Del Derecho Penal limitador al Derecho Penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado derecho penal económico y empresarial

~Prof. Dr. Javier Augusto de Luca¹~

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Socio FICP

"Mucho más importante es la parcialidad en la administración de la justicia penal en las leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden sólo a la clase socioeconómicamente alta. Las personas que violan leyes de restricción del comercio, publicidad, alimentos y drogas no son arrestadas por policías uniformados, no son frecuentemente juzgadas en tribunales penales ni son sometidas a prisión; su conducta ilegal generalmente recibe la atención de comisiones administrativas y de tribunales que funcionan bajo jurisdicciones civiles o de equidad. Por esta razón, esas violaciones de la ley no son incluidas en las estadísticas delictivas, ni los casos individuales llevados a la atención de los especialistas que escriben teorías de conducta delictiva. La muestra de conducta delictiva en que se basan las teorías está viciada respecto al estatus socioeconómico. Este prejuicio es bastante cierto, como lo sería si los especialistas seleccionaran sólo delincuentes pelirrojos para su estudio y llegasen a la conclusión de que el pelo rojo es la causa del delito. La tesis de este libro, planteada positivamente, es que las personas de la clase socioeconómicamente alta participan en bastantes conductas delictivas; que estas conductas delictivas difieren de las conductas de la clase socioeconómicamente baja, principalmente en los procedimientos administrativos que se utilizan en el tratamiento de los delincuentes; y que las variaciones en los procedimientos administrativos no son significativas desde el punto de vista de la causación del delito".

Sutherland, Edwin H., *El Delito de Cuello Blanco* (1949). Edición de La Piqueta, Madrid, 1999, p. 64.

I. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIONES.

Es imposible abarcar todo lo escrito sobre las cuestiones englobadas bajo el título de derecho penal económico y sobre las corporaciones y sus miembros involucrados en delitos de toda laya.

Al Derecho Penal siempre se le asignó la característica de poner límites al poder punitivo, real o normativo. El tratamiento de infinita cantidad de conflictos de la vida quedaba deparado a todas las demás ramas del derecho. Desde hace un tiempo, en cambio, se advierte una clara tendencia a diseñar y legitimar herramientas y teorías que

¹ Doctor en derecho (UBA). Profesor regular asociado de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cofundador, miembro y ex presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Miembro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina. Colaboraron en el aporte de material y confrontación de ideas de esta disertación los abogados: Jazmín Auat, Matías Quercia, Bruno Bianco, Alex Kraschinsky, Soe Cámpora, Yamila Luzza, Hernán Kleiman y Ricardo Narváez.

atrapen más casos, más supuestos de hecho y conductas, por considerar que eso es valioso. Una especie de fe en el castigo, donde se confunden la prevención de daños a derechos de terceros con la represión. Ya casi nadie habla de que en verdad el sistema penal no puede resolver esos asuntos². Se intenta tratar de atrapar los fenómenos en el papel, de prever en nuevas normas escritas o en la interpretación amplia de las ya vigentes. Obviamente, como los planos de la realidad y el jurídico son distintos, se presenta una gran cantidad de malentendidos y frustraciones.

Por ejemplo, el *Compliance*, es una palabra inglesa que grafica programas de actuación de las empresas para el cumplimiento de la ley y de las personas encargadas de diseñarlos, aplicarlos, controlarlos y, eventualmente, denunciarlos o hacerse cargo de su ineficiencia. Todo ello, funcionando en el ámbito de la comisión de delitos hacia terceros desde el seno de una persona jurídica o corporación. La pregunta es: ¿Cuál es el aporte de esa figura al derecho penal o qué aporta el derecho penal a esta institución?³

Es que siempre existieron y seguirán existiendo problemas que, en realidad, sólo se pueden tratar si uno lo hace diferenciadamente. No todas las ofensas a los derechos de terceros pueden ser consideradas por el derecho penal y, además, debemos ser conscientes de que existen agresiones que tienen previsto el castigo pero que difícilmente serán atrapadas por el sistema penal.

Adelanto que en el tema que nos ocupa es imposible evitar contradicciones y no esbozar teorías o propuestas que resultarán incompatibles entre sí.

En el derecho internacional los hombres y mujeres de negocios no son vistos o considerados como autores de delitos de esa clase (tales como crímenes de guerra, genocidios, de lesa humanidad, etcétera). Ello así porque generalmente les falta el elemento de formar parte de un gobierno, legítimo o ilegítimo, con control sobre el territorio y la población, o porque sus decisiones no tienen fuerza de ley. En tales

² Silva Sánchez, Jesús-María *Expansión del Derecho Penal y Blanqueo de Capitales*. En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y *Compliance Program*. ARA editores-Ediciones Olesnik, Lima, 2016, pág. 177 y sgtes.

³ Roxin, Imme. *Reseña de dos manuales de cumplimiento (alemán e internacional)*. Con especial consideración a los derechos del inculpado. Revista Libertas, Fundación Internacional de Ciencias Penales. N° 5, 2016 (número monográfico extraordinario en homenaje a Claus Roxin), <http://ficip.es/revista-libertas/>, N° 5, pág. 190 y ss.

circunstancias, sólo podrían ser considerados cómplices y, por ello, se vienen desarrollando estándares internacionales sobre complicidad⁴.

Las dificultades probatorias son de todo tipo, pero tienen raíces comunes. Por ejemplo, quienes fueron socios de dictaduras que cometieron todo tipo de tropelías, siguen siendo socios y haciendo negocios con los gobiernos democráticos que las sucedieron, porque en las empresas rige un principio, falso por supuesto, una filosofía de Mercado, que pretende que los negocios son políticamente asépticos o neutros.

Especialmente en esta clase de crímenes, los perpetradores y sus cómplices emplean todo tipo de técnicas de neutralización de su culpabilidad o responsabilidad, tal como enseñaron los criminólogos Sutherland, Sykes y Matza, etc., porque ellos no creen haber cometido delitos. Ellos se han convencido a sí mismos de que era su deber salvar a la “Madre Patria” o a la Nación de amenazas tales como el comunismo, el terrorismo, de la invasión de extranjeros indeseables, o de determinados grupos étnicos o religiosos, o de intervenir en terceros países que no conocen para restablecer la democracia o cosas así, etcétera. En esos casos los hombres de negocios, tampoco se preocupan por considerar que en realidad están ayudando a otros a cometer esos crímenes, porque ellos entienden o se convencen a sí mismos de que sólo están interesados en hacer dinero. Ellos tienen que hacer funcionar sus compañías lo mejor posible y no consideran tener responsabilidad por los actos que cometen las fuerzas de seguridad y autoridades que gobiernan los países, el propio o los terceros, con los que hacen negocios. Ellos dicen, “ese no es nuestro problema, es de ellos, que son quienes están a cargo”.

