

# SOCIEDADES COMERCIALES EN “LIBERTAD CONDICIONAL” O “LA PROPIEDAD PRIVADA DE... SUSANITA”

*Carlos María Negri*

## PONENCIA

Resulta inconstitucional el art. 23 del CP que establece que en los casos previstos en el Libro II del Título XIII del CP cualquier juez penal, provincial o nacional competente puede dictar *medidas cautelares* desde el *inicio de las actuaciones* (por ejemplo intervención de sociedades con desplazamiento de órganos) y ordenar el *comiso definitivo* de los bienes que considere procedentes *sin necesidad que medie sentencia alguna*.



## FUNDAMENTACIÓN

### 1 Preliminar

*Cuando la ley se vuelve un instrumento de persecución, el Estado de Derecho desaparece, la igualdad ante la ley se torna un resabio del pasado y la República deja de ser tal.*

Volvemos a lo que algunos autores llaman “*El derecho de los enemigos*” o lo que es lo mismo “*...al enemigo ni justicia*”.

Los *valores* se objetivizan en *Instituciones*. Las instituciones son el marco para el desarrollo de la *autoridad* y del orden público.

Cuando desaparecen los valores (anomia), desaparecen las instituciones y aparece por un lado la anarquía y por el otro el *autoritarismo intimidatorio*. El *miedo* es la única manera de gobernar. Se busca el *temor* del ciudadano y que el mismo deje de ser tal, pues las reglas no existen

salvo la de la imprevisibilidad permanente. Surgen una nueva categoría: “los *beneficiarios*”. A ellos se les dan prebendas que surgen del ilegítimo apoderamiento de fondos públicos.

Se pretendería replicar a nivel nacional, modelos feudales de provincias empobrecidas. *Clases dominantes* que se perpetúan *sine die* en el poder, cooptando el Estado en beneficio propio *confundiendo* lo público con lo privado.

Este *modelo* ha pretendido *colonizar* la Justicia a fin de asegurar impunidad (Reforma del Consejo de la Magistratura).

Este *modelo* ha construido un Estado espía al que se lo ha dotado de enormes recursos.

Este *modelo* ha segmentado y separado a la sociedad (La calidad en la educación o la salud está directamente asociada al poder adquisitivo).

Este *modelo* ha llevado a que *la ley* resulta uno de los diversos instrumentos de persecución para los que piensan distinto, lo que contradice la esencia de la democracia.

La igualdad ante la norma deja de ser tal: *...burro amarrado contra tigre suelto...*

Varios funcionarios públicos (pertenecientes a la AFIP, la UIF, la CNV) han sido denunciados por utilizar los organismos a los que pertenecen —y los fondos públicos de los que se nutren— para atacar y denostar a opositores y simples ciudadanos que manifestaron su disenso. En el caso de detentar la disponibilidad de fondos públicos, se los ha acusado de desviar los mismos a fines diversos a los legalmente estipulados (ANSES).

Diversas normas han sido sancionadas en los últimos tiempos que corroboran lo expuesto precedentemente (El art. 20 de la ley 26.831 —Mercado de Capitales— y su decreto reglamentario que habilita a la CNV a designar veedores o intervenir sociedades por sí y ante sí —sin intervención judicial alguna— es una prueba acabada de ello).

## **2. El art. 23 del Código Penal. Medidas cautelares. Comiso. Inconstitucionalidad**

### *2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido establecida en las últimas décadas en todo el mundo. Baste señalar la Convención de

las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas —aprobado por ley 24.072—, la Convención Interamericana contra la corrupción —ley 24.769—, la Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales —ley 25.319— la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos complementarios —ley 25.362—, etc.

Puntualmente se ha legislado al respecto en diversas normas específicas en nuestro país: ley Penal Cambiaria 19.359, de Abastecimiento 20.680, Código Aduanero —ley 22.415—, Jubilaciones y Pensiones, Ley penal tributaria 24.769, Ley de Defensa de la Competencia 26.156, ley 24.051 de Residuos Peligrosos etc.

En el Código Penal a través de los artículos 304 —ley 26.683— y 313 —ley 26.733—<sup>1</sup> con una pésima técnica legislativa y perdiendo la posibilidad de ordenar este popurrí normativo, se ha establecido la responsa-

<sup>1</sup> **Art. 304 del CP**

“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:

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

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.

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 inciso 2 y el inciso 4”

**Art. 313 del CP**

Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes (Título XIII del CP) hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de

bilidad penal de las personas jurídicas respecto a los delitos previstos en el Título XIII del Libro II de dicho cuerpo normativo (Lavado. —arts. 303, 304, 305 del CP—; Financiación del Terrorismo —art. 306 del CP—; Insider Trading —arts. 307, 308 del CP—; Agiotaje —art. 309, inc. 1 del CP—; Balance Falso en Soc. Abiertas —art. 309, inc. 2 del CP—<sup>2</sup>; Intermediación Financiera no autorizada —art. 310 del CP—; Asientos contables falsos en entidades financieras y mercados de valores —art. 311 del CP—; Dávivas en el otorgamiento de Créditos —art. 312 del CP—.

*2.2. Medidas cautelares para “asegurar el decomiso” de los bienes sobre los que “presumiblemente” pudiera recaer el mismo o para hacer “cesar” la comisión del delito y desde el “inicio” de las actuaciones. Leyes de naturaleza “procesal” dictadas por la Nación e incorporadas al Código Penal. Violación del art. 121 de la CN*

El artículo 121 de la CN establece, que: “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*” Se trata de la piedra basal del federalismo.

