver BISCAY, PEDRO, "La justicia penal y el control de los delitos económicos y de corrupción", en *Revista Sistemas Judiciales*, nº 11, Bs. As., Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) / Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2006, p. 4 y ss.

Las circunstancias apuntadas demuestran las complejidades que surgen para la investigación de estos delitos, dificultades que abarcan no sólo la temática propuesta, sino que también comprende a la calidad de las personas que intervienen, máxime si se observa que su no persecución o la falta de respuestas genera una sensación social de privilegio, situación que particularmente se busca revertir.

Para ello, se instrumenta una Unidad Fiscal especial que estará a cargo de un fiscal jefe, un grupo de adjuntos y un cuerpo de empleados con conocimientos jurídicos, todo lo cual será complementado con un cuerpo de peritos contadores, caligráficos, etc.

4.3.3. En homicidios

4.3.3.1. Panorama general de los homicidios dolosos en Rosario

Dentro de los delitos de competencia provincial el **homicidio doloso** es uno de los de **mayor gravedad** y generando su producción **gran conmoción social** por lo que es necesario disponer una persecución que sea lo más eficaz posible.

En la ciudad de Rosario la **cantidad de homicidios dolosos** se ha ido incrementado en forma paulatina llegando a **duplicarse** en los últimos seis años. Este dato debe llamarnos la atención, más allá de que la cantidad comparativamente pueda estar dentro de las **tasas internacionales**.

CUADRO 3.

Año	Homicidios dolosos
2006	90
2007	113
2008	121
2009	130
2010	124
2011	163

La **tasa de homicidios** para el año 2011 asciende a 13 cada 100.000 habitantes. Por cierto que el índice puede no ser alarmante si se mide con ciudades como Caracas con 98,1; Maceio con 135,26 y Medellín con 70,32. No obstante la tasa y su ascenso periódico indica una alerta que debe ser

abordada, máxime si se tiene en cuenta que en Nueva York el índice es de 8,5 mientras que en San Pablo es de 11 y CABA (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) tiene índices menores 4,92 para el año 2009 y 5,81 para el año 2010 (168 casos).⁽³¹⁾

Las circunstancias en que fueron cometidos esos homicidios también merecen un análisis. De acuerdo a datos brindados por la policía, de los 163 homicidios dolosos cometidos en Rosario, en el año 2011, 18 fueron relacionados con robos (11%), 140 (85%) interpersonales, 4 en enfrentamientos policiales y 1 en el servicio penitenciario.

De ello, podría desprenderse un análisis, si bien empírico, más específico de los tipos de homicidios que se cometen. En la región los homicidios dolosos se presentan en **tres clases diferentes**.

Una de ellas es el que se da entre **familiares, vecinos y amigos**, es decir entre **personas conocidas y en el marco de reyertas**, lo que hace que la **investigación no sea demasiado compleja**, sino que presente **dificultades probatorias** relacionadas con la acreditación de la responsabilidad penal del autor. Es decir, se trata de personas que fueron detenidas en flagrancia, que están confesas, que hay testigos o evidencias que la vinculan criminalmente con el hecho, siendo que lo relevante es verificar la entidad de la evidencia recopilada para acreditar tal responsabilidad o bien la existencia de causas eximentes.

La segunda tipología es la relacionada con el **homicidio doloso que se da en ocasión de robo u otro delito contra la propiedad cuyo número en la región no es importante**, sin embargo, es el hecho que **mayor conmoción** provoca en la comunidad y la problemática se relaciona con las **dificultades para identificar al autor**. Estos casos son recibidos por los medios de prensa y difundidos mostrando la inseguridad e impunidad. Existen grandes deficiencias para el logro del éxito en la investigación, porque los equipos criminalísticos tienen escasa tecnología y preparación y porque no hay cuerpos de detectives que en la calle puedan obtener información de calidad. Salvo casos aislados o cuando el imputado fue detenido en el hecho, la mayoría no se resuelve.

(31) Informe del Instituto de Investigaciones de la CSJN, S/D.

La tercera modalidad es mucho más actual y es la que está aumentando la tasa objetiva de homicidios. Tiene que ver con la relación de éste con toda la economía delictiva que gira en torno a la comercialización de estupefacientes. Generalmente, los autores no son identificados porque o no hay testigos o éstos directamente no quieren hablar por temor.

Normalmente, se trata de casos entre personas conocidas, cometidos generalmente por jóvenes de entre 15 a 30 años, e incluso con testigos que observaron el hecho o estuvieron presentes en momentos previos de los cuales pueden extraerse datos ciertos, serios y objetivos para emprender una investigación criminal, no obstante nadie se quiere entrometer puesto que el motivo de éstos está relacionado con el hacerse respetar, el mostrar autoridad por parte del autor para lograr mayor representación o un lugar más alto dentro de la banda u organización criminal para poder romper la situación de exclusión en la que se encuentra.

Dentro de este panorama, es importante destacar las zonas de la ciudad donde ocurren estos homicidios, circunstancia que permitirá determinar en forma más adecuada el lugar donde hay que trabajar tanto antes del hecho (es decir, trabajar en la prevención), como luego del hecho, por ejemplo, en los barrios La Tablada, Las Flores y Ludueña.

En CABA (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) la tasa de esclarecimiento fue del 50% lo que puede estimarse como muy baja. En Rosario, según fuentes policiales, es cercana al 75% u 80%, mientras que, conforme otras fuentes, estaría alrededor del 60%. Así, puede observarse que los esclarecimientos en los hechos de mayor gravedad no es óptima.

El análisis de este dato tiene que ser evaluado conforme la problemática específica de los homicidios. Así, mientras la tasa de homicidios en una ciudad está relacionada con la **violencia doméstica**, el **índice de esclarecimiento es más alto**, pero el dato se reduce sensiblemente y varía cuando el **homicidio aparece vinculado a economías delictivas** como los estupefacientes o robos. Allí es cuando el índice de esclarecimiento es sustancialmente inferior.

Otro punto a considerar es **cuándo** se considera esclarecido un homicidio. Para la **policía**, el dato a considerar es la **detención de un sospechoso**,

para la **fiscalía**, podrá variar, pero debe tomarse como parámetro la **formulación y aceptación de la acusación**, es decir, el hecho de ir a juicio oral, aunque considerando los **casos** que han sido **esclarecidos** pero que concluyeron con **archivo fiscal o sobreseimiento** por mediar **eximientes de responsabilidad**: causales de justificación, inculpabilidad, excusas absolutorias o muerte del imputado.

Vinculado a lo anterior, es importante verificar **cuáles son los motivos por los cuales no se esclarecen los homicidios dolosos**. No caben dudas de que son **varios los factores** que influyen dentro de los que merecen destacarse la **falta de profesionalismo** junto con la **carencia de recursos técnicos y humanos**, sumado a la **falta de incentivos, ausencia de trabajo en equipo, falta de coordinación entre la policía y los fiscales**, etc.

En general, puede afirmarse que más allá del esfuerzo personal y hasta colectivo la **policía no cuenta con grupos de investigadores de calidad ni en cantidad**. Es decir, es escasa la cantidad de detectives y lo que es peor es que éstos no reciben **capacitación profesional en técnicas de investigación continua y periódica**, ni tampoco cuentan con **equipos técnicos** que le permitan desarrollar, en forma más óptima, su labor.

Lo propio ocurre con los **equipos criminalísticos** que poseen unos **pocos profesionales** y otros que son **simplemente idóneos**, que más allá de la buena o mala tarea que desarrollean al carecer de los insumos y de la tecnología adecuada su **trabajo puede evaluarse como primario y casero**. No se prepara nada para ir a juicio oral, se trabaja en base a la intuición sin estar predeterminado con claridad qué evidencias se pueden levantar y, lo que es peor aún, **no hay laboratorios con la capacidad suficiente para analizar las evidencias levantadas**.

Este panorama no puede desentenderse de la **desconexión global existente entre la policía y los jueces penales de instrucción**, que actualmente son los que llevan a cabo la dirección de la investigación. Naturalmente que ante cada hecho concreto interviene un juez de instrucción que da directivas puntuales y específicas en relación al mismo. Sin embargo, lo que se quiere significar en este punto es la **ausencia de una política general de persecución penal** relacionada no sólo con los homicidios dolosos, sino con todos los delitos. La circunstancia no es menor si se observa que **cada juez decide qué investigador interviene en cada hecho** y ello lo hace en

función de la confianza que le ha generado éste por su actuación anterior o lo deja en manos del que primero lo contactó, lo que provoca dificultades para conectar o relacionar los homicidios, puesto que **cada juez que interviene en su turno ignora qué relación puede tener un caso con otro**, y determinar pautas generales comunes de actuación. Por otra parte, no puede dejar de advertirse que, dentro de la semana en que cada juez de instrucción está de turno, le ingresan más de 300 casos, muchos de ellos con personas detenidas, lo cual distrae su atención específica en el caso.

Esta **visión crítica obliga a replantear** la cuestión relacionada con los homicidios dolosos que ocurren en la ciudad de Rosario, tanto desde el punto de vista policial, como desde la perspectiva de los fiscales.

Desde el punto de vista policial, hay que tener en consideración que el nuevo **Ministerio Público de la Acusación** por ley dirige al **Organismo de Investigación** y a la **Policía** cuando cumple **funciones judiciales**.

El **Organismo de Investigación** es un equipo técnico no militarizado cuya creación está prevista por las leyes 12.734 y 13.013, no obstante deberá implementarse por ley y, hasta tanto ello ocurra, será potestad del Fiscal General su reglamentación. Como se observa, su creación podría paliar algunos de los inconvenientes que actualmente se presentan, y debería abarcar dos aspectos, el criminalístico y el detectivesco.

El **equipo criminalístico** debería estar integrado por **profesionales** en todas las áreas que la criminalística demanda para el **análisis de evidencia**, la cual deberá estar dotada de **equipamiento e insumos adecuados**, pero además debería contar con **personal preparado** para presentarse en la **escena del hecho** a fin de recopilar evidencias. Una cuestión lógica es que la **policía preventiva o de seguridad** paulatinamente vaya **cesando** en esta actividad y **transfiriendo** al **Organismo de Investigación** la misma.

Los **detectives o investigadores** deberán ser un cuerpo integrado por personal que esté **capacitado en la investigación de calle**. La selección de los investigadores tiene pautas específicas que deben ser observadas. La tarea que cumple el detective merece que se asignen incentivos económicos y compensaciones horarias.

Ambos tienen que trabajar interconectados, esto implica que el detective tiene que ir avanzando en las hipótesis del hecho según la información que el organismo técnico le provea.

La policía, cuando cumpla funciones judiciales, deberá estar diferenciada de la policía preventiva o de seguridad, recibiendo **capacitación específica** relacionada a las tareas que por delegación el fiscal les encomienda. Ahora bien, aquí es importante que el MPA tenga injerencia en la determinación del personal que realiza estas actividades, el tiempo de permanencia y la posibilidad de su exclusión.

En este punto es importante también determinar **quién es el que investiga el fiscal o la policía**. En lugares donde se cuenta con policías profesionales y que cumplen funciones judiciales específicas, la que investiga es el policía. En Argentina, en la mayoría de las provincias, lo hace la policía con el fiscal.

4.3.3.2. La estructura de la unidad de homicidios

Como ya se señaló, dentro de los delitos de competencia provincial puede decirse que éstos son de los más importantes, de allí la necesidad de crear una Unidad Fiscal para su persecución más eficaz. Ésta comprende los homicidios dolosos y sus tentativas, los imprudentes, como así también los hechos catalogados inicialmente como suicidios y sus tentativas, y todas las muertes cuya causa sea indeterminada a primera instancia. La gravedad de estos hechos junto a las problemáticas actuales que presentan y el incremento proyectado para este año hacen aconsejable la creación de esta unidad.

Se estima que esta creación **favorecerá la conexión de los distintos homicidios** que ocurren, permitirá un **mayor conocimiento global y específico** de la cuestión y favorecerá la **relación con los equipos criminalísticos y de investigadores**. Además, brindará posibilidades concretas de **establecer criterios comunes de actuación**, por ejemplo, en relación a la **prisión preventiva**, a los **abreviados**, a las **acusaciones y a todo lo que hace a la litigación oral en las distintas audiencias**. Por último, estará integrada por un fiscal jefe y un cuerpo de fiscales, adjuntos y empleados.

4.3.4. En delitos contra la integridad sexual

Los **delitos contra la integridad sexual** presentan una problemática específica relacionada, por un lado, con la **victimización secundaria** y, por el

otro, con la **persecución ineficaz**, resultando **prueba evidente** de ello la alta “**cifra negra**” y el aumento de la **violencia intrafamiliar**.

La cantidad de denuncias formuladas en el distrito Rosario se ha ido incrementado en los últimos año: mientras que en el año 1998 había 208 casos denunciados, en 1999 había 232, para el año 2008, los casos noticiados sumaban 472, en el año 2009 eran 531 y en el año 2010 llegaban a 514.⁽³²⁾

Como puede verse, aun cuando el **número objetivo de denuncias** no pueda ser considerado como elevado, la **cantidad de noticias se ha duplicado en los últimos 10 años**.

No obstante, todos sabemos que esos números no demuestran realmente la **cantidad de delitos contra la integridad sexual que se cometen**. De acuerdo a datos obtenidos, la “**cifra negra**” de estos delitos es **altísima**: en el **periodo 1998-1999**, alcanzó un 90%,⁽³³⁾ mientras que, en el **año 2009**, esa cifra fue de un 86,2%.⁽³⁴⁾ Los **motivos por los cuales los hechos no fueron denunciados** son diversos. Entre ellos pueden mencionarse los **tabúes que rodean la sexualidad, la auto-culpabilización de la víctima y la ocurrencia de la privacidad del hogar**.

Es decir, el índice de “cifra negra” sigue rondando un 90%, por lo que los más de 500 casos deberían multiplicarse por 9 para tener un cabal conocimiento de su cantidad.

Por otra parte, hay que destacar que **no hay estadísticas que permitan una evaluación de la problemática puntual**, ya que los sistemas informáticos no están diseñados para generar datos desagregados (en general, perfil del imputado y de la víctima y de la modalidad delictiva —la vinculación con otros delitos—; en especial: la edad y nacionalidad de la víctima y el autor, relación entre ambos, nivel socio-cultural, individualización o no

(32) Datos obtenidos según un informe solicitado a los Juzgados de Instrucción a través de la Cámara de Apelación en lo Penal.

(33) *Revista Investigación en Salud*, Rosario, Publicación Científica de la Secretaría de Salud Pública Municipal, 2002, vol. 5, n° 1 y 2.

(34) “Estudio de Victimización en Gran Rosario”, Informe Final del Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED), 2010. .

del autor; horario, lugar y modalidad de ocurrencia, etc.), datos que cobran relevancia en la investigación sobre todo para poder realizar mapas de este tipo de delitos, todo lo cual permitiría actuar en forma preventiva y mejorando los estándares de investigación. Tampoco se puede saber la cantidad, el tipo y el tiempo de las resoluciones pronunciadas.

Preliminarmente, es importante destacar que la víctima cuenta con el derecho a la tutela judicial efectiva y a la verdad, siendo que la normativa procesal prescribe que merece un trato digno y respetuoso, derecho a la documentación de sus lesiones o daños, a la información del curso del procedimiento en todas sus etapas, en especial el conocimiento de la libertad o prisión preventiva del imputado, la fecha de realización del juicio oral y toda resolución que en su decurso se dicte, a reclamar por la demora en la investigación y a la revisión de las resoluciones que se dicten, al reclamo civil y actuar como querellante, a la intimidad y a la protección. También al asesoramiento jurídico, a ser oída durante el curso del proceso y a una atención integral.