Y ahí aparece una cuestión nodal. Tanto antes como ahora, los hombres de negocios, los fiscales y los jueces pertenecen a los mismos círculos sociales. Frecuentan los mismos clubes, donde ellos y sus hijos hacen deportes juntos, sus hijos van a los mismos colegios y universidades, van de vacaciones a los mismos sitios, tienen los mismos gustos y hábitos de consumo, tienen amistades y parientes en común, etcétera. Esos hombres y mujeres que han colaborado o ayudado o dado soporte a los grandes delincuentes de toda laya, no son vistos como criminales. Aun suponiendo que un juez o

⁴ Comisión Internacional de Juristas. Complicidad Empresaria en Crímenes Internacionales: <http://www.icj.org/report-of-the-international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/>

También el documento conjunto de ICAR (International Corporate Accountability Roundtable) y de Amnesty Internacional. *Commerce, Crime, and Human Rights: Closing the prosecution gaps.* <http://www.commercecrimehumanrights.org/>

un fiscal han tomado conciencia de la falacia que subyace en esta imagen, es muy dificultoso y pesado para ellos ir en contra de esta visión. Quienes lo hagan, se quedarán sin el apoyo de sus propios colegas, amigos y familias⁵.

Bien, el crecimiento de las corporaciones en el mundo entero generó la intervención de la justicia criminal. Muchos delitos pueden ser cometidos dentro de la corporación o en su interés o como vehículo para facilitar varios crímenes. Hoy tienen relevancia las situaciones de muchas compañías de infraestructura e ingeniería financiera, de servicios, bancos, de negocios de venta al por menor, de transportes y comunicaciones, de importaciones y exportaciones, con una presencia global y que operan en países donde hay conflictos armados o se están desarrollando graves violaciones a los DD.HH.⁶.

Esta intervención del Derecho Penal se ve, por ejemplo, en el proceso de criminalización del blanqueo de capitales. Inicialmente sólo vinculado al producto del narcotráfico, luego comenzaron a crearse en el ámbito del derecho administrativo todo tipo de obligaciones de denuncia de operaciones con la excusa de que podrían provenir del terrorismo, narcotráfico y demás actividades de la criminalidad organizada.

El delito de lavado de dinero es hoy la forma que se ha encontrado para detectar y así disuadir la realización de los delitos base que de otra forma no se habrían conocido. Pero ello ha generado en la realidad que las investigaciones penales no comiencen con una sospecha cierta de la comisión de este delito que exige un delito precedente, sino a partir de la posesión de importantes sumas de dinero sin aparente explicación. Es decir, muchas veces se cae en un verdadero derecho penal de autor.

Ahora también proliferan las modalidades imprudentes, rayanas con la responsabilidad objetiva, que sólo encuentran justificación en el derecho privado, que generan la tendencia a proyectarse sobre un conjunto de sujetos ajenos tanto a la actividad delictiva precedente como al blanqueo en sentido estricto. Así, sujetos a quienes se les imponen deberes policiales convirtiéndolos en colaboradores forzosos del Estado. Esos deberes policiales son entendidos como deberes de garante y su

⁵ En la Argentina, por ejemplo, no había habido conflictos entre miembros del sistema de servicio de justicia que eran amigos de años por el trámite de casos penales de todo tipo de delitos, más allá de los tradicionales casos puntuales que existen en todos lados. Mas los problemas comenzaron con el enjuiciamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico-militar. Y se agravaron aun más cuando comenzaron los casos contra civiles en este tipo de crímenes.

⁶ Ligeti, Katalin. *Criminal Justice and Corporate Business*. Presentation of the next AIDP-IALP International Congress of Penal Law (www.penal.org).

vulneración se estima suficiente para fundamentar una responsabilidad por el mismo delito de blanqueo. Ocurre con empresarios y profesionales (“sujetos especialmente obligados”) que son convertidos en garantes con consecuencias punitivas, a los que se suma el extendido recurso a soplones y arrepentidos, y la mencionada imposición de programas de cumplimiento a las personas jurídicas en general que, para intentar evitar incurrir en una específica responsabilidad penal, están obligadas a diseñarlos y ponerlos en práctica.

Específicamente los textos legales dicen que el defecto de organización de la persona jurídica radica en no haber establecido un sistema de prevención, un código de conducta interno, un *compliance program*. Esto tiene un efecto bifronte. Si un empleado comete un acto de blanqueo y éste puede atribuirse a la inexistencia o defectuoso funcionamiento del programa de cumplimiento antiblanqueo, no sólo responderá penalmente el empleado en cuestión, sino también la persona jurídica como tal y los directivos de la sociedad que no adoptaron el programa de cumplimiento antiblanqueo adecuado. Por el contrario el *compliance* puede ser transformado en centro de imputación y, así, exonerar de responsabilidad a los directivos y a la misma empresa. Ahora todos son garantes de la no comisión de delitos; en otras palabras, son agentes de policía. Es una notable expansión del derecho penal⁷.

Para evitar malentendidos, deberíamos ponernos de acuerdo sobre qué estamos hablando y desde donde partimos.

Considero esencial tener en cuenta:

(1) ¿Por qué y para qué nacieron las personas jurídicas? No deberíamos olvidar que fue en el ámbito netamente comercial, para fomentar los negocios de mayor envergadura mediante la asociación de personas y patrimonios para un fin común (porque sería imposible llevar a cabo algunas empresas por un solo sujeto). Para lograr ello, se diseñó la limitación de la responsabilidad patrimonial personal, con sistemas de responsabilidad hasta el límite del aporte, posibilidades de anonimato de los titulares, etc.

(2) No es posible avanzar en ninguna discusión si no se hace explícita la posición personal sobre la distinción entre los ilícitos penales y los de otras ramas del derecho, como los administrativos o societarios o comerciales. En muchos casos

⁷ Silva Sánchez, ob. cit.

está ocurriendo la simple criminalización de estos últimos mediante el latiguillo de la infracción al deber.

(3) Tampoco puede soslayarse la discusión acerca de si la omisión y la comisión son o no equivalentes y si las llamadas posiciones de garante pueden provenir de cualquier rama del ordenamiento jurídico o solamente de la ley penal⁸.

(4) En tanto cualquier institución o concepción jurídica debe funcionar dentro de un sistema de una manera armónica, deberíamos tener en claro cómo concebimos la responsabilidad en organizaciones de personas que tienen alguna jerarquía, como las militares, con sus superiores, mandos intermedios y dependientes o ejecutores, porque esto puede ocurrir de un modo similar dentro de algunas empresas.