El artículo 75 inciso 12, por su parte, determina que se delega al poder central la facultad de legislar en materias de fondo o de derecho sus-

---

una persona de existencia ideal se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal

*Oferta pública*

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.

*Persona jurídica concursada*

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.

<sup>2</sup> Art. 309 segunda parte. Balance Falso Agravado

“*Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.*”

tancial. Así se ha entendido entonces que el dictado del Código Penal le corresponde al Congreso Nacional y a los Estados Provinciales la de crear tribunales locales y dictar los Códigos de procedimiento.

En el art. 23 del CP<sup>3</sup> se establece que el juez penal en los supuestos de los delitos precedentemente mencionados (Lavado; Financiación del

---

<sup>3</sup> **Art. 23 del CP**

*"En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros"*

*"Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados"*

*"Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos"*

*"Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste"*

*"Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá"*

*"En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima" (Párrafo sustituido por art. 20 de la ley 26.842)*

*"En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, 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" (Párrafo incorporado por art. 6° de la ley 26.683).*

*"Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario" (Párrafo incorporado por art. 6° de la ley 26.683).*

*"El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comer-*

Terrorismo; Insider Trading; Agiotaje; Balance Falso en Soc. Abiertas; Intermediación Financiera no autorizada; Asientos contables falsos en entidades financieras y mercados de valores; Dávivas en el otorgamiento de Créditos) “... podrá adoptar **desde el inicio de las actuaciones judiciales** las medidas cautelares suficientes para **asegurar el decomiso** del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de **instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan**, el decomiso **presumiblemente** pueda recaer”.

*“El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.*

La citada norma (incorporada al CP por la ley 25.815) otorga a los jueces penales competentes la facultad de adoptar medidas cautelares suficientes a fin de: a) asegurar bienes eventualmente sujetos a decomiso; b) hacer cesar la comisión de un delito o sus efectos, y c) evitar que se consolide el provecho u obstaculizar la impunidad de los partícipes.

Son reglas de naturaleza procesal que violan en forma manifiesta el art. 121 de la CN (facultades no delegadas por las Provincias al Estado Nacional).

Se ha argumentado a favor de esta disposición que fijar pautas de procedimiento comunes para todos los jueces de la Nación hace al pragmatismo necesario para una política criminal común. Esos autores, toman como positivo la incorporación (inexistente en los códigos de procedimientos penales provinciales) de medidas cautelares “desde el inicio” de

---

*cio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer”*

*“El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.*

las actuaciones judiciales o el agregado de bienes y derechos que hasta el momento de la sanción de la ley no estaban incluidos.

Violar la Constitución no está bien. Por el contrario Está mal. Muy mal. La facultad de legislar en materia procesal penal es una de las no delegadas por las Provincias a la Nación y por tanto corresponde a las legislaturas locales regular la materia. Constituye un resorte legislativo indispensable para el desarrollo de la política criminal de cada uno de los estados locales para emprender los desafíos que las políticas públicas de persecución penal demandan las distintas realidades de cada región del país. (Art. 5 CN).

Se trata de definir si se desea tener un país federal o unitario, o federal o unitario de acuerdo a lo que convenga o decidan mayorías circunstanciales.

### 2.3. Decomiso de bienes y derechos patrimoniales sin sentencia ni condena

Dice el art. 23 del CP (modificado por la ley 25.815) que:

*"...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 estuvieron 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. (Párrafo incorporado por art. 6º de la ley 26.683)"*

#### *Reclamo posterior*

*"Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Párrafo incorporado por art. 6º de la ley 26.683)"*

El decomiso o comiso es una *pena patrimonial accesoria* que consiste en la pérdida de los *instrumentos* (que han servido para cometer el hecho) y de los *efectos del delito* (ganancias o provecho del delito) a favor del Estado.

Siendo una *pena accesoria*, al establecerse una pena sin sujeto (el fallecimiento o la prescripción extinguen la acción penal) estamos más cerca de una confiscación que de una resolución que respeta el *debido proceso* (art. 18 CN), pues se viola el principio de la *personalidad de la pena*.

Originariamente el decomiso se ejecutaba sobre los bienes del condenado o los beneficiarios del delito (cuando el autor o los partícipes hubieran actuado como mandatarios o como administradores de una persona de existencia ideal por ejemplo).

En el supuesto *sub exámine* no estamos en presencia de bienes “*abandonados a favor del Estado*” exigencia para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba (Art. 76 bis del CP, “*El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena*”).

Tampoco estamos bajo un supuesto de *secuestro de bienes* (medida procesal de carácter cautelar que en caso de absolución, será reintegrada a aquel de cuyo poder fue extraída y que de conformidad con lo normado por la ley 20.785 y modificatorias (art 3) prevé su remate en determinados supuestos (por ejemplo transcurridos 6 meses desde el día del secuestro).

## Conclusiones

Consideramos que resulta claramente inconstitucional (y extremadamente peligroso para la salud institucional de la República) que cualquier juez penal pueda dictar “*desde el inicio de las actuaciones*” medidas cautelares de bienes y derechos que pueda considerar *presumiblemente* que puedan ser objeto de comiso.

Consideramos que es inconstitucional proceder al comiso de bienes sin sentencia pues se viola el debido proceso y el principio de personalidad de la pena.