Sin embargo, no se puede dudar de que el sistema revictimiza. Esta afirmación se desprende del análisis de diferentes factores. No es la misma persona la que interviene en la atención a la víctima en todo el procedimiento ni ellas están debidamente capacitadas, en función de lo cual no existe un debido tratamiento y lo que es peor aún no se logra comprender la problemática que conllevan.

En esta inteligencia, la propuesta es que esta unidad especial esté integrada por personal debidamente capacitado, tanto en la recepción de la denuncia, como en la investigación, preferiblemente mujeres, cuya misión sea, por un lado, obtener la mayor cantidad de información de la víctima, pero, por el otro, contenerla en el fuerte padecimiento emocional que surgen en los primeros momentos. El uso de la cámara gesell como la generación de entrevistas filmadas son medios a utilizar sobre todo con los menores de edad a la fines de evitar la reiteración de las entrevistas, si es posible otorgando control a la defensa.

En este sentido, la víctima debe declarar siempre ante la misma persona, la menor cantidad de veces posible y en un recinto apropiado acompañada por su representante o un mayor de su confianza.

Debe verse que la **victima no puede ser revisada por dos o tres médicos a los fines de constatar las lesiones físicas** que el hecho le irrogó, sino sólo una sola vez, y la circunstancia debe ser **debidamente documentada**. Lo cierto es que cualquier **pericia** que se lleve a cabo y en la cual tenga que **intervenir la víctima** será menester la **notificación a la defensa del imputado** para que pueda ejercer el control sobre la misma, lográndose que no vuelva a realizarse. En caso de que el imputado no se encuentre individualizado al comienzo del proceso deberá notificarse al servicio público de la defensa.

Al efecto, será necesario tener una **correcta vinculación con la actuación policial**, la cual si bien está **centralizada en el Centro de Asistencia a la Víctima de Delitos Sexuales** que maneja estándares de tratamiento con la intervención de un **equipo multidisciplinario capacitado**, ello queda sin sentido cuando posteriormente se le vuelve a recibir declaración en el juzgado y es nuevamente revisada por el médico. Es necesario una **coordinación entre la fiscalía y la policía** para que tanto la **declaración** como la **revisión médica sea realizada una sola vez**.

En el otro extremo, es menester brindar **asistencia integral a la víctima** a través de un **equipo multidisciplinario** integrado por **psicólogas y asistentes sociales** que observen los **daños psíquicos**, a cuyo efecto se deberá dar intervención a la **Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía**. Para el **tratamiento posterior** puede ser conveniente celebrar **convenios con otras instituciones públicas**.

Lo cierto es que si el fiscal quiere tener un caso con proyección de condena, necesita de la víctima y, en efecto, es de suma importancia que el sistema le brinde contención y confianza.

Por otro lado, puede verse como relevante la evaluación de **decidir llevar el caso a juicio oral**, en tanto la **victima** seguramente se sentirá fuertemente **vulnerable** por la **exposición pública** y por el **contacto con su agresor**.

Entonces, los fiscales deben observar medidas de protección teniendo en cuenta la entidad del delito para evitar en todo el procedimiento el contacto de la afectada con el imputado. En la **investigación** será el fiscal quien deberá velar por preservar tal contacto. En relación al **juicio oral**, el **fiscal puede solicitar distintas medidas**. Por ejemplo, en Chile se utiliza

la colocación de biombo para prevenir esto, aunque no caben dudas de que podría solicitarse el **retiro del imputado de la sala** cuando declara la víctima otorgándole la posibilidad de que se coloque en una sala contigua donde podrá seguir la declaración por un circuito cerrado de televisión contando con la posibilidad de interrogar personalmente, todo ello a los fines de **salvaguardar el derecho de defensa en juicio**.

En relación a la **exposición pública** que pueda sentir la víctima durante su declaración en el juicio oral el fiscal deberá observar la posibilidad de solicitar excepcionalmente que la misma se desarrolle en **privado**, solicitando que el público sea retirado del recinto durante su deposición o bien que la declaración sea prestada a través de un **medio tecnológico que permita su repetición directa en la sala**.

Parece prudente que, en estos casos, se tenga en cuenta en forma sobresaliente la **opinión de la víctima en lo relativo a la forma de llegar a la imposición de una pena**. El **juicio oral** luce como el sendero más adecuado desde una perspectiva de justicia por la **exposición pública del imputado ante una acusación tan aberrante**. No obstante, no debe dejar de evaluarse como viable el **procedimiento abreviado** en función al cual también se arriba a la imposición de una pena y con el mismo **se evita la exposición pública de la víctima**, su interrogación por parte del fiscal y la contra-interrogación por la defensa, todo lo cual la expone a revivir el sufrimiento e incluso a pensar que el sistema la considera culpable. Por ello, teniendo en cuenta que en el juicio oral no siempre se gana porque estos son casos de difícil investigación ya que se desarrollan en ámbitos privados fuera de la vista de terceros, puede ser una buena perspectiva para evitar ello la utilización de este mecanismo con el cual se va a obtener igualmente la declaración de culpabilidad y la consecuente imposición de una pena, aun cuando ésta pueda ser de menor cantidad.

Hablando puntualmente de **medidas de protección** éstas también deben ser consideradas durante el **curso de la investigación**. Siempre teniendo en cuenta la proporcionalidad que emana según la entidad del delito, se podrá solicitar la **prisión preventiva o la imposición de medidas alternativas como ser la prohibición de acercamiento del imputado al domicilio de la víctima y a ella misma**.

La ocurrencia de estos episodios presenta particularidades específicas, por un lado, es importante la cantidad de hechos que ocurre entre **perso-**

nas conocidas, fundamentalmente en ámbitos familiares. Son estos casos específicamente los que demandan una puntual atención a los fines de **evitar su reiteración**, cobrando relevancia la protección de la víctima y todas las medidas apuntadas tendientes a brindar confianza mostrando la efectividad del sistema.

El otro grupo de casos está conformado por aquellos en los cuales **victima e imputado no se conocen** existiendo una menor posibilidad de reiteración, aunque existan mayores problemas para lograr identificarlo.

En ambos casos, la recopilación de la evidencia debe ser realizada por especialistas que la documenten debidamente, la preserven y custodien correctamente, sin contaminarla, para que su análisis criminalístico pueda ser utilizado con el juicio oral.

En esta inteligencia, surge como necesario tener equipos de investigación preparados para poder llevarlas a cabo. La integración de una Unidad Fiscal especial hará que toda la información relativa a estos hechos sea encarada por el mismo grupo de personas, los que deberán tener específica capacitación y ello permitirá que con el trabajo en equipo se intercambien opiniones sobre los distintos casos.

Ello comprende una importante actividad de calle por detectives que puedan recabar evidencias de calidad, respetando las garantías, para poder ser llevadas a juicio. También es importante contar con buenos sistemas informáticos y establecer convenios para intercambiar información con otros órganos públicos nacionales e internacionales.

Con todo ello, es importante también analizar toda la economía que emana de estos delitos sobre todo la pornografía infantil, la prostitución y la corrupción de menores y mayores de edad cuando actúan como organizaciones delictivas, asociaciones ilícitas.

El análisis y las propuestas formuladas están directamente vinculados al hecho de evitar la revictimización y lograr una persecución más eficaz. La expectativa es que al brindar mejores resultados y un ámbito de confianza a la víctima aumentará el índice de denuncias por estos hechos, reduciendo la llamada “cifra negra”, dando respuestas específicas y globales.



Servicios de Defensa Pública

Apuntes ante el nuevo paradigma adversarial

por **SEBASTIÁN R. NARVAJA⁽¹⁾** y **FRANCISCO G. MARULL⁽²⁾**

Los procesos de reformas procesales penales relanzados en América Latina a partir de la década del ochenta del pasado siglo nos han dejado una serie de ordenamientos procesales penales (Códigos de 1ra., 2da. y 3ra. generación) que se caracterizan por un sesgo marcadamente adversarial.

Más allá de las particularidades de cada uno de los Códigos y de la evolución que se ha logrado en sus distintas oleadas, a partir de las experiencias recogidas en los proyectos de seguimiento de sus implementaciones, lo que se destaca primordialmente es la necesidad de afirmar y conseguir el

.....
⁽¹⁾ Miembro de la Junta Directiva de INECIP. Profesor y capacitador en Derecho Procesal Penal y Técnicas de Litigación en Juicios Orales. Consultor en materia de Reforma de los Sistemas de Justicia Penal. Becario de investigación de la SeCyT de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁽²⁾ Abogado. Magíster en Ciencias Penales. Profesor Titular en la Cátedra Derecho Procesal I y Adjunto en la Cátedra Adaptación Profesional de Procedimientos Penales de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Docente y representante del INECIP en la Provincia de La Pampa. Becario y capacitador del CEJA/OEA. Integrante de la Comisión Redactora y Revisora del nuevo Código Procesal Penal para la Provincia de La Pampa. Ejercicio privado de la profesión.

cambio del paradigma cultural que nos permita romper el molde inquisitorial en el que se ha forjado nuestra cultura jurídica.

Para ello, resulta necesaria la construcción de un nuevo marco teórico que, abandonando el paradigma del orden, nos permita abordar las problemáticas del sistema penal desde un paradigma de la gestión de la conflictividad.

En este contexto, es que estimamos oportuno explorar la nueva realidad de la defensa pública, tal como se viene gestando en la región, y en lo que sigue buscaremos aportar algunas consideraciones que nos permitan construir una base conceptual para comprender y analizar los nuevos problemas que surgen de esa realidad.

En particular, pondremos énfasis en los problemas de gestión vinculados al logro de objetivos institucionales de los nuevos servicios de defensa penal pública que impactan en la garantía efectiva de los diversos componentes del derecho de defensa en juicio de las personas que carecen de medios económicos suficientes para costear la contratación de un abogado de su confianza.

A tal fin utilizaremos como punto de referencia los “10 Principios de un Sistema de Provisión de Servicios Públicos de Defensa” de la American Bar Association, por los siguientes motivos:

- a. Estos principios recogen una larga experiencia de monitoreo de implementaciones de diversos modelos de servicios públicos de defensa, en múltiples condados o estados de EEUU, desde 1963⁽³⁾ hasta 2003. Se trata de una síntesis de diversos estándares producidos por múltiples organizaciones en este período de tiempo.
- b. Los principios han sido diseñados para funcionar como parámetro de diseño de políticas públicas y como indicadores de gestión y de implementación en materia de servicios de asistencia jurídica para personas imputadas que carecen de recursos económicos para contratar a un abogado de su confianza.

(3) Año del fallo “Gideon vs. Wainwright”, 372 US 335, 1963, considerado el punto de partida de la obligación estatal de proveer servicios de defensa penal pública en EEUU.

- c. Ofrecen un punto de vista novedoso respecto de las discusiones sobre implementación de los servicios de defensa penal pública en nuestra región, donde luego de más de veinte años de reformas a los sistemas de justicia penal, podemos hablar de visiones “tradicionales” propias de los procesos de reforma.
- d. Han sido elaborados teniendo presente servicios de defensa penal pública de distintas características: sistemas con abogados contratados *full-time* por las organizaciones encargadas de brindar estos servicios; sistemas que, en nuestro ámbito, denominaríamos “mixtos”, en los que las organizaciones cuentan con abogados contratados *full-time* con abogados que trabajan “a destajo”; sistemas plenamente “licitados”, en los que una agencia estatal se ocupa de licitar “paquetes de casos” a diversos estudios jurídicos u organizaciones privadas; y sistemas de subsidio, en los que las agencias estatales que gestionan la ayuda legal otorgan bonos o subsidios a las personas imputadas para que, con dichos recursos, las mismas puedan contratar al abogado que deseen.

En definitiva, se trata de un instrumento de diseño y gestión de políticas públicas para la cobertura de servicios gratuitos de asistencia legal en casos penales que ha sido confeccionado para brindar pautas comunes a estos diferentes modelos de organización, que incluyen complementos tales como trabajo pro bono, clínicas jurídicas y otras variantes de servicios gratuitos.

Como tal, creemos que puede ser una herramienta útil para promover discusiones que superen antagonismos tales como: “defensores públicos o sistemas licitados”, propios de visiones tradicionales sobre la implementación de defensorías públicas en la región.

- e. Se trata de indicadores simples y muy concretos, aptos para promover discusiones amplias sobre la temática.
- f. Son indicadores que han sido desarrollados en un contexto de una antigua tradición de vigencia de sistemas de justicia penal orales y acusatorios. Se trata de ámbitos en los que las discusiones acerca de qué tipo de prácticas inciden de modo efectivo y determinante en la vigencia o vulneración de los límites fijados por la garantía del debido proceso cuentan con una base empírica y teórica de gran volumen.

A continuación, nos ocuparemos de cada uno de estos diez principios y ofreceremos acotaciones relativas a su importancia como parámetros de funcionamiento de los servicios de defensa pública y como dispositivos más o menos útiles para garantizar la efectiva vigencia de otros derechos u otras garantías.

I | La función de la defensa pública, inclusive el proceso de selección, financiamiento y pago de los abogados defensores, deben ser independientes

Este principio ocupa el primer lugar porque, quizás, sea el presupuesto de los principios restantes.

En nuestra región, la cuestión de la autonomía o independencia de los servicios de defensa pública ha sido uno de los ejes principales de diseño de políticas en los procesos de reforma de los sistemas de justicia penal.

Específicamente en Argentina, la cuestión presenta particular relevancia, en un contexto que muestra un sinnúmero de casos en que los servicios de defensa penal pública son prestados por organizaciones burocráticas jerárquicas que se encuentran subordinadas a las órdenes de los jefes de los fiscales (procuradores) o de los titulares del ejercicio de la superintendencia de los tribunales superiores o las cortes supremas de justicia.

Múltiples cuestiones atraviesan las discusiones acerca de la viabilidad política e institucional de constituir organizaciones por fuera de dichas estructuras: “¿La Carta Magna del Estado Provincial contempla la posibilidad administrativa de viabilidad de un ‘cuarto ámbito’? ¿Si la Norma Constitucional ha establecido la superintendencia de todo el Poder Judicial en manos de la Corte Suprema de Justicia, pueden otorgarse facultades de conducción y superintendencia a un ‘Defensor/a General’ que condicionen el pleno ejercicio de las mentadas facultades a la máxima Magistratura Judicial? ¿Es conveniente un diseño ‘Bicéfalo’ de Ministerio Público o ello supone el debilitamiento de la autonomía política del Poder Judicial, a través de una división de este poder del Estado? ¿Se afecta la ‘Carrera Judicial’ a través de una iniciativa de autonomía de un sector de este poder? ¿Ubicar a la Defensoría Pública como un ente del Poder Ejecutivo, no supone una amenaza permanente de politización del ejercicio de este Ministerio de la Defensa?”... y otro sinnúmero de “humedades” declamadas en lenguaje finisecular son presentadas como “cuestionamientos importantes, sumamente atendibles, de gravitante relevancia y determinante trascendencia para el sano desarrollo de los

valores y garantías constitucionales que el legislador constituyente de 1853, al igual que el de 1994 han juzgado como ejes medulares de nuestras bases republicanas”.

Es notable, cuando no hay voluntad de cambio, la cantidad de eufemismos y frases vacías que somos capaces de escribir los abogados en defensa de un “preso hipotético” que, mientras tanto, andará ya por los once meses en prisión preventiva sin haberle visto la cara a un juez.

