
MEMORANDUM

Fecha: 31-V-2014

Asunto: Desayuno JMRE / 30-V-2014, 8.30 AM

Referencia: "Abogacía preventiva penal empresaria"

Participantes:

Martín Elizalde, Abogado, Founder Partner en Foresenics Argentina, Buenos Aires (2012) y Foresenics LLC, San José, California,(2014);

Héctor Rabuñal, Licenciado en Administración de Empresas, Asesor del Directorio del BCRA;

Roberto Raffo, Ingeniero Industrial consultor en riesgos, Responsable de la gestión de riesgos, AUSA (Autopista Urbana);

Rosalía Silvestre, Abogada, especialista en responsabilidad civil, Socia del Estudio Petersen & Asociados

Gustavo Torassa, Abogado especialista en Derecho corporativo, Socio del Estudio BULLÓ-TASSI-ESTEBENET- LIPERA-TORASSA.

Coordinación:

Juan María Rodríguez Estévez

Principales puntos de reflexión:

1. Asistimos a un Derecho penal cada vez más expansivo sobre la actividad económica y empresaria de las personas. Esta circunstancia -empíricamente comprobable- se evidencia a través de una creciente serie de disposiciones normativas que colocan al Directivo de empresa frente a un nivel de riesgo penal cada vez mayor. Podría afirmarse que cuanto más intensa es la actividad empresarial que un sujeto desarrolla, más intenso es el riesgo de verse expuesto a un proceso judicial de características penales.

En este contexto normativo, el Directivo asume por disposición legal -en muchas oportunidades- una posición de garantía frente a los daños que puede causar un defecto de la organización empresarial, principalmente, por falta de control de personas subordinadas y procedimientos. En virtud de ello, el cargo de Director de una persona jurídica, que solía asociarse con una posición de prestigio profesional, hoy día se ha convertido en una posición jurídica de alto riesgo penal. En este sentido, es importante alertar sobre los riesgos de incurrir en responsabilidad penal objetiva por la mera condición de Presidente, Director, Síndico o apoderado de una empresa por los delitos cometidos por medio y/o a través de la persona de existencia ideal.

Si bien es cierto que cada vez existe mayor consenso en afirmar que el empresario reviste la condición de garante de los bienes jurídicos que están bajo su esfera de competencia; no lo es menos que ello no implica -por sí mismo- un juicio de responsabilidad penal. Por el contrario, se

Tucumán 1621, piso 7, Dpto. N
Buenos Aires, Argentina
Tel. (54 11) 4371-8121/3744
E mail: jmre@estudiojmre.com.ar
www.estudiojmre.com.ar

exige una capacidad fáctica y material de evitabilidad del resultado en el caso concreto. Esto termina por garantizar, en la práctica, el principio de culpabilidad.

2. Como una manera de limitar el riesgo penal del empresario, surge la figura del oficial de cumplimiento o *compliance*, quien asume una función de prevención penal corporativa dentro de la entidad, tanto para el Directorio como para la responsabilidad penal misma de la persona de existencia ideal. La Argentina aún no ha incorporado de modo directo la imputación de responsabilidad penal de la empresa, pero puede afirmarse que la tendencia mundial se inscribe en esa tendencia.

El término *compliance* proviene del verbo en inglés *to comply with* que significa cumplir con. Desde hace un buen tiempo este término se ha venido utilizando en el ámbito médico para significar el cumplimiento riguroso, por parte del paciente, de la indicación terapéutica. Sin embargo, en los últimos años su utilización se ha difundido de manera ostensible en el lenguaje empresarial para caracterizar la adopción de medidas internas en la empresa, destinadas a asegurar la observancia de las leyes y directivas empresariales.

Para esta concepción, es lógico que el Estado -en tanto garante del bien común- se vea en la necesidad de establecer mecanismos de control para asegurar que el accionar de las empresas no traiga consigo consecuencias socialmente dañosas o, en todo caso, reducirlas a niveles tolerables. Se pone en evidencia, para este esquema de pensamiento, que el aseguramiento de la vigencia efectiva de las normas jurídicas deja, de alguna manera, de estar en las manos exclusivas del Estado, pasando la empresa ahora a ser un activo colaborador en el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad. En esta inteligencia se explican las disposiciones de nuestro país vinculadas a la obligación de determinados sujetos privados en informar operaciones sospechosas de lavado de dinero.

3. Cada vez en mayor medida se sostiene que la ausencia de un *criminal compliance* en entidades de cierta envergadura con la finalidad de contener los riesgos de infracción penal; o la existencia de un programa de cumplimiento inapropiado para tal fin, son indicadores de una organización corporativa defectuosa que permite la sanción penal de la entidad.

Por su parte, a los Directivos les corresponde el deber de proteger los intereses patrimoniales de la empresa, para lo cual deben tomar todas las medidas adecuadas para resguardar dichos intereses. Por otro lado, a ellos les alcanza también el deber de contención de los riesgos derivados de la actividad empresarial. Bajo estas consideraciones, la falta de incorporación de un sistema de cumplimiento normativo podría tenerse como el incumplimiento de uno de estos deberes, en la medida en que pueda facilitarse la comisión de un delito contra la empresa o desde ésta contra terceros. De allí, la necesidad de avanzar en la consolidación de una abogacía penal empresaria preventiva.

Juan María Rodríguez Estévez

Tucumán 1621, piso 7, Dpto. N
Buenos Aires, Argentina
Tel. (54 11) 4371-8121/3744
E mail: jmre@estudiojmre.com.ar
www.estudiojmre.com.ar