(5) Deberíamos decidir si tendremos en cuenta estudios de la realidad, como los económicos, sociológicos, políticos y criminológicos sobre el posicionamiento de las grandes empresas en el mundo, ante los gobiernos de todo tipo, los anonimatos en la titularidad de personas jurídicas, los paraísos fiscales, el nuevo negocio de las empresas que se dedican solamente a ofrecer sus trabajos de *compliance*, las recurrentes complicidades de las corporaciones en delitos internacionales como genocidios, graves violaciones a los DDHH, crímenes de guerra, trata de personas, etc., los problemas de extraterritorialidad que hacen ilusorios la detección de los responsables y su enjuiciamiento; el fracaso absoluto de políticas criminales que suenan parecido a la prédica de la lucha contra determinadas formas de criminalidad mundial, precisamente, porque el discurso es falso⁹, etcétera.

⁸ Schünemann, Bernd. *Los delitos omisivos improprios: diez preguntas, errores y puntos de referencia fundamentales*. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. N° 5, 2016 (número monográfico extraordinario en homenaje a Claus Roxin), <http://ficmp.es/revista-libertas/>, N° 5, p. 117.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Equivalencia de la omisión a la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión misma en la comisión por omisión. Un esbozo*. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. N° 5, 2016 (número monográfico extraordinario en homenaje a Claus Roxin), <http://ficmp.es/revista-libertas/>, N° 5, pág. 83 y ss.

⁹ Baum, Dan, *Legalize It All, How to win the war on drugs*, en el Harper's Magazine, de 12 septiembre de 2016, en internet: <http://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/> . El periodista Dan Baum entrevistó en 1994 al asesor político de Richard Nixon, John Ehrlichman, quien le dijo que la guerra contra las drogas fue ideada en 1968 para mermar a las comunidades afroamericanas y a los grupos que se oponían a la Guerra de Vietnam. Con ese discurso, pudieron arrestar a sus líderes, redar sus casas, disgregar sus reuniones y vilipendiarlos todas las noches en las noticias. Preguntado si sabían que estaban mintiendo sobre las drogas, contestó “¡Claro que sí!”.

(6) Si quienes propician la aplicación del Derecho Penal a estos asuntos, han estudiado cómo concretar todo esto en el proceso penal, donde generalmente no existen normas de procedimiento para enjuiciar a las personas jurídicas en sí mismas, ni para detectar las funciones internas de sus miembros. La selectividad del sistema penal en este plano opera hacia adentro de la empresa, como en ningún otro.

(8) Cómo hacer para diferenciar supuestos de responsabilidad objetiva del derecho civil y para evitar caer en el terreno de la prevención de riesgos, propio del derecho administrativo, en lugar de represión, que es el ámbito propio de competencia del Derecho Penal.

(9) Cómo hacer para observar a rajatablas el principio de legalidad en delitos que son de comisión y dolosos, cuando a partir de un resultado se despliegan imputaciones autónomas hacia dentro de la empresa misma, con lo cual, ese delito que sólo admite la tipicidad dolosa y activa puede terminar siendo imputado a alguna persona física por omisión de un deber vigilancia, negligencia o imprudencia.

II. EL ASUNTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Debido a la cantidad de posiciones, sobre el mismo texto legal, por ejemplo, el art. 31*bis* del Código Penal Español, reformado en 2015, grandes juristas señalan que allí se consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que otros lo niegan. La discusión no terminará nunca porque una u otra posición dependerá de si se considera que las sanciones previstas a los entes ideales son penales o administrativas o

Otras investigaciones sugieren que la expresión “guerra contra las drogas” se inventó mucho antes: el periodista Johann Hari, investigador de este tema, en una entrevista al diario Página 12, Buenos Aires, del 26 de febrero de 2017, señaló que Harry Anslinger, un norteamericano nacido en 1892 y en los años ‘30 se convirtió en el primer jefe de la Oficina Federal de Narcóticos. Anslinger trabajaba en el Departamento del Tesoro cuando el alcohol estaba prohibido. Después, cuando el presidente Franklin Delano Roosevelt levantó la prohibición, los funcionarios que se dedicaban al alcohol buscaron justificar su presupuesto y su poder buscando la prohibición de las opiáceas y de la marihuana.

Ver: <https://www.pagina12.com.ar/22497-la-prohibicion-fabrica-violencia>

de otra naturaleza, lo cual no puede ser decidido por el nombre del código en el que están legisladas¹⁰.

Si se adopta la postura que las considera penales, aparecen problemas de todo tipo, especialmente con los principios de legalidad y de culpabilidad, porque de manera refleja se terminan aplicando sanciones a los miembros que no intervinieron en la toma de decisiones. En tales construcciones dogmáticas, al propiciarse la sanción a personas físicas por su intervención omisiva (que se suele olvidar, debe ser objetiva y subjetiva) en un acto realizado a través de la persona jurídica, se puede llegar a castigarlas por la realización de delitos que no tienen previstas las omisiones, mediante el recurso al evaporado concepto de posiciones de garantía por el incumplimiento de normas comerciales, societarias, administrativas, etc.¹¹.

Las razones que se invocan para incluir supuestos de responsabilidad a las personas jurídicas que son llamadas punitivas, son las de evitar lagunas de punibilidad cuando las personas físicas actúan por cuenta de la sociedad. Sin embargo, ese no parece ser un fundamento político valioso. El problema con el que se afronta ante corporaciones desde las cuales se cometen delitos, no es de lagunas punibilidad, sino de impunidad.

Cuando comienzan las investigaciones, sólo aparecen testaferros, chivos expiatorios, empleados. Pero de ello no se deriva que la solución sea responsabilizar a la empresa en su conjunto. Simplemente, lo que ocurre es que no se investiga ni persigue bien los delitos¹².

No se trata de una oposición a la responsabilidad penal de los entes ideales, sino que intento señalar que su consagración no tiene la importancia que se le asigna.

Se viene hablando del defecto de organización. Pero la causa de tal situación siempre terminará en personas físicas que incurran en él. Y no hay nada más sencillo para evadir la responsabilidad individual que invisibilizarse dentro de una persona jurídica, con testaferros, prestanombres, apoderados que en realidad son

¹⁰ Díaz y García Conlledo, Miguel. *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis*. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. N° 5, 2016 (número monográfico extraordinario de homenaje a Claus Roxin), <http://ficmp.es/revista-libertas/>, N° 5, pag. 31 y ss.

¹¹ Pueden verse todas estas discusiones en Gómez Martín, Víctor. *Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?* En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y Compliance Program. ARA Editores- Ediciones Olejnik. Lima, 2016, p. 15 y ss.

¹² Gómez Martín, ob. cit., pág. 25. Con citas de Pastor Muñoz, Gómez Tomillo, Mir Puig, Robles Planas, Silva Sánchez y otros.

dueños, empleados jerarquizados y profesionales a sueldo que son ubicados como responsables de áreas o proyectos, etc.

No está muy claro cómo debería funcionar la figura del *Compliance*. Es que se anuncia como un sistema para prevenir delitos, lo cual nos ubica en el terreno de la prevención¹³, siempre resbaladizo y oscuro, ajeno al derecho penal que es, o debería ser, represivo. Una cosa es un policía interno vigilante y atento a la futura comisión de delitos y, otra, uno que persigue el delito ya cometido.