Pero eso es irrelevante. Porque su defensor, a quien quizás todavía no conoce, integra el “Ministerio Público de la Defensa”, bien conchavado dentro de un raviol presupuestario, bajo la jerarquía de una estructura judicial administrativa robusta, que de este modo mantiene con reciedumbre su autonomía política frente a los restantes poderes del Estado.

“¡Qué suerte tiene mi vecino de celda! En lugar de contar con la representación de un funcionario público tan jerarquizado, tuvo la precaución de guardarse unos pesos para pagarse un abogado que en lugar de tener como jefe a ‘La más alta magistratura del Estado Provincial’, tiene como jefe a su cliente”, andará pensando nuestro “preso hipotético”.

Por fortuna, los argumentos en contra de la autonomía de las organizaciones que prestan servicios de defensa pública, cada vez pesan menos y las autoridades de nuestro país han comenzado a pronunciarse con firmeza sobre la importancia de dicha autonomía para avanzar hacia la construcción de servicios más adecuados para garantizar el respeto de los derechos de las personas imputadas, relativas al ejercicio efectivo de su defensa en los procesos penales.

I.I | Sobre los conceptos de independencia y autonomía

A riesgo de ocuparnos de trivialidades, quisiéramos ofrecer algunas consideraciones sobre estos conceptos o términos.

Con relación a la garantía de “independencia” de los jueces, Binder propone que debemos pensar en la idea de independencia con relación al juez y no con relación al Poder Judicial. Dice que la independencia es una garantía tributaria de la garantía de imparcialidad de la persona juzgada:

"Yo tengo derecho a que el juez que me juzga sea imparcial y para no ser parcial respecto del juicio que tiene que realizar con mi caso, necesita ser independiente, es necesario que nadie le pueda decir: 'Hacé esto o aquéllo otro con este tipo. Mételo en cana porque le afanó a la hija del camarista o dejalo suelto que es el sobrino del Senador'. Pero también hay otras cuestiones que pueden afectar su independencia, como por ejemplo: que el juez sea mi amigo, que no me quiera, que simpatice con mi caso, que tenga prejuicios, que tenga intereses económicos respecto al resultado de mi caso, etc".⁽⁴⁾

Entonces, Binder distingue autonomía de independencia y propone que utilicemos la idea de autonomía como uno de los presupuestos de independencia, pero no como el único. La autonomía es una condición necesaria, pero no suficiente, de la independencia del juez. Luego, distingue entre autonomías "externa" e "interna". La primera se vulnera cuando el gobernador llama al juez para que se haga el tonto con el caso del sobrino; la segunda, cuando el imputado es el sobrino del camarista o del ministro de la corte, del que dependen las licencias, recursos económicos, ascensos, trasladados, confirmaciones de subrogancias u otras cuestiones de "superintendencia" que afectan al juez del caso.

Quizás, se trate de categorías y distinciones que nos resulten útiles para la cuestión relativa a los servicios públicos de defensa. La batalla que toma lugar en muchas de nuestras provincias tiene su principal frente en el terreno de la autonomía. Más específicamente, de la autonomía externa de las organizaciones encargadas de brindar servicios públicos de defensa de las cortes o tribunales superiores de justicia, o de las procuraciones.

En este contexto, las categorías y distinciones que propone Binder nos resultan útiles. Esta autonomía externa de los servicios de defensa es de gran importancia para contribuir a fortalecer la independencia de los defensores que prestan servicios públicos. Del mismo modo que en el caso de los jueces, nos parece que es una condición necesaria de dicha independencia. No puede construirse independencia en un contexto de falta

(4) BINDER, ALBERTO, *Política judicial y democracia*, Bs. As., Ad Hoc, 2011.

de autonomía externa de la organización de la que forman parte los defensores.

Pero esta distinción nos resulta útil también para enfatizar la idea de que la autonomía externa, aunque necesaria y útil, no es una condición suficiente de la independencia, a la cual nos parece que hace referencia el principio que nos ocupa.

I.2 | ¿Qué debemos entender por independencia en el caso de los defensores públicos?

Mientras que, en el caso de los jueces, la independencia es presentada como una condición tributaria de la imparcialidad respecto del litigio que se presenta a juicio; en el caso de los defensores públicos, la independencia es una condición que debe ser puesta al servicio de la gestión de los derechos e intereses del destinatario del servicio o cliente.

Nótese la referencia a la idea de “intereses”. Creemos que es importante destacarla. El ejercicio de los derechos de una persona normalmente estará ligado a sus propios intereses. Y ejercer los derechos conforme a sus intereses es, precisamente, un derecho.

Esta cuestión es importante, en la medida que la independencia debe ser puesta al servicio del ejercicio de los derechos de los destinatarios del servicio, de acuerdo a sus intereses. En este sentido, debe propiciarse una representación de calidad, adecuada a dichos intereses, antes que una representación “eficaz en el ejercicio de los derechos”, más allá de la voluntad o los intereses de los clientes.

Esta definición descarta la posibilidad de ejercer el trabajo de defensor como “auxiliar de la justicia”, favoreciendo la eficacia punitiva del sistema, en desmedro de los derechos e intereses de un cliente.

Desde este punto de vista, insistimos en la idea de que un defensor público no puede ser concebido como un “funcionario público”. No puede ni debe responder a intereses públicos, sino que su deber es abogar y gestionar los intereses de su cliente o representado.

Pero, al mismo tiempo, una definición de este tipo se traducirá en estándares de autonomía interna, dentro de las organizaciones de las defensorías públicas, en el sentido de que los derechos subjetivos emergentes de los clientes de una defensoría no pueden ser percibidos por los operadores como un signo habilitante de ejercicio de activismos de derechos humanos definidos a través de criterios político-institucionales generales.

En definitiva, un defensor público no puede ser un “funcionario público auxiliar de la justicia”, pero tampoco debiera ser, un “funcionario público progre”, que pudiera encontrar condicionado su accionar y el interés de su defendido a motivaciones políticas macro.

Entonces, la independencia es una condición o posición tributaria de un deber funcional. El deber al servicio del que debe poner su independencia es el ejercicio de los derechos de sus clientes, de acuerdo a su voluntad e intereses.

I.3 | ¿Potenciales clientes o clientes reales?

Otra cuestión importante es al servicio de quién, en concreto, debe ser puesta dicha independencia. Un defensor público no debe poner su independencia al servicio de “los perseguidos penalmente”, en general. Un defensor público no es un *ombudsman*, es un abogado defensor de clientes perseguidos por el sistema de justicia penal.

Asume un compromiso individual con cada uno de sus clientes concretos, reales, actuales. Sus cinco, diez, quince o veinticinco clientes actuales son su prioridad única. Sus clientes deberían poder confiar en que su defensor ejercitará sus derechos representando sus intereses celosamente, sin subordinarlos a necesidades institucionales diversas. Veremos que esta definición tiene un gran impacto en términos de decisiones sobre la carga de trabajo.

I.4 | ¿“Ministerio” o “servicio” público?

Nos parece que la respuesta a esta pregunta tiene relación con la cuestión de la independencia de los defensores públicos.

La expresión “ministerio público de la defensa” es utilizada habitualmente y consideramos que merece una referencia en este apartado. El concepto de “ministerio” público pone énfasis sobre la idea de “función” pública, de “potestad” pública. Y la tarea de un defensor público no es una función pública ni el ejercicio de una potestad pública. Todo defensor, sea público o privado, representa derechos individuales, privados, subjetivos, pertenecientes a su cliente. Y además, no debe ejercerlos conforme a criterios de actuación definidos por parámetros de interés público; debe ejercerlos conforme a los intereses privados de su cliente actual, concreto.

Desde esta perspectiva, nos parece más apropiada la idea de “servicio” público. Así enfatizamos que lo público es el servicio, es el origen de los fondos para la cobertura de este servicio, que ofrece de modo gratuito, a quien no puede costearlo por sus propios medios, la asistencia técnica de un abogado que no es un funcionario público, sino un mandatario privado de sus clientes.

2 | Cuando la carga de casos de un servicio público de defensa sea lo suficientemente alta, que no pueda ser atendida con calidad, el sistema de prestación de defensa pública debe conformarse de modo conjunto con un servicio u oficina pública y con la participación de abogados colegiados

Este principio tiene directa relación con la cuestión de la independencia. Se trata de admitir que las oficinas o servicios públicos autónomos son un medio sumamente eficaz para promover la autonomía externa, es decir, la autonomía del cuerpo de defensores respecto de los jueces o los procuradores.

Pero, quizás debamos admitir que el modelo por antonomasia, en términos de autonomía interna, es el despacho privado de un abogado litigante. La propia denominación de “ejercicio libre de la profesión”, habitualmente usada, es un reflejo de esa condición.

Nos parece importante hacer hincapié en esta perspectiva, porque nos permite desviar la discusión de uno de los ejes tradicionales en el contexto de las reformas procesales: “Un sistema ‘mixto’: ¿es más caro o más barato?”.

En efecto, es común asistir a debates donde el eje de la discusión es “defensa licitada o defensores públicos con estabilidad”. En estos ámbitos, suele ocuparse buena parte del tiempo a evaluar si el modelo “mercantilista chileno” de defensa es una manifestación de la “avanzada neoliberal post Consenso de Washington” o si se trata de un modelo “más eficiente y económicamente más recomendable”. En definitiva, se trata de un modo de mirar el asunto que a menudo termina por convertirse en una discusión sobre costos. Si esta es la discusión, debería existir consenso en cuanto a que, en paridad de calidad de servicio, debería optarse por la opción menos costosa para el Estado. Y si esta es la discusión, quizás sea terreno de contadores.

Quisiéramos sugerir que vale la pena variar esta perspectiva de discusión. Si nos enfocamos en la idea que sugiere que los abogados que “ejercen libremente la profesión” como un reservorio de volumen de “autonomía interna”, la cuestión relativa a involucrar a estos abogados en el sistema de prestación de servicios públicos de defensa toma una dimensión política: “Un sistema de prestación de servicios públicos de defensa penal que involucre a los abogados matriculados: ¿promueve un estilo de ejercicio de la defensa pública más apegado a los intereses privados de las personas imputadas?; ¿Es útil para prevenir el desarrollo de visiones corporativas de las oficinas públicas de defensores?; ¿Contribuye a desarrollar una perspectiva social del ejercicio privado de la abogacía?; ¿Favorece el desarrollo de sistemas de control profesional más complejos y efectivos, tanto para abogados empleados públicos como para abogados liberales?”.

Si las respuestas a estos interrogantes son afirmativas, la discusión aislada sobre costos debería perder importancia.

3 | La decisión sobre la admisibilidad de un cliente en el servicio público y la asignación de un abogado (con su correspondiente notificación), deben ser realizadas del modo más rápido posible, luego del arresto, detención o requerimiento de asistencia por parte del cliente

Para una mejor comprensión de sentido de este principio, debemos mencionar que se refiere a un contexto en el que, en casi todos los casos, antes de admitir a una persona dentro del servicio público de defensa penal se realiza una evaluación de tipo socioeconómico, a fin de determinar si efectivamente se trata de alguien que no dispone de medios suficientes para contratar a un abogado por su cuenta. Nótese que se trata de un ámbito en el que no existe dificultad para admitir que una persona decida sencillamente no designar a ningún abogado, aun cuando tenga la posibilidad económica de hacerlo.

No nos interesa ingresar en la cuestión de la disponibilidad de este derecho o bajo qué condiciones puede disponerse del mismo, ni tampoco sobre los procesos de “elegibilidad” de los potenciales usuarios, por tratarse de una cuestión que, hasta el momento, no tiene mayor relevancia en nuestro medio.

Hacemos esta aclaración solamente con el fin de reformular el principio, en el sentido de que, aplicado a nuestra realidad, debería leerse que “la asignación de un defensor a un cliente/usuario/imputado (con su correspondiente notificación), deben ser realizadas del modo más rápido posible, luego del arresto, detención o requerimiento de asistencia por parte del cliente”.⁽⁵⁾

Sugerimos que, para garantizar en este aspecto el derecho efectivo al ejercicio de la defensa, debemos entender la expresión “del modo más

(5) Es una interpretación personal. A partir del siguiente documento: AMERICAN BAR ASSOCIATION, “ABA Ten Principles of a Public Defense Delivery System”, Chicago IL, ABA, 2002.

rápido posible” como equivalente a “dentro de las 24 horas”. Dicho tiempo debería contarse a partir de la detención de la persona que requerirá los servicios de un abogado o a partir de que la misma o sus allegados lo soliciten a alguna de las autoridades intervintentes o a la oficina de la defensa pública.

Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta que no es buena idea “acumular plazos”, en el sentido de que si a una persona la detuvieron y a las 24 horas “pide un abogado”, entonces es correcto asignárselo dentro de las 48 horas (porque estamos dentro de las 24 horas, contadas desde que “solicitó sus servicios”).

3.1 | ¿Resulta necesario establecer una especie de plazo procesal?

No se trata de un plazo procesal, sino de un estándar de actuación que debe regir el funcionamiento de una oficina que preste servicios públicos de defensa. Incluso, deberíamos considerar las 24 horas como un parámetro que actúe como límite. Siempre que sea posible organizar un proceso de trabajo que facilite la asignación de un abogado a su cliente del “modo más rápido posible”, debería hacerse de esa manera.

3.2 | ¿Por qué es importante?

La prontitud en la asignación de cada abogado a sus clientes no es un valor en sí mismo, es un mecanismo que facilita enormemente el ejercicio efectivo del derecho de defensa y la prevención de vulneraciones a los derechos humanos de las personas perseguidas penalmente.

Por una parte, es una constante empíricamente constatada que la mayor parte de las situaciones de vejaciones, tortura y otros tipos de tratos crueles o inhumanos en contextos de detención, tienen lugar en el transcurso de las primeras horas de la detención. De tal modo, la asignación de un abogado dentro de estos términos y los mecanismos que dispara dicha asignación (comunicación inmediata del abogado con su cliente, visita del abogado al lugar de detención, etc.), operan como una protección extra para la indemnidad de las personas detenidas.

Por la otra, un aspecto importante a considerar tiene relación con la esencia del funcionamiento de un modelo procesal adversarial. Una de las características fundamentales de un modelo de este tipo es que cada una de las partes en pugna (acusación y defensa) cuentan con la posibilidad de generar información independiente, conforme a sus propias versiones sobre los hechos penalmente relevantes del caso.

El sistema opera sobre la idea de que la calidad de las decisiones de los jueces tendrá directa relación con la calidad de la información reunida y aportada por las partes y por la capacidad de cada una de cuestionar la información brindada por la otra (en el mejor de los casos, con base en datos de respaldo). En dicho contexto, la capacidad de la defensa de cuestionar la información de la fiscalía y de aportar información independiente y alternativa con la que contrapesar la acusación se constituye en la medida del efectivo ejercicio del derecho de defensa. Una defensa sin información independiente y sin el respaldo de una investigación alternativa tendrá pocas chances de: controvertir con eficacia la posición acusadora; y garantizar decisiones de alta calidad por parte de los jueces (generalmente, en desmedro de las personas imputadas).

Una asignación rápida del abogado favorece la posibilidad de que la defensa se ejerza de modo efectivo, a través de la utilización de información. En el ámbito de las investigaciones criminales (en la tarea policial), se utilizan a menudo expresiones tales como: "Las primeras 24 horas son vitales para el éxito de la investigación". La cuestión no es distinta respecto de la viabilidad de una investigación independiente por parte de la defensa. El inicio de la misma se da con la entrevista con el cliente. Es a partir de allí que se comienza a elaborar la teoría del caso que guiará la tarea técnica del abogado defensor. Una asignación tardía del caso significará un retraso tanto en todo el resto del proceso, lo cual disminuye las posibilidades de éxito de la tarea investigativa.

