

IRRESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Luis Ceserani

I. Abstract

En el presente trabajo se intentará demostrar que de acuerdo a la normativa vigente (art. 303, 304 Código Penal, (C.P.) y ley 27.401) las personas jurídicas no pueden ser imputadas del delito de lavado de dinero. En otras palabras, lo que queremos significar es que las leyes mencionadas de ser aplicadas, tal como están consagradas, no permiten que la persona jurídica sea imputada del delito de lavado de dinero, en los casos en que actúe por si misma; sin la intervención de un tercero. Por todo ello creemos necesario advertir y convocar de “*lege ferenda*” a los fines de que las personas jurídicas puedan responder penalmente, por si mismas, sin la intervención de un tercero por el lavado de dinero.

II. Introducción

En una primera aproximación debemos sostener que las buenas intenciones del cuerpo legislativo, como constan en los debates parlamentarios, y los reiterados discursos del presidente de la Nación no han sido, ni son, suficientes para responsabilizar a la persona jurídica por el delito de lavado de dinero. En rigor de verdad debemos decir que el presente trabajo no se trata de un tema de sensibilidad legislativa o de pruritos meramente doctrinarios o formales; sino que consiste en evidenciar una falla legislativa que por motivos “desconocidos” se ha plasmado en el derecho penal argentino y al cual se tratará de dar un intento de solución. Nos avocaremos, primigeniamente, a destacar la forma en que están consagrada la responsabilidad de la persona jurídica.

III. Consagración legislativa

A estos fines analizaremos dos núcleos normativos; el primero de ellos comprendido por el art. 303 y 304 del C.P. y en segundo lugar referiremos a los artículos 1 y 2 de la ley 27.401.

Núcleo normativo I

El art. 304 C.P. establece que la persona jurídica será responsable si los delitos contenidos en el art. 303 C.P. (acciones de lavado de dinero) son cometidas en nombre o con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ideal.

Núcleo normativo II

La ley 24.701, establece un catálogo de delitos en el art. 1 y luego en su art. 2 establece que las personas jurídicas son responsables por los delitos contenidos en el art. 1 si hubieran sido realizados directa o indirectamente con su intervención o en nombre o interés o en beneficio.

IV. Desarrollo de los núcleos normativos

En una simple lectura se advierte que ambos núcleos normativos (1 y 2) no son similares, sino que por el contrario distan de serlo.

Primer núcleo

Hemos de referir al primero de los núcleos propuestos. En el art. 304 C.P. se establece claramente: “en nombre o con intervención”. El análisis semántico nos permitirá visualizar con claridad las terminologías utilizadas por el legislador. Al referir: “en nombre” hace una clara alusión al representante, administrador, socio o en definitiva cualquier otra persona que actúa en representación de esa persona jurídica; claramente debemos sostener que, bajo este supuesto, no existe posibilidad alguna de que la persona jurídica actúe por sí misma; sino que la persona ideal es solo un instrumento que es utilizado por la persona física para el lavado de dinero. En relación al término “con intervención”; hemos de analizar en primer lugar la palabra “con”. La misma implica: reunión, cooperación o agregación. En otras palabras, podemos decir que este vocablo hace una clara alusión a la intervención de una persona con otra. Para nuestro caso significa la intervención de una persona física con la persona jurídica en la realización de alguna de las acciones de lavado de dinero. La Real Academia Española define a la preposición “con” en los siguientes términos: “implica juntamente y en compañía”.¹ En tanto que algunas otras locuciones refieren que se trata de una

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Buenos Aires, 2006, Tomo a/g, p. 610

preposición inseparable”. Refiriendo al término “intervención”; debemos decir que el mismo significa tener parte en un asunto. Para nuestro caso refiere a que una persona física, actúe o tome parte con una persona física en la comisión del delito de lavado bajo cualquiera de las formas admitidas por el tipo penal. Se colige que para ambas terminologías, que ninguna implica una actuación autónoma de la persona jurídica; sino que tanto al referir “en nombre”, o “con intervención” alude respectivamente a que la persona física es representada o acompañada conjuntamente con una persona física. Queda inexorablemente claro que ninguno de los dos supuestos implica una autoría “*per se*” de la persona jurídica; en ninguno de los dos supuestos la persona jurídica lleva adelante ninguno de los actos típicos de lavado consagrados en el art. 303 Código Penal. Adelantamos, que en este supuesto se consagra la responsabilidad vicarial o por atribución; en el sentido de que existe una transferencia, una traspolación de la actividad realizada por una persona física a la ideal. La actividad que realiza la persona individual al frente de la sociedad le es transferida a la sociedad. La sociedad no ha realizado actividad alguna, o en su caso mínima, sino que quien ha realizado la actividad ha sido la persona física encargada de la administración o de la organización de la sociedad. La conocida teoría del órgano que se enmarca perfectamente en el derecho societario.