La transterritorialidad, la globalidad, el anonimato, la participación en grandes empresas donde los miembros ni se conocen, y no quieren saber qué hacen los ejecutivos para obtener ganancias (ceguera voluntaria ante los hechos), abona la selectividad del sistema penal de los delitos cometidos desde las personas jurídicas.

Hasta donde se puede ver, todo indica que mientras se predica la necesidad de castigar a las personas jurídicas, se le insertan instituciones con el propósito de “salvar” a la persona jurídica de los hechos cometidos desde su seno por sus miembros o dependientes y a sus directivos.

Self Policing. Fe en el autocontrol y no control del Estado. Es de una candidez notable. Un ejemplo, hace rato que las personas jurídicas incluyen en los costos de producción los de las sanciones de multas por infracciones a las leyes administrativas, laborales, ambientales, comerciales, etc.

Los manuales de comportamiento inducen al control y denuncia de los hechos intra-empresarios y al aporte de pruebas en su propia contra. Es una forma de privatización del proceso penal. Es una especie de alianza estratégica entre la empresa y el Estado, pero con serias lesiones de principios constitucionales.

La investigación interna permite esquivar controles judiciales, y sin necesidad de autorización judicial, se pueden revisar los correos electrónicos de los empleados, los datos de tráfico, su contabilidad, etc. Interrogatorios a los trabajadores sin defensor, bajo la velada amenaza del despido y contratos de trabajo que obligan a poner en conocimiento del empleador todos los hechos y develar su privacidad.

III. NADA NUEVO. LA VIEJA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA O EN CASCADA

¹³ Rotsch, Thomas. *Criminal Compliance*, Indret 1/2012, p.7.

Siempre se amplía la punibilidad invocando *necesidades evidentes*, como ocurriera con la figura del editor responsable en materia de delitos de expresión cometidos desde los medios de comunicación. Ante la intervención de un numerosísimo grupo de personas, entre las cuales la mayoría de las veces sería imposible encontrar a los directa y personalmente culpables, y cuando el verdadero autor no aparece, por decisión normativa se encuentra a uno digno de ser castigado.

En la Argentina esto tuvo cabida por dos conductos: uno por una modificación legal del viejo delito de desacato¹⁴ hoy derogado por completo, y otra por obra de la interpretación de Sebastián Soler del texto del art. 113 CP¹⁵ que en realidad, literalmente, se limita a castigar a quien reproduce o publica injurias o calumnias vertidas por un tercero. El sistema, según Soler, viene del sistema de responsabilidad de 1819 llamado *par cascades*, donde la responsabilidad se va desplazando subsidiariamente de una persona a otra. Es un sistema de responsabilidad subsidiaria¹⁶. Pero lo interesante para el derecho corporativo, es que ese esquema genera deberes de vigilancia interna y de evitación de resultados¹⁷.

¹⁴ En el art. 244 del Código Penal Argentino, vigente desde el 25-10-49 al 18-10-55, por ley 13.569, se establecía que: "...Cuando se utilice la imprenta para cometer desacato... será personalmente responsable el director del periódico en que apareciera la publicación o quien la editare, a menos que, indicado el autor por el imputado hasta tres días después de la fecha fijada para recibir la declaración indagatoria, aquél comparezca al juicio dentro de los cinco días posteriores y se declare autor de la publicación inculpada. Esta excepción no rige en el caso de que la ofensa haya sido proferida por otro anteriormente y se reproduzca en un impreso. El director o editor no será exonerado de responsabilidad si el que se presentare como autor, no poseyere, manifiestamente, aptitud para haber ejecutado el hecho, estuviere procesado o sufriendo pena privativa de libertad, se hallare ausente, desertare del juicio o fuere incapaz".

¹⁵ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. TEA, Buenos Aires, 1983, Tomo II, págs. 268/9.

¹⁶ Soler, ob. cit., pág. 264, en la que coincide con Eusebio Gómez (la cita de Gómez es del Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, 1939, Tomo II, pág. 341).

¹⁷ En el caso de la prensa, con el agravante de que eso es censura previa. En la sentencia registrada en la colección Fallos: 303:267, caso "Lectoure" (de 1981) la Corte Suprema argentina declaró la inconstitucionalidad de una condena al director de un diario por el delito del art. 113 CP que carecía de conocimiento previo de lo publicado en su periódico. Allí reiteró su doctrina por la cual es requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado, tanto objetiva como subjetivamente. Agregó que, acreditado en la causa que el imputado no había realizado personalmente la acción, sólo podía haber responsabilidad penal a título de instigación o complicidad, o atribuirse a falta de cuidado de éste en la comisión del hecho, hipótesis todas ausentes en el fallo. Con apoyo en lo sostenido por el Procurador General, señaló que la tesis de Sebastián Soler, citada en la sentencia apelada, no se compadecía con la doctrina constitucional y fulminó la sentencia con el siguiente párrafo: "La preocupación del a quo encierra una petición de principio ya que la aspiración de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad. No cabe reducir los recaudos que la ley ha establecido para aplicar una sanción por razones de política criminal ya que si bien ellos deben estar presentes en la tarea interpretativa, no pueden conducir a que los jueces sustituyan, en homenaje a su criterio sobre qué acciones deben ser penadas y cuáles permanecer impunes, la decisión que al respecto haya tomado el legislador".

El mismo asunto fue concretado en el Código Penal español¹⁸ y ¹⁹. Allí aparecen los riesgos de las empresas para derechos de terceros, su estructura jerárquica y de división de funciones, los deberes de control de las fuentes de peligro a partir de la determinación de una posición de garante y el recurso al tipo de omisión.

También el Código Penal italiano, en materia de prensa, prevé una responsabilidad por hecho propio y de naturaleza omisiva del director o vicedirector responsable del periódico cuando omiten realizar el control necesario para impedir la comisión de delitos por medio de la publicación (arts. 57 y 57bis establecen una pena alternativa o subsidiaria para el editor, que es aplicada si el autor de lo publicado no es conocido o no es imputable). Si el editor no es indicado o no es imputable, la responsabilidad recae sobre el impresor²⁰.

Estos dispositivos de la parte general abren como capullos todos los tipos penales porque, como se dijo, ya no interesa si el legislador los consagró como dolosos o culposos, como activos u omisivos, y se prescinde por completo de la conducta descripta. Una concepción que viene del derecho privado, el riesgo empresarial²¹, genera que la responsabilidad penal pasa a estar basada en la omisión del deber de vigilancia y control que a ellos corresponde por la dirección de la empresa, con lo cual

¹⁸ Batista González, María Paz. *Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal*. Dykinson, Madrid, 1998, págs. 70 y ss.

¹⁹ Art. 30 del Código Penal español: “1) En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente. 2) Los autores a los que se refiere el art. 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. 3) Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior”.