En un modelo de proceso por audiencias, esta cuestión cobra aún mayor importancia. Cuando una persona es detenida, los plazos para el control judicial de la detención, la discusión sobre medidas cautelares y los tiempos para tomar decisiones acerca de salidas tempranas o negociación sobre el caso, son frenéticos. En dicho contexto, la importancia de este principio se refuerza.

3.3 | ¿Qué prácticas tradicionales atentan contra el respeto de este estándar?

Lograr instalar como práctica habitual la asignación pronta de los abogados a las personas detenidas o a quienes se encuentren en libertad y soliciten este servicio, requiere superar algunas prácticas tradicionales.

Por un lado, suele ocurrir que la presencia del defensor público o la asignación de uno, suele operar conforme a tiempos que marcan las fiscalías o los juzgados. Todavía continúa utilizándose el acto de "declaración del imputado" conforme a la lógica que históricamente dominó la declaración indagatoria. Se acepta ampliamente el *slogan* conforme al cual ya no se trata de un medio de prueba o de investigación, sino de un acto de defensa. Sin embargo, continúa siendo utilizado como hito, con respecto al que se toman decisiones de gran relevancia: acceso a las actuaciones de investigación, designación de abogado, asignación de defensor público, etc.

En cuanto a este tipo de prácticas, avanzar hacia un estándar como el que nos ocupa supone que los servicios de defensa deben impulsar políticas de actuación conforme las cuales las autoridades (policiales o las que fueran) den aviso inmediato a las defensorías de las detenciones, y el establecimiento de dispositivos al interior de las oficinas de defensores que garanticen que toda persona detenida se entrevistará con su abogado defensor dentro de las 24 horas de producida su detención.

Las oficinas de defensores también deben enfrentar prácticas ilegales de acuerdos ilícitos entre policías y abogados para obligar a las personas detenidas a contratar los servicios de los abogados amigos "de la cana".

Por otra parte, las defensorías suelen tener esquemas de organización y gestión sumamente primitivos que no resultan aptos para garantizar este tipo de estándares.

Por todo ello, este principio que puede sonar a trivialidad o a una medida relativamente intrascendente, en realidad constituye un mecanismo sencillo pero efectivo para desencadenar muchas prácticas útiles y para prevenir muchas perversiones del sistema.

4 | El abogado defensor debe contar con suficiente tiempo y espacio confidencial para reunirse con su cliente

Nuevamente, se trata de una cuestión que puede parecer trivial. Pero es importante evaluar su importancia en el marco de un sistema acusatorio y oral, al mismo tiempo que, en vinculación con los otros principios.

En relación a los temas relativos a la independencia del abogado defensor, esta cuestión cobra importancia. Dijimos que la independencia necesita ser puesta al servicio del ejercicio de los derechos del cliente, de acuerdo a los intereses del mismo. El respeto de esos intereses requiere que el abogado pueda tener clara cuál es la voluntad de su cliente. Y un ejercicio pleno de la voluntad, en relación con las decisiones relevantes en el curso de un proceso, requiere por parte de las personas imputadas, un conocimiento cabal y profundo de las posibilidades de su caso.

Quien está en condiciones de informar al cliente sobre dicha *prognosis* es el propio abogado. Pero para ello, necesita información que le permita desarrollar una teoría del caso adecuada. Ahora bien, la principal fuente de información para un abogado defensor debe ser su propio cliente. Entonces, teniendo en consideración estos elementos, sugerimos que la posibilidad de que se desarrolle una comunicación fluida y efectiva entre abogado y cliente resulta dirimente para que éste tome efectivamente las decisiones del caso y para que dichas decisiones sean de calidad.

Si es cierto que no existe posibilidad de ejercicio de una defensa acorde con los intereses del cliente, sin una decisión fundada en una voluntad informada, la cuestión sobre bajo qué condiciones se produce la comunicación entre abogado y cliente no puede ser baladí.

En segundo lugar, las condiciones de tiempo y espacio suficientes impactan en la efectiva confidencialidad entre abogado y cliente y ésta, a su vez, impacta en la posibilidad de desarrollar un vínculo de confianza entre ambos.

El vínculo de confianza no puede pensarse en términos frívolos porque no se trata de sentimentalismos. Se trata de que, sin establecerlo, no habrá

intercambio profundo de información y de que, al no contar con este intercambio, son menores las posibilidades de elaborar una mejor teoría del caso y evaluar cuáles son los cabos a partir de los que debe desarrollarse una investigación independiente por parte de la defensa. Y hemos dicho que en un proceso adversarial existe una relación directa entre volumen y calidad de información independiente y efectividad del ejercicio de la defensa. Luego, la falta de condiciones que promuevan la confidencialidad impacta de modo directo en la posibilidad efectiva de defender casos.

Pensemos, además, que en el caso de los defensores públicos la generación de condiciones de confidencialidad y de efectiva construcción de un vínculo de confianza requiere un esfuerzo adicional. No se trata del abogado que es convocado por el cliente o su familia en base a relaciones de confianza precedentes o a través de referencias (como en el caso del abogado contratado). Se trata de una persona enviada por un organismo público respecto del cual el imputado no tendrá, en general, motivos especiales para confiar, en principio. Por ello, esta temática que aborda el cuarto principio, no puede ser tomada con ligereza.

4.1 | El espacio que debe ser utilizado

Nos parece interesante enfatizar la interacción entre los principios que comentamos, en el sentido de que estándares que se presentan como triviales, en combinación con el resto cobran relevancia. En este caso, la cuestión del espacio confidencial también debe ser analizada con relación a los principios relativos a la experiencia y capacitación de los defensores, a la carga de trabajo de cada abogado, a la representación continua del mismo con cada cliente y a la supervisión del trabajo de los profesionales. En concreto, el provecho que cada abogado obtenga de las entrevistas dependerá de su capacidad técnica para obtener información de calidad y para convertir este espacio en un ámbito de toma de decisiones por parte de su cliente.

La experiencia y capacidades del defensor asignado, con respecto al caso de su cliente también cuenta; se trata de que determinado tipo de casos requiere diversas medidas en los primeros momentos, por lo que es importante que se trate del abogado indicado, desde el comienzo.

La carga de trabajo también influye: los abogados deben tener un volumen de trabajo tal que cuenten con la posibilidad de destinar a estas

entrevistas el tiempo suficiente en cada caso. También este principio tiene relación con la idea de representación continua; puesto que, en la medida que se respete un modelo de representación vertical, la entidad de una primera entrevista aumenta (no parece tener demasiado sentido una primera entrevista extensa si luego se cambiará de abogado en la próxima etapa procesal). Finalmente, la supervisión es importante con relación a este principio, es el supervisor quien debe cuidar que estas entrevistas sean utilizadas debidamente, para potenciar la capacidad de respuesta en cada caso.

4.2 | ¿Qué viejas prácticas debemos desplazar para instalar estas nuevas?

La práctica tradicional de tipo inquisitorial en el ejercicio de la defensa puede resumirse en la siguiente idea: en un modelo inquisitorial y escrito, las condiciones de tiempo suficiente y espacio adecuado que importan al abogado son las que le permiten tener un contacto fluido con el expediente, no con su cliente. Recordemos que se ha tratado de un proceso en el que la importancia de una investigación independiente es relativa. Si la cosa funciona de modo tal que “lo que no está en autos, no está en el mundo”, la principal preocupación del abogado estará constituida por dos actividades: por un lado, lograr que el expediente tenga la mayor cantidad de información contradictoria y de faltas de formalidades; y, por otro lado, poner de manifiesto dichas contradicciones o defectos formales. En este escenario, la relación importante es con el expediente judicial, no con el cliente.

Otra práctica tradicional que generará dificultades en este aspecto es que, usualmente, el defensor público tiene mucha mayor empatía y capacidad de vinculación con los operadores de las agencias de persecución (jueces, fiscales, empleados y funcionarios judiciales) que con sus clientes. Y esto es habitualmente percibido por ellos.

En este contexto, no es un “espacio adecuado” un lugar en el que se encuentran todas las personas que están trabajando para mantener preso al cliente, con las que el abogado tiene un trato mucho más empático que con su cliente mismo.

La falta de visión estratégica sobre el litigio y sobre el caso, que caracteriza a los sistemas tradicionales también es un obstáculo que merece atención. Sin abogados debidamente capacitados en técnicas de litigio y en diseño de la teoría del caso, se corren riesgos de que la entrevista se convierta en una especie de catarsis o de ejercicio compasivo. Sin embargo, al mismo tiempo que la calidad y el tiempo son importantes y deben ser suficientes, no se trata de que los abogados se conviertan en confidentes. Debemos recordar que, en el fondo, nuestro cliente necesita que seamos efectivos, no simpáticos o sentimentales.

5 | La carga de trabajo del abogado defensor debe ser controlada para permitir garantizar una representación de calidad

Para que los servicios profesionales que prestan los abogados de un servicio de defensa pública sean de calidad, es un requisito que la carga de trabajo de cada jurista sea adecuada. Un servicio de profesionales colapsados no puede operar con estándares de calidad adecuados.

5.1 | ¿Cantidad de casos o carga de trabajo?

Una distinción que merece ser mencionada es la referida a "cantidad de casos" y "carga de trabajo" (en inglés: *case load* y *work load*). La distinción es importante porque la idea de carga de trabajo parece ser más adecuada para identificar los límites de la capacidad productiva de los profesionales que el número de casos que cada profesional lleva. Esta diferencia tiene relación con la idea de "pesaje de casos", entendida como una evaluación que permite distinguir entre casos complejos y casos simples; casos fáciles y casos difíciles; casos cortos y casos largos, desde el punto de vista del tipo de trabajo que insumirá por parte del abogado defensor.

En definitiva, se trata de identificar a través de un análisis suficientemente complejo, cuánto volumen de labor requerirá cada caso asignado, a fin de evaluar cuál es la capacidad de trabajo residual de cada profesional que permite continuar asignándole casos.

5.2 | ¿Indicadores cuantitativos o cualitativos? El rol de la supervisión

Quizás como reacción ante nuestra cultura tradicional de ausencia de indicadores, se ha insistido bastante en la necesidad de que las diversas organizaciones que forman parte de los nuevos sistemas de justicia penal produzcan indicadores cuantitativos respecto de su funcionamiento. En esta tendencia, sostenemos nuevamente que es necesario definir cuántos casos puede llevar de modo simultáneo un abogado, buscando distinguir tipos de casos, de modo que podamos afirmar que un abogado puede atender 5 homicidios, 15 robos o 25 amenazas simples.

Es cierto que este tipo de indicadores tiene límites en cuanto a su utilidad, porque no todos los robos u homicidios son iguales, ni requieren el mismo trabajo, etc. Sin embargo, nos interesa insistir en que, en términos generales, es importante que las organizaciones hagan un esfuerzo por lograr desarrollar parámetros objetivos y medibles de funcionamiento.

Por otra parte, lo cualitativo tiene una importancia que requiere ser enfatizada en este ámbito. Se trata de que para evaluar e identificar con certeza la carga de trabajo que cada defensor está soportando, es necesario prestar adecuada atención a las diversas particularidades de cada caso y al tiempo y esfuerzo de trabajo que requiere.

De nuevo, resulta interesante cómo interactúan los mencionados diez principios o estándares. Sobre esta cuestión, tiene particular relevancia el principio relativo a la supervisión del trabajo de los defensores. En efecto, la supervisión es una herramienta sumamente útil para evaluar cualitativamente la carga de trabajo de cada defensor. Al mismo tiempo, es importante para identificar qué trabajo relativo a un caso concreto es trabajo útil y qué trabajo supone pérdida de tiempo en "pleitos perdidos". A menudo, sobretodo en el caso de las personas con menos experiencia, se observa que se destina un tiempo de trabajo excesivo a casos o a tareas que no tendrán mayor impacto. Es responsabilidad del supervisor llamar la atención a los defensores sobre estas cuestiones, promoviendo que la carga de trabajo de todos ellos sea útil y adecuada para cada caso.

Al mismo tiempo, es un medio apto para evitar que los defensores se sobrecarguen con casos y tareas que requieren ser realizados con tiempo y

atención. En definitiva, se trata de un recurso de organización que colabora a evitar que haya defensores que hagan trabajo innecesario o que se sobrecarguen con trabajo útil y necesario.

5.3 | ¿Qué hacer con la carga excedente de trabajo? Carga de trabajo e independencia

Quizás, la respuesta a la pregunta introduzca una de las cuestiones más novedosas que incorpora este grupo de estándares. La respuesta adecuada es que no es problema de las oficinas de defensa pública.

En principio, esta formulación puede resultar inaceptable, pero creemos que hay buenos fundamentos que la respaldan. No debe leerse esta respuesta en el sentido de que, a quienes integran un servicio de defensa o se ocupan de las tareas de su conducción, les dé lo mismo que haya personas que sean sometidas a proceso penal sin contar con la asistencia de un abogado.

Se trata de que esta respuesta tenga relación con el concepto de independencia que desarrollamos en el primer punto. Si el compromiso de cada defensor público en concreto debe ser única y exclusivamente con los intereses de sus clientes en concreto, aumentar su carga de trabajo con el fin de prestar servicios a nuevas personas, en desmedro de la calidad del servicio prestado a los primeros clientes, es decir, tomar nuevos casos cuando su carga de trabajo se encuentre saturada, constituye una falta de profesionalismo con sus compromisos originales.

Cuando un defensor (sea público o privado) toma uno caso o más, realiza un pacto con sus clientes, en el sentido de que les brindará un servicio profesional de calidad. Esa calidad se verá afectada siempre que la carga de trabajo total de ese defensor sea desmedida para su capacidad. Luego, tomar más casos que los que puede defender con excelencia constituye una violación del pacto con los primeros, pero también el inicio de un pacto viciado con los clientes admitidos a partir de ese punto en el que la capacidad máxima de trabajo del defensor ha sido superada.

En definitiva, la consecuencia de estos argumentos es que las oficinas que prestan servicios públicos de defensa penal no tienen la obligación de asumir un rol asistencial, haciendo “lo que se pueda” con los recursos asignados.

Las defensorías pueden y deben garantizar y proteger la independencia de los abogados que forman parte de las mismas. Esto último (siempre para ser respetuosos de los intereses de sus clientes) supone cuidar que la carga de trabajo sea tal que permita garantizar la calidad del servicio prestado. Cuidar la independencia, en este sentido, supone también que las defensorías se preserven de cumplir el rol de instituciones legitimadoras del ejercicio del poder punitivo estatal.

Nuestros Estados han asumido la obligación de utilizar el poder represivo como *ultima ratio*. Esto significa que siempre que puedan intervenir en los conflictos sociales a través de medios no violentos, deben hacerlo. O sea, el Estado no tiene la obligación de criminalizar personas; la decisión acerca de en qué casos y bajo qué condiciones, se hace uso del poder represivo es una decisión ejecutiva que tiene que respetar ciertos límites.

Uno de los límites principales es el siguiente: sólo puede aplicarse una pena si se ha hecho un juicio a una persona y se la ha declarado culpable. Para que ese juicio sea legítimo, los acusados deben contar con la asistencia de un abogado en condiciones de prestar servicios de defensa de calidad. Entonces, sólo puede considerarse legítimo el intento de aplicación de una pena en la medida que, a la persona potencialmente destinataria se le garantice la posibilidad de contar con los servicios de un jurista que tenga la posibilidad de trabajar el caso con niveles de calidad adecuados.