El segundo núcleo

Este encuentra su raigambre en el art. 2 de la ley 27.401, al establecer: “hubieran sido realizados directa o indirectamente”. La acepción “hubieran sido realizados directa”, alude claramente a la acción llevada a cabo por la propia persona jurídica; es sin duda alguna una clara intención del legislador proponer que las personas jurídicas sean responsables penalmente de los delitos referidos en el art. 1 de la ley. El verbo realizar hace clara alusión a llevar adelante una acción, a hacer efectiva una acción. Volviendo a las acepciones de la Real Academia Española podemos mencionar que realizar es efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción.² Ahora bien, ¿a qué se refiere el vocablo “directa”? Indudablemente que una acepción sencilla es la de llevar a cabo algo sin intermediario alguno. En tal sentido la acepción es definida de varias formas, pero todas encaminadas a mencionar que no existe una intermediación. Es por ello que directa es definida como: “Derecho o en línea recta. Que va de una parte a otra sin detenerse.

² Real Academia Española, ob. citada p.1906

Que va derechamente a un fin”.³ Va de suyo que la acepción “indirectamente”, significaría lo contrario de directo, pudiendo ser definida como su antónimo; pero en la significancia del mismo existe un claro sinónimo con el término “en nombre” consagrado en el art. 304 C.P. Con lo cual podemos afirmar que entre los vocablos “realizarse indirectamente” y “en nombre” se trata de sinónimos. El legislador ha tomado estos dos términos para significar una persona física actúa en nombre o representación de la persona jurídica. En esto la acepción es clara, no existen dudas. Sin embargo, el problema se produce en relación al término “directa” que no encuentra eco en el art 2 de la ley 27.401 ni en el resto del cuerpo de dicha norma.

V. La problemática de la realización directa

En este acápite abordaremos la temática que hemos llamado de manera incisiva: “problemática”. Mas allá del impacto psicológico que pudiera generar utilización de este término en el análisis jurídico; entendemos que la cuestión se torna verdaderamente problemática, puesto que *solo* en uno de los núcleos normativos (segundo) existe una clara alusión a la realización directa de la acción típica delictiva, en tanto que en el otro núcleo (primero) no se da esta posibilidad. En otras palabras, cuando vemos la redacción del art. 304 C.P., el mismo no autoriza la realización directa, es decir la realización de la acción típica de lavado por la propia persona jurídica, ya que requiere si o si que se la intermediación de otro sujeto. Por otro lado, vemos que el art. 2 de la ley 27.401, si lo autoriza. A esta altura del estudio y más allá de que el lector pueda pensar que solo se trata de una diferencia semántica, debemos recordar la vigencia irrestricta de los principios penales de: legalidad, y máxima taxatividad, los que en definitiva se refieren al tipo penal como un elemento ontológico que determina el momento en el que el poder punitivo del Estado deberá manifestarse y cuando las acciones deberán ser reservadas al amparo del art. 19 de la Constitución Nacional.⁴ Tan solo recordar algunas palabras del maestro alemán Beling: “la acción punible lo es solo la acción *típicamente* antijurídica y culpable”.⁵ Es allí donde radica el problema de esta redacción imprecisa, laxa sin sentido que el legislador ha tras-

³ La Fuente, Diccionario Enciclopédico Ilustrado, publicado bajo la dirección de José Alemany de la Academia Española, Editorial Ramon Sopena, Barcelona, España, 1935, p. 488

⁴ Jakobs, Gunter, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2da edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 89

⁵ Von Beling, Ernest, Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito – tipo, Depalma Editores, Buenos Aires, 1944, p. 38