²⁰ Art. 57 Código Penal italiano: “Salva la responsabilità dell’autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati (528, 565, 596bis, 683, 684, 685), é punito, a titolo di colpa, se un reato é commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo”.

Art. 57 bis.: “Nel caso di stampa non periodica, le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano all’editore, se l’autore della pubblicazione, é ignoto o non imputabile, ovvero allo stampatore, se l’editore non é indicato o non é imputabile”.

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina*. En Justicia Penal y Libertad de Prensa. ILANUD, San José de Costa Rica, 1993, Tomo II, págs. 19/21.

para ellos, el daño a los derechos de terceros cometido por otra persona, pasa a ser un hecho propio²².

Hay otros buenos ejemplos de esta construcción²³.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

Aparecen algunas construcciones que tienen una fundamentación en otros orígenes, como la responsabilidad del superior en estructuras militares fuertemente

²² Jakobs, Günther. *El ocaso del dominio del hecho*. Conferencia dictada en el Segundo Seminario Internacional de la Universidad Austral, el 22 de agosto de 2000; también, *Derecho Penal, Parte General*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 1995 (traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), págs. 168 y ss, define la acción como causación del resultado individualmente evitable. Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal*, Akal, 1997, págs. 164 y ss., explica que en la actualidad se abre camino un punto de vista que extiende la posición de garante a todos los tipos penales, sean éstos omisivos o activos, especiales o comunes.

Palermo, Omar y Bermejo, Mateo, ob. cit. en la bibliografía, acuden a la teoría de los delitos de infracción de un deber como base teórica de la intervención omisiva del *Compliance Officer*. Según aquella hay delitos en los que el autor no es caracterizado por el dominio del hecho, sino por la infracción de un deber positivo especial, en virtud del cual está obligado a mejorar el ámbito de organización de otra persona o de una institución estatal. Quien lesiona ese deber personalísimo (*intraneus*) es autor aunque carezca del dominio del hecho y aunque su aporte sea materialmente el de un mero partícipe. A su vez, quien carece de ese deber especial (*extraneus*) es partícipe aunque tenga el dominio del hecho. Es indiferente en estos delitos que la infracción de deber sea mediante acción u omisión. A través de la no prevención de los delitos que se cometen en el ámbito de la empresa el *Compliance Officer* infringe el deber negativo de no dañar a otro, ya que las empresas tienen el deber de organizar un sistema de prevención de delitos mediante el control interno de la actuación de sus administradores y subordinados. El *Compliance* es un garante por asunción.

La imputación objetiva del comportamiento se debe a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, en la infracción del deber negativo de no lesión. La función de la teoría de la I.O. no es determinar quién causó la lesión, sino establecer a quién de todos los intervinientes en el suceso lesivo le incumbe la evitación del daño. Admiten la participación imprudente del C.O. en el hecho doloso de algún integrante de la empresa.

²³ García, Luis, *Criminalidad de Empresa*, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1990, pág. 35. cita el caso "Bührie" de la Corte Federal de la Confederación Suiza, de 1970, en que ciertos ejecutivos de una fábrica de maquinarias hicieron despachar material de guerra a siete estados que se encontraban afectados por un embargo de armas decretado por el parlamento, fraguándose las operaciones mediante la adquisición de certificados de destinos falsos de otros estados no embargados. En el juicio no pudo probarse ninguna colaboración activa del único integrante del consejo de administración de la sociedad. Sí se probó que por lo menos tuvo conocimiento de los despachos de armas a uno de esos países y que no hizo nada para interrumpir sus entregas. La Corte Federal lo condenó como coautor por omisión impropia sobre la base de estos elementos: a) el rol predominante de Bührie como único miembro del consejo de administración; b) el interés que podía tener en las negociaciones prohibidas puesto que era titular del 49% del capital accionario; c) que tuvo conocimiento de las ventas que se estaban realizando, y d) su omisión culpable de cumplir con su deber e intervenir mediante un comportamiento adecuado que hubiera podido impedir la producción del resultado. La Corte Federal señaló que al violar ese deber debía ser penado como si hubiera cometido personalmente la acción prohibida.

Según García, desde el punto de vista objetivo se tuvo por acreditada la posición de garante de Bührie en la posición dominante en el establecimiento; su posición de garante respecto del cumplimiento del embargo de armas lo obligaba a impedir las operaciones, sin embargo, hizo algo distinto de lo jurídicamente debido; por otra parte habría podido evitar la realización de la conducta ilícita si hubiese obrado conforme al deber -la Corte no exigió una prueba de la causalidad exacta, aludiendo a una evitabilidad con grado de probabilidad-. Desde el punto de vista subjetivo, valoró que él conocía su posición de garante y la situación típica, es decir, supo que estaba vendiendo armas en su empresa en contra de la prohibición parlamentaria, con lo cual quedaba integrado el aspecto intelectual. La referencia al interés que pudo haber tenido en la operación parece confirmar la existencia de dolo como aprobación del resultado eventual (pag. 51/3).

jerarquizadas y reglamentadas que desde la segunda gran guerra mundial pretenden reprimir a los individuos involucrados en delitos internacionales. Dicha construcción es derecho positivo en algunos ámbitos, como en el art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional donde, claramente, de manera autónoma, se sancionan formas de comisión, omisión, facilitación, dolo y culpa, del superior respecto de hechos de sus subordinados. No son casos de complicidad o de autoría mediata, porque la norma no se limita a establecer un modo de participación en hechos dolosos de otros, sino que establece un sistema de responsabilidad propio por acciones, omisiones, dolosas y culposas²⁴.

²⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional

Artículo 25 Responsabilidad penal individual 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Artículo 26 Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Artículo 27 Imprudencia del cargo oficial 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Artículo 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los

Este artículo establece un delito especial, no una forma de participación criminal en los delitos de otros²⁵. Se castiga una omisión, porque en presencia de los delitos de sus subordinados (los crímenes base) el superior no tomó ninguna medida en su contra o no tomó las medidas necesarias y razonables. Es un modelo del DPI que responde a modelos de imputación fundados en la vigilancia del superior. El superior no comete (en el sentido de una omisión impropia) los crímenes base por omisión de su deber de vigilancia, sino que omite en el sentido de una omisión propia solamente la realización de determinados comportamientos debidos, con la consecuencia de que no se impide el resultado delictivo causado por los subordinados. No comete los crímenes base ni por sí mismo, ni por medio de otro, sino que sólo no cumple en modo debido el deber de vigilancia.

No es fácil diferenciarla de una responsabilidad por participación, máxime que ésta puede serlo por omisión, por ejemplo una aprobación tácita. En consecuencia, puede superponerse con la complicidad psíquica por omisión. Cuando se explican los elementos del tipo, se destaca el deber de adopción de medidas necesarias y razonables a su alcance.