En este contexto, si el Estado decide acusar a un número n de personas que no pueden costearse un abogado, debe garantizar que habrá fondos y recursos disponibles para proveer de servicios de defensa adecuados para cada una de las personas acusadas. Luego, el Estado sólo podrá acusar legítimamente a ese número de sujetos; la acusación de la persona $n+1$ es ilegítima.

Y, en este sentido, **las defensorías públicas no son el Estado**. Son agencias de servicios públicos, pero no son el Estado propiamente y, por ende, no deben asumir esta responsabilidad. Los defensores públicos no son funcionarios públicos, son profesionales que deben cuidar los intereses de sus clientes, no las condiciones de legitimidad del sistema de justicia. Esa es una preocupación de las agencias ejecutivas del Estado (Ministerios Públicos inclusive).

O sea, las agencias de defensa pública no pueden prestarse al juego de la utilización desmedida de la prisión preventiva, legitimando los procesos en los que se apliquen penas con la comparecencia de abogados que no están en condiciones de garantizar calidad de sus servicios por encontrarse sobrepasados en su capacidad de trabajo.

Un servicio de defensa pública que acepte “hacer lo que se pueda” estará incumpliendo su mandato de independencia, estará cuidando los intereses de las agencias ejecutivas que necesitan legitimar la utilización del poder punitivo, bajo circunstancias ilegítimas, en lugar de cuidar los intereses de sus clientes en concreto, con quienes tiene su compromiso principal.

6 | Las aptitudes, entrenamiento y experiencia de un abogado defensor deben ser compatibles con la complejidad del caso

Este principio tiene una relación directa con la calidad de los servicios profesionales, con la posibilidad cierta de ejercer de modo efectivo el derecho de defensa y con la cuestión relativa a los deberes de un servicio público de defensa, que es cumplir con estándares objetivos de prestación de servicios, no “hacer lo mejor que se pueda”.

Los criterios de organización del trabajo dentro de una defensoría deben ser tales que garanticen que, en cada caso, el abogado defensor asignado a cada persona, cuente con experticia suficiente para desarrollar una tarea eficaz de defensa técnica.

Este punto ofrece desafíos de carácter organizacional con relación a la viabilidad de otros principios. Por un lado, impone desafíos relativos al principio de representación continua de las personas. Si resulta que debe ser el mismo abogado el que represente a cada persona durante todo el proceso, es importante lograr un sistema de asignación de casos que tenga en cuenta las diversas capacidades y experticia de cada abogado. También deberá tratarse de un sistema que permita identificar cuál es el aboga-

do indicado rápidamente, en la medida que la asignación del profesional debe operarse dentro de las 24 horas desde la detención o la solicitud.

Además, se relaciona con el principio relativo a “igualdad de armas”, en la medida que deberá procurarse asignar abogados más experimentados en casos en los que previsiblemente la fiscalía pondrá sus mejores recursos. La cuestión de la capacitación continua también impacta en este punto, se trata de que las organizaciones que prestan servicios de defensa pública deben poner atención en los procesos de capacitación permanente, para lograr contar con abogados en condiciones de brindar servicios de defensa para los diversos tipos de casos en los que puede intervenir un defensor público.

Finalmente, quizás debamos relacionar esta cuestión con el segundo principio, relativo a la intervención de abogados litigantes en los servicios de defensa pública. En concreto, puede ocurrir que en determinados casos que supongan altos niveles de especialización, la contratación particular de abogados litigantes sea el modo más simple y económico de contar con un profesional capaz de prestar servicios de calidad. Esto debe ser tenido en cuenta sobre todo en jurisdicciones pequeñas, donde habitualmente la defensoría no contará con áreas especializadas.

Nuevamente, debemos tener en cuenta la cuestión de la independencia. Cumplir con este principio significa también respetar el interés de la persona defendida, quien tiene derecho a contar con una representación legal de calidad, lo que sólo puede garantizarse con la actuación de un profesional cuyas aptitudes sean adecuadas para representar su caso.

7 | El mismo abogado debe representar de manera continua al cliente hasta que el caso haya finalizado

Este principio merece algunas consideraciones. Por una parte, hemos insistido mucho en la necesidad de innovar en esquemas de organización que aprovechen economías de escala o hagan más eficiente la utilización de recursos dentro de las organizaciones. En este marco, ideas como la segmentación de la representación por etapas suele ser considerada como un método capaz de potenciar esta eficiencia. Por ello, es importante analizar por qué resulta importante este principio.

En el contexto en que se pensó, el principio tiene un sólido fundamento en consideraciones relativas al funcionamiento del propio modelo adversarial. Se trata de pensar en las mismas cuestiones de las que nos ocupamos al comentar el cuarto principio (tiempo y espacio para entrevistarse con el cliente), relativas al rol de la información independiente en un litigio adversarial, a la construcción de la teoría del caso y a la importancia del vínculo entre abogado y cliente como facilitador de una comunicación que es fundamental para la obtención de información relevante y para que el cliente sea quien tome las decisiones centrales sobre su caso.

Con relación a dichas consideraciones debemos analizar este principio. La idea es que tiene una relación directa con la posibilidad de construcción de un vínculo de confianza efectivo entre abogado y cliente. Y ya dijimos que este vínculo no debe ser percibido sentimental o frívolamente, sino que se trata de un puente indispensable para la construcción de una estrategia defensiva eficaz. Es que la comunicación entre abogado y cliente tiene facetas relativas con lenguaje corporal, modos de expresión, vinculación con familiares o allegados del cliente, conocimientos sobre su ámbito socio-familiar, etc. La representación continua es un medio, una metodología que favorece el desarrollo de un conocimiento más profundo (y luego, más efectivo) del complejo lenguaje abogado-cliente en cada caso.

Por ello, creemos que es una cuestión importante para considerar en el diseño y gestión de una defensoría, que impone desafíos en relación a cuestiones tales como la pronta asignación del abogado defensor (ppio. 3), capacitación y experticia del abogado defensor (ppio. 6).

Finalmente, es conveniente señalar que en un sistema de juicios orales, debemos considerar como “final del caso”, la finalización del juicio. Esto se debe a que hay buenos fundamentos para sostener que es importante que los recursos respecto de la sentencia definitiva deben ser preparados por abogados distintos de aquel que llevó el caso a juicio. A título enunciativo, referimos los siguientes: un nuevo abogado puede ofrecer una mirada fresca e innovadora sobre el caso; un jurista que llevó el caso a juicio corre el riesgo de priorizar su compromiso con su propia estrategia por sobre su compromiso con el cliente; y que, en la etapa de recursos, la principal fuente de información es el registro del caso, no el cliente.

8 | Deben garantizarse condiciones de paridad entre el abogado defensor y la fiscalía con respecto a disponibilidad de recursos y el abogado defensor debe ser reconocido como un igual dentro del sistema de justicia

Se trata del principio que solemos caracterizar como “igualdad de armas”. Tiene aristas diversas.

8.I | ¿Qué significa ser reconocido como igual?

Nuestras credenciales profesionales suelen hacer referencia a esta cuestión, recordando que los abogados “están equiparados a los magistrados judiciales en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele”. La cultura inquisitorial incluye, de parte de los magistrados, ciertas actitudes propias de la pompa monárquica. Debemos tener presente que uno de los objetivos de las defensas públicas debe ser la proactividad en el quiebre de este tipo de prácticas medievales. O sea, no se trata de que deba utilizarse este principio para exigir que, como defensores públicos, se nos permita ingresar en la corte del rey inquisidor.

El reconocimiento como igual es, fundamentalmente, un dispositivo legal, relativo a contar con la posibilidad de hacer todos los planteos que correspondan, en un ámbito en el que se garantice el juego justo (típicamente, las audiencias). Y, en este sentido, dicho principio tiene una relación directa con el oficio de la imparcialidad del juez. Debemos pensar que la garantía de trato igual, supone fundamentalmente, que el juez guarde su rol de imparcialidad y garantice igualdad en el ejercicio de facultades entre defensa y fiscalía. Al mismo tiempo, también debemos entender este principio como relacionado con la no discriminación de los defensores en otros ámbitos públicos, con vinculación al trato recibido por los fiscales. Por ejemplo, llegada a sus clientes en cárceles y lugares de detención, acceso a registros e información pública en la tarea de investigación y preparación del caso.

8.2 | ¿Qué son condiciones de paridad?

Por otra parte, debemos prestar atención a la idea de condiciones de paridad. En primer lugar, las tareas, objetivos, metas, formas de trabajo, etc. de la fiscalía no son las mismas que las de la defensoría.

De lo que se trata, es de que existan condiciones de paridad, en el sentido que en cada caso, la defensa pueda operar de modo eficaz en el desarrollo de su caso. Entonces, paridad significa que en cada caso, cada defensor llegue a sus audiencias en condiciones de presentar una estrategia efectiva de defensa.

Esta cuestión tiene dos facetas. Una, relativa a las propias defensorías, a que una organización de defensa pública debe contar con los recursos mínimos aceptados como adecuados para el cumplimiento de sus fines (espacio físico, condiciones de seguridad, un esquema salarial sensato para sus integrantes, recursos humanos de apoyo administrativo, áreas de investigación y apoyo, tecnología suficiente para trabajar efectivamente y otro tipo de medios). La otra faceta se refiere a la proporción entre recursos disponibles y carga de trabajo.

Sólo podrá tener paridad de condiciones, en el sentido que referimos, una organización de la defensa que cuente con una carga de trabajo manejable. Una defensoría bien organizada y dotada de recursos suficientes, será incapaz de garantizar paridad si se encuentra colapsada.

Sobre el principio que nos ocupa, quisiéramos decir algo acerca de la capacidad de desarrollar investigación independiente. Volvemos a hacer referencia a lo que expusimos sobre la lógica de un modelo adversarial para sostener que una oficina de defensa (pública o privada) debe contar con investigadores para el desarrollo y construcción de sus casos. No puede garantizarse una estrategia efectiva sin este trabajo.

En consecuencia, en términos de gestión de los nuevos organismos, es imperioso que las defensorías comiencen a destinar recursos a la contratación y formación de investigadores. Esto significa en concreto, que no debemos contratar más defensores o pedir más cargos mientras no incorporemos investigadores suficientes.

La experiencia dice que un caso tiene mayores probabilidades de éxito si combinamos un defensor regular con un investigador muy bueno, que

si conectamos un defensor brillante con un investigador regular. En la situación de un defensor sin investigador, el panorama empeora.

Se podrá objetar que se necesitan más defensores porque los que se tienen no rinden suficientemente con sus casos. Sin embargo, nosotros consideramos que no puede ser un problema de la defensoría. La responsabilidad del defensor es no aceptar casos más allá de su capacidad de representación eficaz. Y esta eficacia incluye el desarrollo de investigaciones independientes. Entonces, si el abogado no puede llevar adelante eficientemente los casos que tomó, no debe continuar aceptando otros nuevos y debe poner a las agencias ejecutivas del Estado en posición de definir cómo proveerán de recursos suficientes al sistema de defensa para dar cobertura a todos los casos que pretende perseguir. Su obligación es con sus clientes, no con la legitimidad general del sistema punitivo.

Nos interesa poner de relieve esta cuestión: lograr paridad no es una tarea que pueda lograrse, solamente, pidiendo siempre más recursos. En un contexto de recursos escasos, disputar la paridad de armas requiere que las defensorías puedan poner límites a su propia carga de trabajo. Al mismo tiempo, sugerimos que éste es un medio adecuado para limitar el flujo de punibilidad de las agencias ejecutivas.

9 | Los abogados defensores deben contar con acceso a educación legal continua y debe exigírseles cumplir con esta actividad

El ejercicio del derecho de defensa depende directamente de la calidad de los servicios profesionales de los abogados defensores. Y ella depende en gran medida de la capacidad técnica que, a su vez, está condicionada por la capacitación de los defensores.

La capacitación continua es una estrategia fundamental para fortalecer las capacidades técnicas de las defensorías y los defensores. Lograr un modelo adecuado de capacitación enfrenta dificultades y desafíos de gestión.

9.I | ¿Cuáles son las dificultades tradicionales para lograr modelos adecuados de capacitación continua?

Habitualmente, los defensores han trabajado con libertad absoluta, en el sentido de que no han tenido ninguna obligación de capacitarse.

Las capacitaciones, usualmente, no han tenido vinculación directa con la necesidad de cumplir con metas institucionales. Por el contrario, han buscado fortalecer capacidades claramente identificadas.

Las organizaciones del sistema de justicia habitualmente subestiman la inversión en capacitación, dando lugar a actividades subfinanciadas que normalmente acarrean la falta de calidad en las mismas. Esos espacios de formación no son pensados ni desarrollados con una visión estratégica de la organización.

Es importante considerar este noveno principio también en relación con el principio sexto, relativo a las aptitudes de los defensores para trabajar sobre diversos tipos de casos.

Estos son algunos de los desafíos ligados con la vigencia de este principio que deberemos tener en cuenta con respecto a la gestión de las defensorías.

10 | Los abogados defensores deben ser supervisados y sistemáticamente auditados sobre la calidad y eficiencia de su trabajo, de acuerdo con los estándares nacionales y locales adoptados

Para ello resulta necesario repensar las dinámicas de funcionamiento de las defensorías penales en los nuevos sistemas adversariales, para trasladar a sus estructuras organizacionales las modificaciones que resulten necesarias para optimizar su funcionamiento. No parece aceptable que aún

encontremos servicios de defensa pública que mantengan la estructura de funcionamiento que, a modo de espejo, “allá lejos y hace tiempo” se adaptó a las necesidades de los perimidos Juzgados de Instrucción.

En esa línea de pensamiento, se hace imprescindible explorar nuevas y creativas estructuras burocráticas que sin caer en los defectos que caracterizan a éste tipo de organizaciones, de manera simple y sencilla permitan la supervisión y el control de la calidad y eficiencia de las tareas desarrolladas.

Tan solo a modo de ejemplo, incorporamos a continuación un cuadro⁽⁶⁾ en el que se ha plasmado un modelo de gestión que podría ser aplicable, sin perjuicio de las obvias diferencias cuantitativas, a cualquiera de nuestras provincias:

TABLA 1.



Para finalizar, consideramos importante subrayar que los caminos que en adelante nos quedan por recorrer para lograr delinear e incorporar nuevas prácticas a los sistemas adversariales que nos permitan desplazar las del viejo proceso inquisitorial, deberán cimentarse sobre un nuevo marco teórico que será tarea de todos construir. Vaya el presente trabajo como un modesto aporte en esa dirección.

(6) MARTOS, WALTER, “Reforma Procesal Penal en la Provincia de La Pampa. Adecuación Estructural del Ministerio Público de la Defensa a la luz del nuevo Sistema Acusatorio implementado por ley 2287”; Programa Argentino de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal; CEJA/INECIP/Ministerio Justicia de la Nación; 2012.

Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

AAVV, *Estado e infancia. Más derechos, menos castigo. Por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad*, Neuquén, Universidad del Comahue, Editorial de la Universidad Nacional del Comahue, 2011.

AA. VV., *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, Ceja, 2005. Ver texto en <http://www.cejamericas.org>

ABALOS, RAÚL WASHINGTON, *Derecho procesal penal. Cuestiones fundamentales*, 1ra. ed., Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, t. I.

AGAMBEN, GIORGIO, *Ausnahmezustand*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2004.

ALBRECHT HANS, JÖRG, “Terrorismo e Investigación Criminológica. Un Inventario”, en *Criminalidad compleja terrorismo y cyber-criminalidad*, Buenos Aires, Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004.