lucido en las diferencias normativas. La redacción del art. 304 C.P. cae en las imprecisiones propias del lenguaje como son la ambigüedad y vaguedad; cuestiones que el legislador debe evitar por todos los medios. Por otro lado, el sentenciante al momento de imputar y responsabilizar penalmente a un sujeto no puede extender más allá de los supuestos contemplados expresamente. Este parámetro se vincula con la capacidad indicativa y comunicativa del lenguaje.⁶ El juez debe “bajar” el tipo penal de lo más general al caso en concreto, mas no partir de la inexactitud de la norma para aplicarlo a supuestos no expresamente contemplados; lo cual constituiría un supuesto de analogía; por cierto inaplicable en el ámbito del derecho penal. Jakobs refiere a estos casos a los cuales considera como el problema de la prohibición de generalización⁷. La ausencia de los elementos del tipo, en clara alusión a la ausencia de la realización directa en el art. 304 C.P., implica una verdadera irresponsabilidad de la persona jurídica en el caso de lavado de dinero. En definitiva, si la persona jurídica realiza de manera directa cualquiera de las acciones previstas en el art. 303 C.P. no podrá ser responsable penalmente ya que el art. 304 C.P. no lo autoriza. En esta línea de idea conviene recordar las palabras del maestro Soler: “Allí el proceso comienza con la palabra; la regulación parte de esta y el objeto deberá ser lo que la ley diga y quiere que sea”.⁸ Es que, es justamente aquí donde la aludida diferencia, a simple vista sencilla, se volverá en la praxis forense un verdadero dolor de cabeza; ya que a la persona jurídica no se le podrá imputar la responsabilidad por las acciones previstas y constitutivas del delito de lavado de dinero. Estas son cuestiones que no pueden ser soslayadas o interpretadas de manera distinta a la que aparece consagrada en la norma. Pero sin embargo como si esto no fuese poco; debemos advertir, además, una incoherencia completa en la política criminal respecto de la criminalización de la persona jurídica; la que fuere, en su oportunidad, trasladada al seno de la redacción de la ley de responsabilidad de la persona jurídica. Es necesario en tal caso, hacer un poco de repaso de la historia de nuestro derecho societario y del derecho penal a los fines de demostrar la mencionada disgregación. Comenzaremos por recordar las palabras del maestro alemán Anselm Feurbach, quien sostuvo que para existencia de imputación se requiere: “1) Que el crimen como exterioridad (inmediata o mediata) tenga su fundamento en el potencial volitivo de la persona II) Que la determinación de la voluntad (negativa o positiva) que sea causa del crimen también internamente, esto es, en el ánimo del autor, contraríe la ley penal, para lo cual el mismo: 1)

⁶ Soler Sebastián, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 148

⁷ Jakobs, Gunter, *ob. citada*, p. 99

⁸ Soler, Sebastián, *ob. citada*, p. 149

deberá conocer el crimen y su punibilidad, 2) como también hallarse en un estado en que pudiera determinar su voluntad conforme a la ley penal y de igual forma 3) haber emprendido u omitido una determinación de voluntad que haya sido causa del crimen”.⁹ Señalaremos que estas palabras del maestro de Jena fueron escritas en 1801, primera oportunidad en que su Tratado de Derecho Penal vio la luz; con lo cual desde aquel entonces se afirmaba una inequívoca tendencia a sostener que la única posibilidad de ser imputable era siendo una persona física, que contare con voluntad, animo de cometer el crimen, y que, a la vez, pudiera hallarse en estado de poder determinar su voluntad. Se colige que la persona ideal o jurídica no estaba en miras de ser considerada como imputable. Un poco más en el tiempo, fuera del ámbito del derecho penal, y concretamente en el derecho civil; Vélez tuvo una clara idea del tema y sostuvo que la persona jurídica no era un ser libre e inteligente y en consecuencia no podía ser alcanzada por el derecho criminal; así lo expresa en la nota del art. 43 del Código Civil.¹⁰ La máxima de irresponsabilidad de la persona jurídica, durante muchos años, se predicaba con una alocución latina: “*societas delinquere non potest*”. Al respecto Vítolo expresa: “El Derecho Penal se había encontrado -muchas veces- impedido para sancionar a las personas jurídicas, especialmente las privadas, puesta esta posibilidad chocaba con el principio tradicional “*societas delinquere non potest*”, que ha formado parte del sistema penal desde hace siglos y del que se deriva la idea de que sería imposible hacer responder penalmente a la persona jurídica puesto que el derecho Penal, a lo largo de su historia se ha caracterizado por una concepción individual y personal de la responsabilidad penal, acotada a las personas humanas”¹¹. Coincidentemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había inclinado en el mismo sentido¹². A esta altura del análisis debemos preguntarnos el siguiente interrogante; si durante tanto tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia se mantuvieron firmes en sostener que la persona jurídica era irresponsable, y luego se sanciona la ley 27.401,

⁹ Feuerbach, Anselm, Tratado de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 99

¹⁰ Nota art. 43 Código Civil, “El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica esta privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal”.