Desde el punto de vista subjetivo, basta con el saber positivo o una ignorancia negligente, mientras que el partícipe requiere un querer.

crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y 17 iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Artículo 29. Imprescriptibilidad Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

Artículo 30. Elemento de intencionalidad 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

²⁵ Ambos, Kai. La parte general del derecho penal internacional. Duncker & Humbolt-Konrad Adenauer-Temis, Montevideo, 2004. Capítulo 9, págs. 295 y ss.

Allí aparecen expresiones tales como “hubiere sabido”, “hubiere debido saber”, “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”, etc.²⁶.

También debe ser distinguido este delito del supuesto de órdenes a cometer delitos del art. 25.3.b., que es un caso de autoría mediata, una responsabilidad por una conducta positiva.

En el presente se están intentando trasportar estos postulados a la responsabilidad empresaria²⁷.

Para el informe de expertos de la Comisión Internacional de Juristas, la negligencia al preservar sus obligaciones como superior para prevenir o castigar la conducta delictiva de sus subordinados y las personas bajo su control, le debe ser reprochada. La responsabilidad del superior no sólo se limita a los crímenes cometidos por sus subordinados en persona, sino que también abarca los actos de complicidad o colaboración de éstos con el perpetrador. Los elementos esenciales de la responsabilidad del superior son:

a) Una relación de jerarquía, entre el acusado (responsables de la empresa) y el perpetrador del crimen (subordinado en el caso). Es decir un efectivo ejercicio de poder o control de uno sobre el otro, una posición de autoridad.

b) El acusado sabía o tenía razones para saber que el crimen fue cometido o estaba siendo cometido. Esto es el elemento “mental”. El superior tiene en su poder información que lo ha puesto en conocimiento de los delitos que se cometieron.

c) El acusado omitió en emplear los medios que necesaria o razonablemente debían tomarse para prevenir el delito, detenerlo o castigar al culpable. Sin embargo, tampoco se le podrá exigir un imposible.

En hechos de graves violaciones a los derechos humanos, la Comisión toma como parámetro los escenarios fácticos. Son las “zonas de riesgo” en el derecho penal respecto de situaciones de las empresas que han participado en grandes violaciones a los DDHH. La Comisión señala algunas en particular: la provisión de bienes y servicios a

²⁶ Ver también los comentarios de Werle y Olásolo Alonso, obras citadas en la bibliografía.

²⁷ Comisión Internacional de Juristas. *Complicidad de las Empresas y Responsabilidad Legal. Derecho Penal y Crímenes Internacionales*. Ginebra, Suiza, 2008. www.icj.org

aquellos que cometen los crímenes, la provisión de información para el mismo fin, utilizar suministros que provengan del delito y la comisión de éstos a través de la contratación de servicios de seguridad.

V. EL FRACASO. DISTANCIA ENTRE FINES DECLARADOS Y FINES PERSEGUIDOS

En la realidad las empresas y empresarios no hacen las cosas como está previsto en las leyes que autorizaron su creación y funcionamiento, es decir, las que generan situaciones que pueden interesar al derecho penal. Además, han aprendido la lección y hoy no necesitan más ser socios de dictaduras o eludir o estar en contra de políticas de muchos gobiernos democráticos bien intencionados y ocupados por el bienestar público, porque las empresas más importantes hoy en día *son* los gobiernos. Forman, ponen o compran funcionarios a lo largo de todo el orbe. Las multinacionales especialmente, con sus socios o subsidiarias locales, ponen y sacan gobernantes a su antojo y logran que éstos gobiernen en su provecho y, como ya ha explicado la criminología, en el ámbito económico la distinción entre lo lícito y lo ilícito es borrosa porque las que en un momento se consideran prácticas prohibidas y castigadas, en otro pasan a estar fomentadas y el entramado de normas de todo nivel que regulan sus actividades es enorme, desordenado y contradictorio.

Esas son algunas de las causas del fracaso total de las políticas criminales llamadas de lucha contra determinadas formas de criminalidad. La inserción en las empresas de preventores de delitos y vigilantes internos y externos puede esconder otros propósitos. Los fines declarados no son los realmente perseguidos.

Tom Blickman nos recuerda que en 1989 los dirigentes de las grandes potencias económicas, reunidos en la cumbre de G7 en París, decidieron crear el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) como estrategia eficaz contra el tráfico de estupefacientes por parte de “cárteles” delictivos. Así nació la “lucha contra el blanqueo de capitales” (LBC). Luego se amplió a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la financiación del terrorismo. Luego, se incluyeron otros flujos monetarios ilícitos no regulados, como la evasión y elusión de impuestos, los capitales en fuga, la fijación de los precios de transferencia y su manipulación, y las ganancias

que provienen de la corrupción, que afectan la buena gobernanza y la estabilidad general del sistema financiero.

Pero ninguno de esos sistemas funciona satisfactoriamente. Los paraísos fiscales y los centros financieros extraterritoriales (CFE) facilitan los movimientos de flujos de capitales no regulados e ilícitos, por su secretismo. Controles de divisas y transacciones extranjeras. Se comenzaron a exigir a las entidades financieras determinados registros y que notificaran ciertas transacciones de divisas, para que los bancos no fueran usados para ocultar esos dineros.

En 1986 el que el blanqueo de capitales es penalizado (ley MCLA en inglés). Los bancos estadounidenses estaban en desventaja frente a la legislación más relajada de otras jurisdicciones. Se comenzó a pensar en un espacio mundial en igualdad de condiciones. Aparecen reglas de debida diligencia entre las que se encuentra la de “conozca a su cliente”, como las de Basel Committee de 1988. Como se dijo, se crea el GAFI, en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Expresamente se decidió excluir a la ONU como organismo de control, y así resultó que la aplicación de medidas concretas quedó en manos de un pequeño grupo de economías unidas por la mentalidad de libre mercado. En 1990 el GAFI elaboró 40 recomendaciones para la LBC. Los atentados terroristas del 11/9/11 ampliaron las competencias del GAFI.

Sin embargo, aumentaron los paraísos fiscales y los CFE, que ofrecen impuestos bajos, regulación laxa, secretismo bancario, fondos fiduciarios y empresas con alto nivel de confidencialidad.

Las reglas LBC tiene dos frentes: la prevención y la aplicación. La prevención atañe al papel de organismos reguladores (ej. los bancos), establece la diligencia debida con los clientes, la notificación de operaciones, la regulación, supervisión y sanciones (castigan a individuos e instituciones administrativa y civilmente que no hacen efectivo el régimen de prevención).

La faz de aplicación comprende los delitos.

Tienen objetivos distintos. Pero se está convirtiendo a los empleados bancarios en detectives privados, con grave afectación al derecho a la intimidad de los clientes. Se generó la elaboración de informes defensivos de las entidades financieras para evitar posibles sanciones. Existe una avalancha de informes de operaciones sospechosas,

siendo que la inmensa mayoría en realidad son lícitas o de escasa gravedad, y ello genera su imposible procesamiento, con lo cual, las ilícitas terminan quedando encubiertas en semejante universo.

Las instituciones financieras dejan de ser actores pasivos y pasan a ser proactivos. Se elaboran informes basados en riesgos, para lo cual, los bancos pueden inclusive fijar sus propias reglas internas. Se puede decir que el aparato regulador intrusivo de los sistemas financieros mundiales es un aparato de espionaje mundial.

Pero además, en EE.UU., Suiza, Luxemburgo, Reino Unido, existen dichos paraísos. Y muchos autorizan el funcionamiento de sociedades con acciones al portador, con lo que permiten una menor transparencia (EEUU, Reino Unido, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Suiza, Austria, Luxemburgo, Costa Rica, etc.). No hay información sobre los propietarios reales de las empresas fantasmas o anónimas.

La crisis crediticia de 2007/8 puso de manifiesto que el sistema financiero mundial no estaba amenazado por un siniestro grupo de delincuentes, sino por grupos de banqueros y magos financieros. Son bancos legítimos y la industria de los servicios financieros.

Como advierte Nissen²⁸, ex director de la Inspección General de Justicia de la Argentina, puede haber dos sistemas de control de la constitución y funcionamiento de las sociedades. El primero, se basa en un profundo control, por parte de un organismo especializado y estatal, que ejerce el “control de legalidad”. Evita el mal uso de estas personas jurídicas y el enmascaramiento de personas humanas detrás de su fachada, para esconder y ocultar actuaciones no legales y patrimonios casi siempre mal habidos. El segundo método es el que se utiliza fundamentalmente en las guaridas fiscales, según el cual el o los interesados en constituir una sociedad, se limita a llenar un formulario y entregarlo a un funcionario que se ocupa formalmente de registrarla, sin el menor control de su parte²⁹.

²⁸ Nissen, Ricardo. Artículo citado en la bibliografía.

²⁹ Mediante el primero de esos sistemas, el organismo estatal de control previene la existencia de futuros conflictos, pues con un adecuado control del capital y del objeto social, de los datos de los socios o accionistas, del régimen de representación o de la garantía ofrecida por sus directores por el mal desempeño de sus funciones, se evita insertar en el mercado a entidades insolventes o integradas por personas que sólo buscan actuar sin responsabilidad a través de testaferros u hombres de papel.

El segundo sistema no garantiza absolutamente nada, sino sólo una economía de costos y rapidez en el trámite, que permitirá a la persona jurídica actuar sin limitaciones y sin garantías para todos aquellos terceros que se vinculen de una manera u otra. Esposas y herederos defraudados en sus derechos, trabajadores que jamás podrán percibir sus acreencias laborales, concursos preventivos amañados;

Bien, Olásolo Alonso y Ballesteros Sánchez señalan que se está relevando el desmesurado interés de académicos, empresas y grandes firmas de abogados por este tema, porque el cumplimiento parece ser la panacea en la evitación de riesgos penales o lo que es más importante, para la evitación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Estamos ante un evidente caso de política criminal, fuerte con el débil y débil con el fuerte, ya que todo apunta hacia un modelo de *compliance* que sirva a modo de acreditación/certificación y por tanto de escudo ante los tribunales para evitar o atenuar la responsabilidad cuasi automáticamente con la constancia de un programa de cumplimiento elaborado o implementado por una gran consultora o firma.

O en el peor de los casos, que la utilización del *compliance* permitiera reconducir la responsabilidad penal de la persona física hacia empleados de segundo o tercer nivel, quedando impunes los directivos que son quienes verdaderamente tienen pleno dominio y conocimiento de la actividad delictiva de la empresa, y conforman la verdadera “voluntad” de la empresa.

Y lo más escandaloso aún, esto se ha convertido en un verdadero negocio de pingües beneficios, donde lo que menos preocupa, es la protección penal de bienes jurídico³⁰.

VI. CONCLUSIONES.

1) Considero que no aporta mucho a la cuestión de política económica y criminal la discusión sobre si las personas jurídicas pueden ser responsables penales de la comisión de delitos, ya que es posible imponerles sanciones suficientes y más efectivas que pertenecen a otras ramas del derecho.

2) Sigue siendo relevante para el Derecho Penal, la individualización y castigo de los miembros físicos de esas corporaciones por conductas claramente previstas en las leyes y por daños a terceros intolerables.

sociedades desaparecidas o trasvasadas, inmuebles y otros bienes registrables inscriptos a nombre de sociedades sin actividad, son algunos ejemplos que avalan lo expuesto cuando el Estado no controla nada.

³⁰ Olasolo Alonso, Héctor (Editor) y colaboradores. Derecho Internacional Penal y Humanitario. Capítulo X Criminalidad Empresarial y Derecho Penal: La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas en el Marco de la Globalización y los Llamados Programas de Cumplimiento Efectivo (escrito por Julio Ballesteros Sánchez) Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

3) Los problemas de investigación y prueba de la autoría y complicidad de los miembros de las corporaciones no serán solucionados con atajos como el de responsabilizar al ente ideal que conforman.

4) El o los llamados *Compliance Programs* u *Officers*, también responden a particularidades de otras ramas del derecho y su aporte no es relevante para el derecho penal porque basta con aplicar las reglas de la parte general de los distintos códigos penales.

5) Existen serios asuntos culturales, propios de cada sociedad, que las teorizaciones deberán tener bien presentes. No existe teoría del delito o institución del Derecho Penal que no haya respondido a un momento político y social, local o mundial. La importación y aplicación ciega de teorías puede conducir a situaciones desastrosas, como ha ocurrido toda la vida con el poder punitivo desatado y no limitado por el Derecho Penal. Como ya sabemos, el problema no es la detección de quienes han delinquido, sino la gran cantidad de inocentes afectados por el funcionamiento del sistema penal.

En Buenos Aires, para la ser leída en la querida Colombia, en marzo de 2017.

Javier Augusto De Luca

Bibliografía

AA.VV. Revista Derecho Penal, Año II, Número 4, *Delitos Económicos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema Argentino de Información Jurídica (Infojus), Buenos Aires, abril de 2013.

AA.VV. *Sociedades ante la I.G.J.* Doctrina, Resoluciones Administrativas Generales y Particulares. Suplemento especial La Ley, Buenos Aires, abril de 2005.

AA.VV. *Estudios Críticos del Derecho Penal Moderno* (Patricio Sabadini compilador). Edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2011.

Ambos, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*. Duncker & Humbolt-Konrad Adenauer-Temis, Montevideo, 2004. Capítulo 9, págs. 295 y ss.

Baigún, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Depalma, Buenos Aires, 2000.

Ballesteros Sánchez, Julio: ver Olásolo Alonso.

Batista González, María Paz. *Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal*. Dykinson, Madrid, 1998, págs. 70 y ss.