ALMARAZ, JOSÉ, “La transición del modelo interactivo al sistémico en Parsons”, en *Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 8, España, 1979.

ALONSO, SILVINA A., “De la prueba de indicios en el delito de lavado de activos”, en *Revista de derecho penal económico. Derecho penal tributario IV*, Rubinzal Culzoni, 2010.

ÁLVAREZ, ALEJANDRO, *Justicia penal y espacio regional*, Bs. As., AD HOC, 2004.

ANDERSON, PERRY, “Europa frente a la hegemonía alemana. De la solidaridad al vasallaje”,

en *Le Monde Diplomatique, Dossier Internacional*, enero de 2013.

ANITUA, IGNACIO G., “Historia de los pensamientos criminológicos”, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2005.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

AROCENA, LUIS; SOSA, CLAUDIA, et al., “Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito (estado actual de la cuestión)”, 1ra. ed., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / OA, 2010, cap. 8. Ver texto en <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Recupero%20de%20Activos%20-%20form%20red.pdf>

AROCENA, GUSTAVO A., “Prólogo del Dr. José Daniel Cesano”, en *Delitos aduaneros*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2004.

AROCENA, GUSTAVO A., *Delitos aduaneros*, Córdoba, Mediterránea, 2004.

ASHWORTH, ANDREW y LUCÍA ZEDNER, “*Just Prevention. Preventive rationales and the limits of the criminal law*”, en R. A. Duff / S. Green (eds.), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

AYTELMAN, ANDRÉS, “La Fiscalía del Crimen del Bronx”, en *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, nº 2, Bs. As., Del Puerto, 1997.

BACIGALUPO, E., *Compliance y derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2012.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BACIGALUPO, ENRIQUE, “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la responsabilidad del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en *Derecho Penal Económico*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- BACIGALUPO, SILVINA, “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995”, en E. Bacigalupo (coord.), *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- BACIGALUPO, SILVINA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.
- BAIGÚN, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*, Bs. As., Depalma, 2000.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- BALCARCE, FABIÁN, *Derecho penal económico*, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2003.
- BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 2011, t. II.
- BALCARCE, FABIÁN, “Proceso de generalización y clasificación de las defraudaciones”, en *Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico*. Ver texto en <http://www.ciidpe.com.ar/area2/clasifdefraudaciones1.pdf>
- BARBERO SANTOS, MARINO, *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, 1985.
- BARROS DE CASTRO, ANTONIO y LESSA, CARLOS F., *Introducción a la economía desde un punto de vista estructuralista*, México D. F., Siglo XXI, 1967.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *In Search of Politics*, Oxford, Polity Press, 1999.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, Frankfurt am Main, Fischer, 1995.
- BAYNES, L., “*Just Pucker and Blow? An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act*”, en *St. John's Law Review*, nº 76, 2002.
- BECERRA, FEDERICO, *Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la aplicación de la Ley Penal más Benigna*, Bs. As., La Ley, 25/09/2009, 6.
- BECK, ULRICH, *Una Europa alemana (Das Deutsche Europa)*, 1ra. ed., trad. de Alicia Valero Martín, Bs. As., Paidós, 2012.
- Behind the corporate veil. Using corporate entities for illicit purposes*, OECD-2001.
- BEILFUSS GONZÁLEZ, CRISTINA, *El trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, España, Bosch, 1997.
- BERMEJO/PALERMO, “*Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Officers wegen Beteiligung an einer Straftat*”, en Kudlich/Kuhlen/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg et al., 2012.
- BERNAUS, JOSÉ (comp.), *Código Penal Económico*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1980.
- BERNDT Y HOPPLER, “*Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance*”, en *BB Cuaderno*, nº 48, 2005.
- BERTAZZA, HUMBERTO y MARCONI, NORBERTO, “La nueva ley penal tributaria (Segunda

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- Parte)”, en *Revista Práctica Profesional*, nº 158, Bs. As., La Ley, enero de 2012.
- BIAGOSCH, ZENÓN A. y D’ALBORA (h.), FRANCISCO J., “Lavado de dinero y unidad de información financiera”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2001-D, t. 28.
- BIELSA, RAFAEL “Lineamientos de derecho penal fiscal”, en *Revista Jurídica La Ley*, S/D, t. 28.
- BINDER ALBERTO, *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Bs. As., Astrea, 2011.
- BINDER, ALBERTO, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Bs. As., Ad Hoc, 2012.
- BLANCO CORDERO, ISIDRO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- BLOY, RENE, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1985.
- BÖHM, MARÍA LAURA y GUTIÉRREZ, MARIANO H., “Introducción”, en Böhm Gutiérrez (comp.), *Políticas de seguridad*, Bs. As., Editores del Puerto, V-XXXI, 2007.
- BÖHM, MARÍA LAURA, “*Endanger Law, War on Risks in German Criminal Law*”, en Gunnar Duttge (ed.), *The Law in the Information and Risk Society*, Göttingen, Göttingen Universitätsverlag (en imprenta), 2011.
- BÖHM, MARÍA LAURA, “Políticas criminales complementarias. Una perspectiva biopolítica”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección criminología, teoría y praxis*, nº 4, Ad Hoc, 2007.
- BÖHM, MARÍA LAURA, “Transformaciones en el Estado de(l) Derecho”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis*, nº 5/6, Ad Hoc, 2008.
- BÖHM, MARÍA LAURA, *Der “Gefährder” und das “Gefährdungsrecht”, Eine rechtssozio-logische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen, Göttingen Universitätsverlag, 2011.
- BONZON, JUAN C., *El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias*, Editorial La Ley 1990-C.
- BORINSKY, MARIANO y CATANIA, ALEJANDRO, “Coerción penal a las personas jurídicas”, en Zulita Fellini (dir), *Temas de derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas*, Bs. As., Grün Editora, 2004, t. I.
- BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Bs. As., Ad Hoc, 2004.
- BORINSKY, MARIANO; GALVÁN GREENWAY, JUAN; LÓPEZ BISCAYART, JUAN y TURANO, PABLO, *Régimen penal tributario y previsional. Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.
- BOURDIEU, PIERRE, “El mito de la mundialización y el Estado social europeo. Intervención ante la Confederación General de los Trabajadores Griegos reunida en Atenas, 1996”, en *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999.
- BUOMPADRE, JORGE, *Estafas y otras defraudaciones*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2005.
- C. S. WILSON y LUPTON, “*The social background and connections of top decision makers*”, *The Manchester School*, vol. 27, nº 1, 1959.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “*In dubio pro reo y recurso de casación contra la sentencia condenatoria*”, en *Revista Jurídica La Ley*, La Ley, 1999-F.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la ley 23.984*, 3ra. ed., Bs. As., Depalma, 1998.
- CALLAHAN, E. y DWORKIN, T., “*Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*”, en *Villanova Law Review*, nº 37, 1992.
- CALLAHAN, E., DWORKIN, T. y LEWIS, D., “*Australian, UK, and US Approaches to Disclosure in the Public Interest*”, en *Virginia Journal of International Law*, nº 44, 2003-2004.
- CALLEGARI, ANDRÉ L., “Blanqueo de capitales. Aspectos penales y procesales”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, IJ-LXVI-370.
- CAMPBELL, JOHN L., “*Neoliberalism's penal and debtor states. A rejoinder to Loïc Wacquant*”, en *Theoretical Criminology*, 14 (1), 2010.
- CANDA, FABIÁN, *El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo*, S/D.
- CAPARROS, FABIÁN, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.
- CARRICART, MARIANO E. y CLAUSEN, ASTRID, *Regulación del Banco Central de la República Argentina en Materia Cambiaria*, Bs. As., La Ley, 18/03/2005.
- CARRIZO, RUBÉN, “Fraude empresarial. ¿Un nuevo tipo defraudatorio o un forzado reciclaje legislativo?”, en *DJ*, 2003-3.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La intervención administrativa*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1994.
- CASTRO MORENO, ABRAHAM, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- CATANIA, ALEJANDRO, *Régimen penal tributario. Estudio sobre la ley 24.769*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.
- CATAÑO, SERGIO R., *Orden político y globalización*, Bs. As., Ed. Ábaco de Rodolfo De Palma, 2000.
- CAVICO, F., “*Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis*”, en *South Texas Law Review*, nº 45, 2003-2004.
- CHERRY, M., “*Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law*”, en *Washington Law Review*, nº 79, 2004.
- CHRISTIE, NILS y BRUUN, K., *Der Nuetzliche Feind, Die Drogenpolitik und ihre Nutzniesser*, Bielefeld, AJZ Verlag, 1991.
- CHRISTIE, NILS, “*Suitable Enemy*”, en Bianchi y Van Swaaningen (ed.), *Abolitionism, Towards a Non-repressive Approach to Crime*, Amsterdam, Free University Press, 42-54, 1986.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2da. ed., Bs. As., Ed. B de F., 2005.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- CRAWFORD, ADAM, “*Situational Crime Prevention, Urban Governance and Trust Relations*”, en Von Hirsch, Garland y Wakefield (eds.), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford and Oregon, Hart Publishing, 2000.
- CRUZ, CARLOS; THUS, VALERIA, ET ÁL., “Cuestiones de imputación en el ámbito de la actividad empresarial”, en Zulita Fellini (dir.), *Temas de derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas*, Bs. As., Grun, 2004, t. I.
- CULP, D., “*Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective*”, en Hofstra Labor Law Journal, nº 13, 1995-1996.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), “Cuestiones pendientes en la nueva ley de lavado de dinero”, en *Revista Jurídica La Ley. Suplemento Penal*, 2011 (julio), 6, 2011-D.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), “El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes”, en *Revista Jurídica La Ley. Suplemento Penal*, 2010 (agosto), 1, La Ley, 2010-D.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), “Lavado de dinero y régimen penal administrativo”, en *Revisa Jurídica La Ley*, La Ley, 2003-C.
- D'ALBORA, FRANCISCO J. (h.), *Lavado de dinero*, Bs. As., Ad Hoc, 2006.
- D'ALBORA, NICOLÁS F. y LÓPEZ, SANTIAGO A., “El proceso penal en la ley de lavado de activos”, en Bertazza Humberto J. y D'Albora Francisco J. (h.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II.
- D'ALESSIO, ANDRÉS, *Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*, Bs. As., La Ley, 2004.
- DE LUCA, JAVIER; PÉREZ DE MATEIS, LAURA y SCHERDROVITZKY, SERGIO, “*Ley 25.602. Derogación de la ley 20.840 y un nuevo tipo de defraudación (a la ciudadanía)*”, en ADLA, 2002-C.
- DE MARINIS, PABLO, “La espacialidad del Ojo Miope (del Poder) (Dos Ejercicios de Cartografía Postsocial)”, en *Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura*, 34-35, dic. 1998.
- DEAN, MITCHELL, “*Demonic Societies, Liberalism, Biopolitics and Sovereignty*”, en Hansen y Stepputat (eds.), *States of Imagination*, Durham, N. C., Duke University Press, 2001.
- DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat, Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere, persönliche Merkmale bei den Aus sage - und Verkehrsdelikten*, Berlín, 1994.
- DEISEROOTH, D., “*Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland*”, en *Betrifft Justiz*, nº 78, 2004.
- DEISEROOTH, D., “*Zivilcourage am Arbeitsplatz-Whistleblowing*”, en *Zivilcourage lernen. Analysen-Modelle-Arbeitshilfen*, Meyer/Doerermann/Frech/Gugel (eds.), Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2004.
- DELEUZE, GILLES, “*Post-scriptum sobre las sociedades de control*”, en *Conversaciones 1972-1990*, Valencia, Pre-Textos, 1995.
- DELMAS-MARTY, “*Partie générale: responsabilité, procédure, sanctions*”, en *Droit Penal des affaires*, París, Presses Universitaires de France, 1990.
- DESCAMPS, PHILIPPE, “Los éxitos del sistema educativo finlandés. Por una escuela igualitaria”, en *Revista Jurídica La Ley*, La Ley, 2003-C.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- ria y de calidad”, en *Le Monde Diplomatique, Dossier Internacional*, enero de 2013.
- DEV KAR AND SARAH FREITAS, “*Illicit Financial Flows From Developing Countries: 2001-2010*”, en *Global Financial Integrity*, diciembre de 2012. Ver en http://iff.gfiintegrity.org/documents/dec2012Update/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries_2001-2010-HighRes.pdf
- DÍAZ, VICENTE O., “Antecedentes del lavado de dinero”, en *Revista de Derecho Penal Económico*, año 2008.
- DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Pamplona, Aranzadi, 2004.
- DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid, Montecorvo SA, 1997.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, MIGUEL, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- DODD NIGEL, “*Laundering ‘money’: on the need for conceptual clarity within the sociology of money*”, en *LSE Research on line*, Cambridge University Press, 2005. Ver texto en www.eprints.lese.ac.uk
- DONNA, EDGARDO A., *Derecho penal. Parte especial*, 3ra. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.
- DUCE, MAURICIO, “Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, 2002, vol. 29, t. 2.
- DURKHEIM, ÉMILE, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992.
- EATWELL, JOHN y TAYLOR, LANCE, *Finanzas globales en riesgo. Un análisis a favor de la regulación internacional*, Siglo XXI, 2006.
- ENGARDIO, PETE, *Chindia. Cómo China e India están revolucionando los negocios globales*, México, Mc Graw Hill, 2008.
- FANELLI, JOSÉ y MACHINEA, JOSÉ, “El movimiento de capitales en la Argentina”, en Ricardo French Davis y Stephany Griffith Jones, *Las nuevas corrientes financieras hacia la América Latina. Fuentes, efectos y políticas*, CEPAL, 1995.
- FARALDO CABANA, PATRICIA, *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- FARALDO CABANA, PATRICIA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- FELLINI, ZULITA, *Temas de derecho penal económico*, Bs. As., Ed. Grun, 2004, t.1.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, “Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)”, en Mirantxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- FERNÁNDEZ STEINKO, ARMANDO, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid, Catarata, 2008.
- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, Dykinson, 1998.
- FILIPPINI, LEONARDO; TCHRIAN, KARINA, “El nuevo sistema de justicia militar argentino. Comentario a la ley 26394”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 7, julio de 2009.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- FISSE, Money Laundering, *Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls*, en *Current Issues Crim. Just.*, n° 6, 1994-1995.
- FOUCAULT, MICHEL, "Das Subjekt und die Macht", en Dreyfus/Rabinow (ed.), *Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*, Frankfurt a. M., athenäum, 1987.
- FOUCAULT, MICHEL, "Die Maschen der Macht", en *Analytik der Macht*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL, "La voluntad de saber", en *Historia de la sexualidad*, México, Siglo XXI editores, 2002, t. 1.
- FOUCAULT, MICHEL, "Nuevo orden interior y control social", en *Saber y verdad*, Madrid, La Piqueta, 1991, (participación en la Universidad de Vincennes, publicado originalmente en *El Viejo Topo*, extra n° 7, 1978).
- FOUCAULT, MICHEL, "Omnes et singulatim. Towards a Criticism of Political Reason", en *Dits et Écrits II, 1976-1988*, París, Gallimard (orig. fr. 1981), 2001.
- FOUCAULT, MICHEL, *Die Wahrheit und die juristischen Formen*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2003.
- FOUCAULT, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität I: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. (Vorlesung am Collège de France 1977/1978)*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *In Verteidigung der Gesellschaft, Vorlesungen am Collège de France (1975/76)*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- FOUCAULT, MICHEL, *Sexualität und Wahrheit. Der Wille zum Wissen*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1977.
- FOUCAULT, MICHEL, *Überwachen und Strafen*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1977.
- FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO, "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal", en *Derecho penal de la empresa*, 2002.
- GALLI, CARLO, *El malestar de la democracia (Il disagio della democrazia)*, 1ra. ed., trad. de María Julia De Ruschi, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2013.
- GALLINO, MIRANDA, *Delitos contra el orden económico*, Bs. As., Pannedille, 1982.
- GAMBLE, ANDREW, *The Free Economy and the Strong State. The Politics of Thatcherism*, Basingstoke, 1994.
- GARCÍA CAVERO, PERCY, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA TORRES, TRISTÁN, *La facultad de querellar de los organismos públicos por el delito de asociación ilícita*, Bs. As., La Ley, 2003-B.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- GARLAND, DAVID, “*‘Governmentality’ and the problem of crime, Foucault, criminology, sociology*”, en *Theoretical Criminology*, 1997, vol. 1 (2).
- GARLAND, DAVID, “*Die Kultur der ‘High-Crimes Societies’. Voraussetzungen einer neuen Politik von ‘Law and Order’*”, en *Soziologie der Kriminalität. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 43/2003, 2003.
- GARLAND, DAVID, “*The Limits of the Sovereign State, Strategies of Crime Control in Contemporary Society*”, en *British Journal of Criminology*, 36 (4), 1996.
- GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- GENÉ, GUSTAVO y CAMERINI, MARCELO A., *Legitimación de activos ilícitos*, Bs. As., Ad Hoc, 2010.
- GERSCOVICH CARLOS GUSTAVO. *Derecho económico cambiario y penal. Incluye la Ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, comentada y concordada*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- GIDDENS, ANTHONY, *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo*, España, Paidós, 1995.
- GIL LAVEDRA, RICARDO y SGRO, MARCELO A., “El nuevo régimen legal de lavado de activos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-D, 18/08/2011.
- GOFFMAN, ERVING, *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Harmondsworth, Penguin, 1968.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “*Compliance und Arbeitsnehmerrechte*”, en Kudlich/Kuhlen/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg et ál., 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas”, en Santiago Mir Puig y Mirantxu Corcoy Bidasolo (dirs.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Madrid, Bs. As., Montevideo, Edisofer, 2009.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano”, en *RDPC*, nº 17, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “La doctrina del ‘delictum sui generis’: ¿Queda algo en pie?”. Ver texto en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR., *Los delitos especiales*, Montevideo, Bs. As., Madrid, Ed. B de F, 2006.
- GÓMEZ POMAR, F. y ORTIZ DE URBINA, I., *Chantage e Intimidación: un análisis jurídico-económico*, Navarra, Civitas, 2005.
- GÓMEZ, TERESA, “La autoría y responsabilidad profesional en materia penal tributaria”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Tributaria 1*, Bs. As., Ad Hoc, 1998.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, *Culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GONZALEZ VENTURA, *Nociones generales sobre derecho penal económico*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- GRACIA MARTÍN, LUIS, “El actuar en lugar de otro”, en *Derecho Penal (I). Teoría general*, Zaragoza, 1985.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una actuación en lugar de otro”, en *LH*, Madrid, Tiedemann, 1995.