¹¹ Vítolo, Daniel, Responsabilidad Penal Empresaria, Ley 27401, comentada, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, Pág. 22

¹² CSJN, Casos: Fly Machine, 2006; y De la Rosa Vallejos, 1983

¿Por qué, ahora, la persona jurídica es responsable sólo de los delitos contenidos en el art. 1 de dicha ley? Además, debemos agregar que los delitos consagrados en dicho artículo son de carácter taxativo, mas no es factible de que esa nómima sea extendida a otros delitos similares. Haciendo una abstracción y frente a un tipo de interrogante del modelo: “sí” o “no”, respecto de si la persona jurídica es responsable penalmente; la respuesta sería: “NI”; es decir ni un “sí” ni un “no”; ya que es solo responsable a medias. Cuando decimos a medias nos referimos a que solo es responsable únicamente por los delitos del art. 1 de la ley; mas no por el resto de los delitos consagrados en el Código Penal. Por supuesto que no pedimos que la persona jurídica sea responsable de los delitos de homicidio, abuso sexual, etc. (propios del accionar humano) pero si lo sea respecto de los delitos de orden económico y de todos aquellos que tengan que ver con el giro comercial de la sociedad y sean realizados por la propia persona jurídica (intervención directa) o con la intervención de una persona física que actúe en su nombre o representación y que se encuentren consagrados en la ley. En el momento de sancionarse la responsabilidad de las personas jurídicas; la consagración legislativa de las mismas debió ser amplia, es decir por todos los delitos, inclusive las acciones constitutivas de lavado de dinero (art. 303 C.P.). ¿Cómo es posible que en el siglo XXI, que las personas jurídicas no serán responsables por si mismas (sin intervención de un tercero) por la realización de las acciones constitutivas del delito de lavado? Pero hay interrogantes, es que a poco de recurrir a los populares dichos, el famoso y conocido dicho: “lo que abunda no daña”, nos lleva a pensar: ¿Por qué el legislador no incluyó al lavado de dinero en el catálogo de delitos del art. 1? ¿Cuál es la razón? La respuesta: “no se sabe”; ni siquiera los debates parlamentarios de la ley 27401 arrojan luz sobre el tema. También podríamos pensar, siguiendo los razonamientos de Thomas Kuhn, que la sanción de la ley de responsabilidad de las personas jurídicas significó un cambio de paradigma.¹³ Pues bien, entonces debemos decir que no hay razón valedera para justificar esta terrible omisión. ¿Podría pensarse en una expansión del derecho penal al decir de Silva Sánchez?¹⁴ ¿Sería factible de sostener una sobrecriminalización en los términos de Husak?¹⁵ Advertimos que ninguno de los supuestos aludidos acontecería, ya que la responsabilidad de las personas jurídicas respecto del delito de lavado ya está catalogada, pero insuficientemente; puesto que el art. 304 C.P. es escaso respecto de la responsabilidad al no aludir a los hechos

¹³ Kuhn, Thomas, *La revolución Copernicana*, Hyspamérica, Madrid, 1978

¹⁴ Silva Sánchez, Jesús, *La expansión del derecho penal*, B de F Editores, Montevideo-Buenos Aires, 2011

¹⁵ Husak, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, España, Madrid, 2013

realizados por la propia persona jurídica. Estos argumentos debían haberse planteado previo a todo tipo de legislación sobre la persona jurídica, es decir antes de la sanción del art. 304 C.P. que es anterior a la sanción de la ley 27401. Entendemos que en gran parte del campo doctrinario nacional, prevalece la concepción de aceptar que la ley 27.401, ha tomado un modelo de responsabilidad vicarial. Sin que lo siguiente signifique una crítica hacia mis colegas doctrinarios, a quienes admiro y felicito por sus nobles publicaciones, consideramos que debemos dejar de lado esta idea “asumida” de la responsabilidad vicarial y en su lugar asumir la responsabilidad por el hecho propio basado en la concepción apoiética de la organización empresarial societaria. No es posible negar que con la globalización, las grandes organizaciones no puedan autosatisfacerse, o autobastarse a los fines del giro comercial, lo cual marca la señal de que debemos proceder a alumbrar un nuevo campo doctrinario para que opere el cambio legislativo. Como se dijo, precedentemente, no es crítica alguna; pero basta señalar un párrafo de Abralde quien establece: “La ley 27401, ha adoptado un sistema vicarial en materia de responsabilidad de la persona jurídica”¹⁶. Adelantamos que no coincidimos con esta postura doctrinaria. Por otro lado, autores un poco más moderados, como Jacobucci, sostienen una situación especial en torno a la responsabilidad de la persona jurídica en la ley, ya que este autor admite la posibilidad de que la persona jurídica puede cometer el ilícito por si misma¹⁷. En la misma línea argumental se encuentran autores como Vitolo¹⁸, Bacigalupo Silvana, quienes también sostienen que la persona jurídica puede realizar los ilícitos del art.1 por si misma¹⁹. De manera tal que nos encontramos en una postura difícil, aunque creemos firmemente que a la postre habrá una salida triunfadora para el derecho. Consideramos que de acuerdo a los tiempos y caminos por los que transitamos, en los cuales la criminalidad organizada y transnacional son moneda corriente; debemos abolir esta postura vetusta, de la responsabilidad vicarial; que también se torna ambivalente e inexacta para el siglo XXI. Debemos asumir, como se dijo, y reafirmar la necesidad de una postura de responsabilidad de la persona jurídica basada en la capacidad autopoiética que tiene la organización empresarial; esto es la capacidad de reproducirse que tiene la propia organización. Es sabido que existen tres sistemas autopoiéticos: el hombre, el dere-

¹⁶ Abralde, Sandro, Responsabilidad Penal de las personas jurídicas privadas, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2018, p. 86

¹⁷ Jacobucci, Guillermo, La empresa como sujeto de imputación penal, La Ley, 2017-F, 798

¹⁸ Vitolo, Daniel, ob. citada, p. 225

¹⁹ Bacigalupo, Silvana, La Responsabilidad de las personas jurídicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1998

cho y la organización. Si bien debemos decir que la capacidad de reproducirse de cada uno de ellos difiere, lo cierto que es que los tres pueden reproducirse a sí mismos a partir de sus propios productos ²⁰. En la capacidad de organización debe hallarse a la mentada capacidad de organización; que el derecho penal tradicional reclama de las personas jurídicas. Heine entiende que dicho dominio de la organización de carácter sistémico funcional en el derecho penal es el equivalente funcional al dominio del hecho en el derecho penal individual ²¹. Lampe hace una variación y sostiene que ambas personas deben abarcarse dentro de lo que se entiende como persona social. Coincidimos con la postura sostenida por Gómez Jara, quien sostiene que llegado determinado momento de complejidad interna la empresa comienza a organizarse a sí misma con lo cual empieza a autoorganizarse de manera tal que esa capacidad de acción requerida por el derecho penal tradicional es sustituida por esa capacidad de organización que se volvió en cierta manera compleja ²².

VI. Conclusión

En una reducida síntesis podemos afirmar: 1) la persona jurídica no es, por sí misma, responsable penalmente por el delito de lavado de dinero. Ello conforme, la consagración del art. 304 C.P. y los argumentos vertidos. 2) La necesidad de admitir la responsabilidad de la persona jurídica a partir de la responsabilidad por el hecho propio basado en el sistema autopoietico de organización empresarial.

VII. De *lege ferenda*

Proponemos dos tipos de reforma legislativa; 1) Reformar el art. 304 C.P.; consagrar expresamente la responsabilidad de la persona jurídica por los actos realizados de manera directa de las acciones constitutivas del lavado y consagradas en el art. 303 C.P. 2) Modificar el art. 1 ley 27401, y consagrar las acciones de lavado (art. 303 C.P.) como delitos que pueden ser realizados por la persona jurídica.

²⁰ Gómez Jara Diez, Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Thomson Aranzadi, España, 2006, p. 100

²¹ Gómez Jara Diez, Carlos, ob. citada, p. 113

²² Gómez Jara Diez, Carlos, ob. citada p. 116

VIII. Bibliografía

- Abraldes, Sandro, Responsabilidad Penal de las personas jurídicas privadas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2018.
- Bacigalupo, Silvana, La Responsabilidad de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1998.
- CSJN, Casos: Fly Machine, 2006; y De la Rosa Vallejos, 1983.
- Feuerbach, Anselm, Tratado de Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Gómez Jara Diez, Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Thomson Aranzadi, España, 2006.
- Husak, Douglas, Sobrecriminalización. Los límites del derecho Penal, Marcial Pons, España, Madrid, 2013.
- Jakobs, Gunter, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2da edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Kuhn, Thomas, La revolución Copernicana, Hyspamérica, Madrid, 1978.
- La Fuente, Diccionario Enciclopédico Ilustrado, publicado bajo la dirección de José Alemany de la Academia Española, Ramón Sopena, Barcelona, España, 1935.
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Buenos Aires, 2006, Tomo a/g.
- Silva Sánchez, Jesús, La expansión del derecho penal, B de F Editores, Montevideo- Buenos Aires, 2011.
- Soler Sebastián, Las palabras de la ley, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- Vítolo, Daniel, Responsabilidad Penal Empresaria, Ley 20.7401, comentada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.
- Von Beling, Ernest, Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito-tipo, Depalma Editores, Buenos Aires, 1944 .
- Yacobucci, Guillermo, La empresa como sujeto de imputación penal, La Ley, 2017-F, 798.