Baum, Dan, *Legalize It All, How to win the war on drugs*, en el Harper's Magazine, de 12 septiembre de 2016, en internet: <http://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/>

Bermejo, Mateo: ver Palermo Omar.

Blickman, Tom. *Lucha contra los flujos de capitales no regulados e ilícitos. Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera*. Crimen y Globalización. Transnational Institute. TNI Briefing Series, Documento de debate, Amsterdam, diciembre de 2009.

Bonzón Rafart, Juan C. *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*. Depalma, Buenos Aires, 1993.

Cesano, José Daniel. *Estudios sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*. Ediar, Buenos Aires, 2006.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu *Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance*. En Responsabilidad de la empresa y compliance, Buenos Aires – Montevideo (BdeF), 2014. Ed. BdeF, p.161.

Córdoba, Fernando. *Delito de lavado de dinero*. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

Diez Ripollés, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal*, 2da. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 575 y ss.

Gallego Soler, José I. *Criminal Complaine y Proceso Penal*, en AA. VV. (dir. S. Mir, M. Corcoy, V. Gómez), “Responsabilidad de la empresa y compliance”, Buenos Aires – Montevideo (BdeF), 2014. Ed. BdeF, p. 195.

García, Luis, *Criminalidad de Empresa*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1990.

Gracia Martín, Luis. *La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas*. Foro FICP Tribuna y Boletín de la FICP (www.ficp.es), n° 2015-2 (julio), pág. 149.

Gómez Martín, Víctor. *Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?*. En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y Compliance Program. ARA Editores-Ediciones Olejnik. Lima, 2016, p. 15 y ss.

Hirsch, Hans Joachim. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Madrid, septiembre-diciembre de 1993, p. 1099 y ss.

International Commission of Jurist: Corporate Complicity & Legal Accountability. Volume 1 Facing the Facts and Charting a Legal Path y Volume 2 Criminal Law and International Crimes. Report of the International Commission of Jurist (ICJ) Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes. Geneva (Ginebra), 2008. www.icj.org .

Lascurain Sánchez, Juan Antonio. *Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad del oficial de cumplimiento)*. En Responsabilidad de la empresa y compliance, Buenos Aires – Montevideo (BdeF), 2014. Ed. BdeF, p.301.

Ligeti, Katalin. Criminal Justice and Corporate Business. Presentation of the next AIDP-IALP International Congress of Penal Law, 2015/2016, (www.penal.org).

Malamud Goti, Jaime. *Persona Jurídica y Penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

Malamud Goti, Jaime. *Política Criminal de la Empresa*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

Mir Puig, Santiago. *Las nuevas “penas” para las personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad*”. Foro FICP Tribuna y Boletín de la FICP (www.ficp.es), n° 2015-2 (julio), pág. 140. También en AA.VV. Responsabilidad de la Empresa y Compliance, (directores Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez), IBdF, Buenos Aires, 2014, pág. 3.

Nieto Martín, Adán . *Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal*. En AA.VV. Compliance y Teoría del Derecho Penal. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 21 y ss.

Olásolo Alonso, Héctor (Editor) y colaboradores. *Derecho Internacional Penal y Humanitario*. Capítulo X Criminalidad Empresarial y Derecho Penal: La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas en el Marco de la Globalización y los Llamados Programas de Cumplimiento Efectivo (escrito por Julio Ballesteros Sánchez) Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Olásolo Alonso, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional* (Subcapítulo Responsabilidad del Superior por la omisión de los deberes de evitar, prevenir y someter a las autoridades competentes los delitos cometidos por sus subordinados). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 780 y ss.

Palermo, Omar y Bermejo, Mateo. *La intervención delictiva del Compliance Officer*. En AA.VV. Compliance y Teoría del Derecho Penal. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 171.

Ponce, Juan Cruz. *El delito de lavado de activos*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

Righi, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Ad Hoc, Buenos Aires, mayo de 2000.

Riquert, Marcelo. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Periódico Económico Tributario, Edit. La Ley, Nro. 171 del 29/12/98, págs. 4/8 (Tomo 1998, págs. 387/398)

Riquert, Marcelo. *Algo más sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pub. en el portal jurídico www.elDial.com.ar , suplemento de Derecho Tributario, sección Doctrina, trabajo N° 63, 10/09/03.

Robiglio, Carolina. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Contrabando. Comentario al fallo “Fly Machine SRL”*. Revista del Centro Argentino en lo Penal Tributario, febrero de 2007.

Rodríguez Estévez, Juan María. *El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000.

Rotsch, Thomas. *Criminal Compliance*. Revista InDret. www.indret.com. Barcelona, enero de 2012.

Schünemann, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. ADP. Tomo 41, 1988, p. 529 y ss.

Ahora también en: /Dialnet-CuestionesBasicasDeDogmaticaJuridicopenalYDePoliti-46331.pdf.

Sieber, Ulrich. *Programas de "Compliance" en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. En AA.VV. *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, enero 2013.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Expansión del Derecho Penal y Blanqueo de Capitales*. En AA.VV. *Responsabilidad Penal de las Empresas y Compliance Program*. ARA editores-Ediciones Olesnik, Lima, 2016, pág. 177 y ss.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial*. En AA.VV. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 79

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1983, Tomo II, págs. 268/9.

Spolansky, Norberto. *Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y las de sus directivos en el régimen penal cambiario (el caso del Banco Santander)*. La Ley, T.1978-D, pág. 231 y ss.

Sutherland, Edwin H., *El Delito de Cuello Blanco* (1949). Edición de La Piqueta, Madrid, 1999, p. 64

Terán Lomas, Roberto. *Las personas jurídicas y el derecho penal*. Revista de Derecho Penal y Criminología. N°1. La Ley. Buenos Aires, enero-marzo 1969, p.482.

Terradillos Basoco, Juan María. *Empresa y Derecho Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Vervaele, John. *La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2da época, núm. 1 (1988), págs. 153-184, UNED, Madrid.

Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional* (subcapítulo Responsabilidad de los Superiores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 310 y ss.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina*. En Justicia Penal y Libertad de Prensa. ILANUD, San José de Costa Rica, 1993, Tomo II, págs. 19/21.

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fallos: 241:291 "Kot".

Fallos: 271:297 "Parafina del Plata"

Fallos: 300:100 "Banco de Santander".

Fallos: 303:267 "Lectoure" (1981).

Corte Suprema, caso "Cambios Norte" sentencia del 5 de diciembre de 1983.

Corte Suprema, caso "Fly Machine", sentencia del 30 de mayo de 2006, disidencia del juez E. Raúl Zaffaroni.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC 22/16, del 26 de febrero de 2016.

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, causa 3198 "Av. Contaminación Río Reconquista", Secretaría Penal N° 1, Reg. 2631, resolución del 26 de agosto de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 154/2016 del 29 de febrero de 2016

Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 221/2016, del 16 de marzo de 2016