GUELER, LUCÍA, “El fracaso de las teorías keynesianas y del ‘Estado de bienestar’”, en *Política y Teoría*, 68 (101), 2009. Ver texto en <http://www.per.org.ar/file/PyT/068/68-keynes.pdf>

GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES, *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Madrid, Colex, 2000.

HABERMAS, JÜRGEN, “*Naturrecht und Revolution*”, en *Theorie und Praxis. Sozialphilosophischen Studien*, Darmstadt, Luchterhand, 1963.

HADDAD, JORGE E., *Ley Penal Tributaria 24.769 comentada*, Bs. As., Depalma, 1997.

HARCOURT, BERNARD E., “*Neoliberal penalty. A brief genealogy*”, en *Theoretical Criminology*, 14 (1), 2010.

HASSINK, H., DE VRIES, M. y BOLLEN, L., “*A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies*”, en *Journal of Business Ethics*, nº 75, 2007.

HAUSCHKA, “*Einführung*”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (ed.), Beck, München, 2007.

HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternhemen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

HENDLER, EDMUNDO S., *La responsabilidad penal de los directivos de entidades financieras*, Bs. As., Depalma, 1982

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U., “Imputación objetiva versus dominio del hecho”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, LH-Cerezo Mir, 2002.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U., *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Comares, 1996.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Revista Política Criminal*, nº 9, vol. 5.

HERRANZ GONZÁLEZ, ROBERTO, “Georg Simel y la sociología económica: el mercado, las formas sociales y el análisis estratégico”, en *Revista de sociología*, nº 87, 2008. Ver en <http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/90331/115512>

HERZINGER, RICHARD, “*Postmoderne ohne Ende*”, en *Die Zeit*, Literatur, 17/1999, 1999. Ver texto en <http://www.zeit.de/index>

HIRSCH HANS, JOACHIM; CEREZO MIR, JOSÉ; DONNA, EDGARDO A., “Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad”. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel, Bs. As., Rubinzel Culzoni, 2005.

HISTERSEERM, KRIS, “*Criminal Finance*”, en *Kluwer Law International*, Holanda, 2002.

HOBBS, THOMAS, *Leviathan*, Hamburg, Meiner, 1996.

HUTCHINSON, TOMAS, “Régimen de procedimientos administrativos”, Bs. As., Astrea, 1997.

ILHARRESCONDO, JORGE, *Delitos societarios*, Bs. As., La Ley, 2011.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- IMRE WIENER, *Economic Criminal Offences. A Theory of economic criminal law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1990.
- ISENSEE, JOSEF, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1983.
- JAKOBS, GÜNTHER, “El ocaso del dominio del hecho”, en Jakobs y Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, trad. de Cancio Meliá, Lima, 2000.
- JAKOBS, GÜNTHER, Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 dirigida a los participantes del Seminario “*Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie*”, bajo la dirección del Prof. Dr. Fritz Sack y del Dr. Jürgen Kühling, en el marco del “Aufbaustudiums Kriminologie” de la Universidad de Hamburgo, 2005.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, en Eser, Hassemer y Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende - Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, 2000.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. ed., trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Cancio Meliá y Feijoó Sánchez, Madrid, 1997.
- JAUCHEN, EDUARDO, *Tratado de la prueba en materia penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J., *Lecciones de derecho mercantil*, 8va. ed., Barcelona, Ariel, 2003.
- JOSITSCH, D., “‘Whistleblowing’ und Korruptionsbekämpfung”, en *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Wohlers (ed.), Schulthess, Zürich/Basel/Geneva, 2007.
- JÜRGEN, LOUIS, y WASSMER, MARTIN PAUL, “Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania”, en *Revista Penal*, nº 9, trad. del Profesor Dr. Héctor Hernández Basualto (Santiago de Chile), España, La Ley, Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide de Sevilla, 2002.
- KANT, IMMANUEL, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1977, t. VII.
- KANT, IMMANUEL, *Zum ewigen Frieden*, Berlin, Akademie Verlag, 1995.
- KAZUMORI, OSHIMA, “Is Industrial Society Governed by Contract?”
- KERSTING, WOLFGANG, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.
- KIRZNER, ISRAEL, “El empresario”, en *Liberatas*, nº 29, ESEADE, 1998.
- KLAUS TIEDEMANN, *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Perú, Grijley, 2009.
- KRASMANN, SUSANNE, “Regieren über Freiheit. Zur Analyse der Kontrollgesellschaft in foucaultscher Perspektive”, en *Kriminologisches Journal*, 31 Jg., H. 2, 1999.
- KRASMANN, SUSANNE, *Die Kriminalität der Gesellschaft. Zur Gouvernementalität der Gegenwart*, Konstanz, UVK Verlagsgesellschaft mbH, 2003.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- KREFT, HEINRICH, “De la guerra fría a la ‘guerra Gris’: los EE.UU. ante el desafío de terrorismo. Una perspectiva europea”, en *Diálogo político*, Bs. As., publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung AC, año XX, nº 3, septiembre de 2003.
- KUHLEN, “*Strafrechtliche Haftung von Führungskräften*”, en *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*, Maschmann (ed.), Nomos, 2009.
- LACLAU, ERNESTO, *Emancipation(s)*, London/New York, Verso, 1996.
- LAMPERT, “*Compliance-Organisation*”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007.
- LASCOUMES, PIERRE y GODREFROY, THIERRY, *Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, París, La Découverte, 2004.
- LEDESMA ÁNGELA E., “La prueba como garantía del proceso penal”, en *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, 2010.
- LEDEZMA, ROSALY y AYALA, ISRAEL, “El Ministerio Público en América Latina: diagnóstico, desafíos y aspectos de gestión”, en *Ministerios Públicos en América latina*, Bolivia, CEJA/FODM, 2011.
- LEMKE, THOMAS, *Eine Kritik der politischen Vernunft*, 3ra. ed., Göttingen, Argument, 2002.
- LEWIN, MOSHE, *El siglo soviético, ¿qué sucedió realmente en la Unión Soviética?*, trad. de Ferrán Esteve, Barcelona, Editorial Crítica, 2006.
- LINDBLOM, CHARLES, “La negociación: la mano oculta en el gobierno”, en *Democracia y sistema de mercado*, México, FCE, 1999.
- LOCKE, JOHN, *Two Treatises of Government*, Cambridge / New York, Cambridge University Press, 1988.
- LUCIANI, DIEGO S., “Un nuevo tipo penal de lavado de dinero”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-B, 978.
- LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP (III)*, 1989.
- LUZZI, MARIANA y NEIBURG, FEDERICO, “Prácticas económicas, derecho y afectividad en la obra de Viviana Zelizer”. Ver texto en <http://www.cultura-economia.org/Presentaci%C3%B3n%20Zelizer%20final.pdf>
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2da. ed., Bs. As., Editores del Puerto SRL, 1996, t. I.
- MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, en Rojo y Beltrán (coords.), *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, Tirant lo Blanche, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2da. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MARTOS NUÑEZ, J. A., *Derecho penal económico*, Madrid, Montecorvo, 1987.
- MAYO CALDERÓN, BELÉN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Granada, Marcial Pons, 2005.
- MECIKOVSKY, JAIME, “Metodología del lavado de dinero”, en Bertazza Humberto J. y D’Albora Francisco J. (h.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo*, Bs. As., La Ley, t. III, 2012.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- MICELI, M., NEAR, J. y SCHWENK, CH., “Who Blows The Whistle and Why?”, en *Industrial and Labor Relations Review*, nº 1, vol. 45, 1991.
- MIER GERALD, *Problems of a world monetary order*, Oxford University Press, 1974.
- MIR PUIG, SANTIAGO, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *EPC (XIV)*, 1991.
- MIR PUIG, SANTIAGO, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 9na. ed., Barcelona, Reppertor, 2011.
- MIRANDA GALLINO, R., *Delitos contra el orden económico*, Bs. As., Pannedille, 1970.
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona, Atelier, 2009.
- MONTAÑEZ PARDO, MIGUEL Á., *La presunción de inocencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- NERCELLAS, MARTA E., “Sólo algunas consideraciones en torno a la ley penal tributaria”, en *Suplemento de Derecho Económico*, Bs. As., La Ley, febrero de 2004.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”. Ver texto en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf, citado por BERTAZZA, HUMBERTO y MARCONI, NORBERTO, *La nueva ley penal tributaria*, La Ley Online.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, en Bajo Fernández (dir.) y Bacigalupo, Gómez Jara Díez (coord.), *Gobierno corporativo y derecho penal*, Madrid, Edit. Univ. Ramón Areces, 2008.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Lustel, 2008.
- NIETO, MARTÍN, ADÁN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, Praxis, 1996.
- NOGALA, DETLEF, “Was ist eigentlich so privat an der Privatisierung sozialer Kontrolle?”, en Sack (Hrsg.), *Privatisierung staatlicher Kontrolle, Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- NÚÑEZ CASTAÑO, MARÍA ELENA, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- OECD, Informe de la evaluación de la Fase 2 sobre el Reino de España. Ver texto en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf>
- OA, “CONVENCIÓN sobre la lucha contra el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”. Ver texto en <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documents/Folleto%202007%20OCDE%20unificado.pdf>
- OA, ”Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción, el rol de la oficina anticorrupción”, Oficina Anticorrupción (OA)/PNUD. Ver texto en: <http://www.anticorrupcion.gov.ar>
- OA, “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global”, Bs. As., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- OJAKANGAS, MIKA, “*Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben und Foucault*”, en *Foucault Studies*, n° 2 (Mai), 2005.
- OTTO, “*Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*”, en *Jura*, 1987.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ma. ed., Berlín, 2004.
- PALACIO LAJE, CARLOS, “El transvasamiento de empresas en el marco del derecho penal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2003-D.
- PALACIO LAJE, CARLOS, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2002.
- PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS, “Receptación y figuras afines”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*, Estudios de Derecho Judicial, 1996.
- PASCALE, RICARDO y PASCALE GABRIELA, “Teoría de las Finanzas, sus supuestos, neoclasicismo y psicología cognitiva”, en *XXI Jornadas Nacionales de Administración Financiera*, 2011. Ver texto en http://www.unsa.edu.ar/afinan/informacion_general/sadaf/xxxi_jornadas/xxxi-j-ac-portada-indice.pdf
- PASTOR, DANIEL, “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal ‘convencional’ a los delitos no ‘convencionales’?”, en Julio Maier (dir.), *Delitos no convencionales*, Bs. As., Ediciones del Puerto, 1994.
- PAVARINI, MÁXIMO, “¿Vale la pena salvar la criminología?”, en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Bs. As., Ad Hoc, 2006.
- PERDICES HUETOS, ANTONIO, “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Mercantil”, en Mirantxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2002.
- PÉREZ LAMELA, HÉCTOR D. y REARTES, ROBERTO, *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*, Bs. As., Depalma, 2000.
- PINEDO, JERÓNIMO, “Burbujas de (In)seguridad. Migraciones, libre comercio y violencia en la era del Turbo-Capitalismo”, en Pinedo; Calveiro; Rodríguez; Rezsés, et al., *Políticas de Terror. Las formas del terrorismo de Estado en la globalización*, Bs. As., Editorial Ad Hoc, 2007.
- PINTO, RICARDO M. y CHEVALIER, OPHELIE, “El delito de lavado de activos como delito autónomo (Normativa de la República Argentina e Internacional). Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria”, en *JA*, 2002-III-1340.
- PIRENNE, HENRI, *Historia económica y social de la Edad Media*, México, FCE, 1986.
- PIZZOLO, CALOGERO, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Bs. As., Ediar, 2002.
- PRADES CUTILLAS, D., “Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas”, en *Revista Jurídica La Ley*, LL (7168), 2009.
- PREDA ALEX, “*The sociological approach to financial markets*”, en *Journal of Economic Surveys*, vol. 21, n° 3, 2007.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP, *Derecho penal español*, 5ta. ed., Barcelona, 2008.
- RAGUÉS I. VALLÉS, RAMÓN, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- internos (*whistleblowers*) como estrategia político criminal”, en *InDret*, 3/2006.
- RAGUÉS I. VALLÉS, RAMÓN, “La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva”, en *InDret*, julio, 2008.
- RAMAYÓN, NICOLÁS, “Un fallo que demuestra los problemas probatorios del delito de lavado de dinero”, en *La Ley Buenos Aires*, La Ley, 2003-659.
- REGINO, GABRIEL, “Globalización, neoliberalismo y control social. ¿Hacia dónde se dirige el derecho penal en México?”, en *Nómadas*, nº 0, 2003. Ver texto en <http://www.ucm.es/info/nomadas/0/gregino.htm>
- RIAÑO IBÁÑEZ, JESÚS L., “La víctima en el juicio oral”, Ver en www.enj.org, 2002.
- RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos económicos*, 1ra. ed., Bs. As., Ad Hoc, 2009.
- RÍOS CORBACHO, JOSÉ MANUEL, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2005.
- RIQUIERT, MARCELO A., *Cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario*, Bs. As., Ediar, 1999.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto, penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, en Wolfgang Frisch y Ricardo Robles Planas, *Desvalorar e imputar*, Barcelona, Atelier libros, 2005.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Barcelona, 2003.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en Arroyo Zapatero y Nieto Martín (coord.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- ROSE, NIKOLAS y MILLER, PETER, “Political power beyond the State, problematics of government”, en *British Journal of Sociology*, 43 (2), junio de 1992.
- ROSE, NIKOLAS, “El gobierno en las democracias liberales ‘avanzadas’, del liberalismo al neoliberalismo”, en *Archipiélago*, 29, 1997.
- ROSE, NIKOLAS, “Tod des Sozialen? Eine Neu-bestimmung der Grenzen des Regieren”, en Bröckling, Krasmann y Lemke, *Gouvernementalität der Gegenwart*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000.
- ROTHSCHILD, K. W. (ed.), “Capítulo 1. The Neglect of Power in Economic Theory”, en *Power in economics*, Inglaterra, Penguin Modern Economics Readings, 1971.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Der Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des Staatsrechts*, Rudolstadt, Greifenhagen, 1953.
- ROXIN, CLAUDIO, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ma. ed., trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Barcelona, 2000.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, 2da. ed., Madrid, Civitas, 1997, t. I.
- ROXIN, CLAUS, “El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo”, en *Dogmática penal y política criminal*, Lima, Idemsa, 1998.
- ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972.
- ROXIN, CLAUS, “Problemas actuales de la política criminal”, conferencia dictada en México, 04/09/2000. Ver texto en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/l/40/5.pdf>
- SAAVEDRA, “*Criminal Compliance aus brasilianischer Sicht*”, en Rotsch (ed.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Nomos, 2012.
- SACK, FRITZ, “*Conflicts and convergences in criminology, bringing politics and economy back in*”, en Ruggiero, South y Taylor (eds.), *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London/New York, 1998.
- SACK, FRITZ, “*Strukturwandel und Kriminalpolitik, Vortrag im Institut für Konfliktforschung. Verein Deutscher Strafverteidiger*”, en XXXIII Symposion “*Neue Lust auf Strafen*”, 27/28, marzo de 2004.
- SACK, FRITZ, “*Von der Nachfrage-zur Angebotspolitik auf dem Feld der Inneren Sicherheit*”, en Dahme, Otto, Trube y Wohlfahrt (Hrsg.), *Soziale Arbeit für den aktivierenden Staat*, Opladen, Leske und Budrich, 2003.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- SCHMITT, CARL, “*Der Führer schützt das Recht*”, en *Deutsche-Juristen-Zeitung*, 39, 1934, col. 945/950.
- SCHMITT, CARL, “*Die Verfassung der Freiheit*”, en *Deutsche-Juristen-Zeitung*, 40, 1935, col. 1133/1135.
- SCHMITT, CARL, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963.
- SCHMITT, CARL, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1922.
- SCHÜNEMANN, B., “*Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989.
- SCHÜNEMANN, B., “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común, para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, en *LH*, trad. de Sacher, Pamplona, Rodríguez Mouriño, 2005.
- SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtliche Methodenlehre*, Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.
- SEPÚLVEDA SCARPA, MARTHA, “Análisis delictual. Conceptos básicos”, en *Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito*, Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010.
- SIEBER, “*Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht*”, en *FS für Klaus Tiedemann*, Sieber u.a. (ed.), 2008.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Español”, en Percy García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- SILVA SERNAQUÉ y SANTOS, ALFONSO, “El neoliberalismo y el derecho penal en las sociedades democráticas”, en *Barco de Papel*, nº 2, 1998, vol. II.
- SIMMEL, GEORG, *Filosofía del dinero*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977.
- SIMON, JONATHAN, “*Governing Through Crime*”, en Fischer y Friedman (eds.), *The Crime Conundrum. Essays on Criminal Justice*, New York, Westview Press, 1997.
- SOFSKY, WOLFGANG, *Sicherheit*, Schriftenreihe der Vontobel-Stiftung, nº 1700, Zúrich, Vontobel-Stiftung, 2005.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1976, t. I.
- SPOLANSKY, NORBERTO, “Delito, error y excusas absolvitorias”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, nº 4 y 5, Ad Hoc, 1997.
- STENSON, KEVIN, “*Beyond histories of the present*”, en *Economy and Society*, 27, 1998.
- STENSON, KEVIN, “*Sovereignty, biopolitics and the local government of crime in Britain*”, en *Theoretical Criminology*, 9 (3), 2005.
- STIGLITZ, JOSEPH, “El fraude de las hipotecas. Capítulo 4”, en *Caída Libre*, Bogotá, Taurus, 2010.
- STOLLE, PEER, “*Die aktuellen Terrorismus-Vorfaehren und ihre Folgen*”, en *Kriminologisches Journal*, 40. Jg., H. 2, 2008.
- SUTHERLAND, EDWIN H., *El ladrón profesional*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1988.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”, en *Separata de la Revista de Derecho Social*, nº 9, Bs. As., año 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, Bomarzo, 2006.
- TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, trad. de Teresa Martín, Barcelona, PPU, 1993.
- TIEDEMANN, KLAUS, *Poder económico y delito*, Barcelona, Ariel, 1985.
- TURANO, PABLO, “Criterios de imputación”, en *Obra colectiva derecho penal tributario*, Bs. As., Marcial Pons, 2008, t. II.
- VERNENGO, ROBERTO J., “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 14, Bs. As., Abeledo Perrot, 1994.
- VILLAVERDE, MARÍA JOSÉ, “Estudio preliminar”, en Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993.
- VIRGOLINI, JULIO E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Bs. As., Del Puerto, 2005.
- VITAR CÁCERES, JORGE, *El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno*, Universidad Diego Portales, 2011.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- WACQUANT, Loïc, “*The Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism*”, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9, 2001.
- WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Bs. As., Manantial, 2000.
- WEDEL, JANINE, *Shadow Elite. How the world's new power brokers undermine democracy, government and the free market*, New York, Basic Books, 2001.
- WELZEL, HANS, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ma. ed, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969.
- WESTERN, BRUCE y BECKETT, KATHERINE, “*How Unregulated is the U.S. Labor Market? The Penal System as a Labor market Institution*”, en *American Journal of Sociology*, 104 (4), 1999.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de derecho penal*, Tijuana, Cárdenas Ed., 1997, t. 1.
- ZARAGOZA AGUADO, JAVIER A., “Investigación y enjuiciamiento del blanqueo de capitales II”, en Caparrós, Eduardo F.; Blanco Cordero, Isidro y Zaragoza Aguado, Javier A., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra. ed., Washington, Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.
- ZEDNER, LUCÍA, “*Pre-crime and post-criminology?*”, en *Theoretical Criminology*, 11 (2), 2007.
- ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, DIEGO, “Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864 inc. d), del Código Aduanero”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Económico*, 2004.

Índice Temático

A

AUTORÍA P. 37, 150, 152, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 211, 250, 254, 255

autoría directa P. 178
autor mediato P. 170, 178
coautores P. 40, 170

C

CÓDIGO PENAL P. 6, 7, 9, 15, 16, 26, 27, 28, 29, 34, 42, 43, 50, 70, 115, 138, 142, 153, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 191, 196, 211, 219, 229, 243, 257, 258, 260, 277, 278, 281, 282, 283, 293, 294, 298, 299, 300, 302, 318, 320, 337, 338, 350

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 20, 217, 317
bloque de constitucionalidad P. 252
reforma de la Constitución P. 20, 217

CORRUPCIÓN P. 5, 11, 12, 57, 236
Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción P. 12, 236

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia organizada transnacional P. 337

Oficina Anticorrupción P. 3, 4

CRISIS ECONÓMICA P. 199, 265, 266, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276

CRISIS POLÍTICA P. 265, 271, 273, 274, 275

DECOMISO P. 19, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 48, 56, 277, 300, 317, 319

Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el proceso penal P. 33, 44, 46, 47

DELINCUENCIA P. 3, 43, 48, 52, 54, 60, 73, 74, 91, 99, 158, 165, 218, 220, 236, 249, 255, 264
delincuencia organizada P. 3, 29, 48, 220

DELITOS ECONÓMICOS P. 45, 51, 54, 77, 83, 91, 99, 100, 126, 131, 134, 143, 217, 221, 230, 341, **deber de informar** P. 56, 66, 321, 323, 324, 325, 329, 330, 333

Grupo de Acción Financiera Internacio-
nal P. 5, 17, 18, 21, 41, 45, 46, 48, 219, 228, 229,

235, 238, 239, 248, 321, 322, 324, 325, 326, 338, 342
informante interno P. 49, 52, 53, 54, 55, 57, 58,

59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, P. 66, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75
ingreso ilegal de divisas P. 38

lavado de activos P. 8, 17, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 44, 45, 46, 47, 51, 70, 71, 96, 160, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 227, 229, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 262, 263, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 330, 333, 335, 336, 339, 342, 344, 346, 347, 349

Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos P. 45, 143, 217, 221, 230

Programas de Cumplimiento P. 50, 51, 60, 66, 68, 70, 71, 72, 74

Unidad de Información Financiera P. 18, 34, 44, 71, 219, 321, 325, 326, 330, 332

DELITOS PREVIOS P. 34, 35, P. 37, 233, 239, 240, 243, 245, 246, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 263

DELITOS DE DOMINIO P. 167, 188
dominio del hecho P. 165, 166, 167, 168,

172, 173, 174, 177, 178, 179, 184, 186, 187

DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER P. 165, 166, 167, 187, 188

DELITOS ESPECIALES P. 150, 164, 167, 168, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189

DELITOS SOCIETARIOS P. 165, 166, 186, 189, 190, 191, 193

administración fraudulenta P. 190, 191, 194, 211

administrador de derecho P. 182, 190, 191, 192, 193, 194

ÍNDICE TEMÁTICO

administrador de hecho	P. 153, 164, 165, 166, 178, 183, 186, 190, 191, 192, 193, 194	
principio <i>societas delinquere potest</i>	P. 157	
responsabilidad penal de la persona jurídica	P. 9, 148, 154, 158, 160, 162	
responsabilidad penal de los administradores de sociedades	P. 148	
DERECHO PENAL	P. 4, 6, 28, 49, 51, 55, 56, 71, 102, 105, 108, 115, 123, 131, 132, 134, 135, 150, 154, 156, 174, 180, 192, 193, 199, 214, 215, 219, 252, 263, 279, 280, 290, 292, 295, 299, 308, 314	
derecho penal aduanero	P. 141, 265, 266, 277, 281, 282, 283, 300, 302, 315, 316, 317, 318, 319, 320	
derecho penal económico	P. 54, 99, 138, 139, 157, 159, 160, 162, 293	
derecho penal militar	P. 281, 282, 302, 314, 315, 317, 318	
DELITO DE DESBARATAMIENTO DE EMPRESA	P. 196, 197, 203, 210, 211, 214, 215	
normal desenvolvimiento de la empresa	P. 200, 202, 204, 205, 206, 208	
G		
GARANTÍA DEL <i>IN DUBIO PRO REO</i>	P. 253	
I		
IMPUTACIÓN	P. 8, 23, 72, 150, 155, 157, 159, 162, 165, 168, 174, 177, 178, 185, 192, 193, 224, 226, 227, 277, 302, 319	
imputación objetiva	P. 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 179, 191, 279	
INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	P. 296	
L		
LEY PENAL EN BLANCO	P. 292, 295, 329	
LIBERALISMO	P. 110, 118, 119, 349	
M		
neoliberalismo	P. 93, 101, 102, 103, 104, 105, 109, 110, 116, 118, 119, 125, 128, 131, 132, 133	
N		
NE BIS IN ÍDEM	P. 221, 222, 223, 226, 228	
P		
PARTICIPACIÓN DELICTIVA	P. 163, 171, 187	
POLÍTICAS CRIMINALES	P. 7, 22, 25, 41, 47, 73, 74, 94, 99, 100, 103, 114, 122, 123, 126, 127, 133, 135, 157, 160, 165, 217, 218, 231, 235, 236, 263, 281, 306, 325	
inseguridad	P. 107, 108, 113, 115, 117, 123, 125, 129, 135, 256, 274, 290	
Política criminal gubernamental	P. 122	
políticas criminales de libertad	P. 114	
políticas criminales de seguridad	P. 115, 117, 133	
políticas criminales de seguridad	P. 114, 115	
políticas criminales "duras"	P. 103	
políticas criminales punitivistas	P. 101, 102, 124	
securitization	P. 129	
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN	P. 282, 298	
PRINCIPIO DE BENIGNIDAD	P. 295	
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	P. 227	
PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	P. 27, 160, 263	
PRINCIPIO DE DEFENSA EN JUICIO	P. 303, 309, 312, 313, 317, 319	

ÍNDICE TEMÁTICO

PRINCIPIO DE INOCENCIA P. 297
presunción de inocencia P. 116, 249, 250, 251

PRINCIPIO DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA P. 283, 293, 294, 296, 317, 319

PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 290,
291, 295, 296, 317, 319

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS P. 317, 319

Q

QUERELLA P. 67, 95, 303, 304

R

RÉGIMEN PENAL ADMINISTRATIVO P. 321, 324, 328, 329, 333

RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO P. 25,
283, 292

infracciones cambiarias P. 283, 296, 302
operaciones de cambio P. 284, 287, 288, 289

RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO P. 141,
143, 150, 162, 265, 275, 277, 281, 282, 302, 303, 304, 305,
307, 311, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320

contrabando P. 45, 137, 307, 313
delitos tributarios y previsionales
P. 141, 143, 312

evasión fiscal P. 89, 137, 144, 145
recaudación fiscal P. 144

REINCIDENCIA P. 293, 299, 317, 319

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO P. 20

S

SISTEMA FINANCIERO P. 18, 40, 51, 58, 77,
78, 79, 80, 81, 82, 85, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 230

activos financieros P. 79, 85, 87, 88, 92, 98
conflictos financieros P. 94, 98

intermediación financiera P. 78, 79, 87, 90, 95
sistema monetario P. 78

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA P. 144, 148

T

TENTATIVA P. 222, 277, 278, 279, 280, 281,
282, 317, 319

TERRORISMO P. 41, 70, 71, 115, 126, 128, 129,
230, 235, 266, 268, 269, 270, 321, 322, 323, 324, 325, 326,
330, 333, 335, 343, 345

Financiación del Terrorismo P. 8, 17,
18, 24, 44, 45, 48, 50, 51, 219, 228, 233, 240, 252, 258, 321,
326, 343, 344

TIPO PENAL P. 37, 38, 39, 150, 151, 169, 173,
174, 175, 176, 181, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203,
204, 205, 206, 207, 209, 211, 212, 214, 215, 228, 229, 233,
234, 237, 239, 240, 244, 245, 246, 247, 253, 254, 257, 259,
260, 262, 263, 280, 284, 287, 288, 289, 290, 317, 319

autonomía del delito P. 234, 241, 242, 243,
244, 245, 246

elemento subjetivo P. 30, 174, 175, 207, 210,
258, 280, 340

tipo agravado P. 242
tipos autónomos P. 242

U

UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA P. 338, 344

Esta revista, con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en abril de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar