

#### Participantes:

---

Diego Alonso: Socio Estudio BULLO, especialista en Derecho administrativo y litigios complejos;

Lina Anllo: Consultora en temas de *Compliance*. Dirige la firma ANLLO ABOGADAS;

David Gurfinkel: Socio ALLENDE & BREA, especialista en *Corporate Compliance and Ethics*;

María Juliana Marra: General Counsel, Grupo ZURICH;

#### 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 se inserta la media sanción de Diputados que hace responder penalmente a las empresas por los delitos cometidos en el ámbito de su actuación.

Las penas van desde la aplicación de multas, la suspensión de sus actividades, la pérdida de beneficios estatales, la prohibición para participar en licitaciones públicas, hasta la disolución. En la actualidad nuestro sistema penal se centra únicamente en la persecución de los directivos de la empresa que cometieron el delito. La media sanción de Diputados ha adoptado un modelo de responsabilidad penal empresaria por hecho propio en el cual ya no se necesitará la individualización y condena previa del autor material del delito pues la empresa responderá penalmente a título propio.

Para poder implementar con éxito este nuevo sistema de Derecho penal se exige que las empresas cuenten con una cultura empresarial de respeto a la ley. Se trata de crear incentivos para que las empresas colaboren con el Estado en la prevención, investigación y sanción de delitos económicos graves. El caso más significativo se da en el ámbito de la prevención de maniobras de lavado de dinero, donde los bancos y otros sujetos obligados tienen la carga legal de informar al Estado las operaciones sospechosas que podrían configurar aquel ilícito.

Ahora bien, el texto que se aprobó en Diputados, tal como claramente lo explicó Lina Anllo, ha modificado sustancialmente el proyecto original elaborado por la Oficina Anticorrupción bajo la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación a punto tal de poner en riesgo su efectiva implementación. Es decir, al optar nuestro legislador por un esquema de responsabilidad penal de las empresas resulta ineludible respetar los principios fundamentales del sistema constitucional pues, caso contrario, una buena iniciativa entrará en conflicto con decisiones judiciales que la harán inoperante en la práctica.

El fundamento que legitima la intervención del Derecho penal en el ámbito de la empresa se focaliza en la acreditación de una organización defectuosa en la propia estructura empresarial, ya sea por falta de control o vigilancia sobre sus procesos de producción o sobre sus empleados, ya sea por una actitud de la empresa indiferente hacia el respeto de la ley en su afán por obtener beneficios económicos a cualquier costo. Este es un punto esencial que se ha omitido en la media sanción aprobada en Diputados y que debería ser incluida en la iniciativa legal a tratarse en el Senado. Una norma penal que sanciona exclusivamente a la persona jurídica por el solo hecho de los delitos cometidos por sus dependientes corre el riesgo de ser declarada inconstitucional. La empresa no debería resultar condenada penalmente por la mera producción de un delito en su ámbito de actuación, sino que debe acreditarse que su defecto de organización posibilitó la comisión del mismo. En esta inteligencia se enmarca la Circular N°1/2016 de la Fiscalía General del Estado de España.

Si mediante esta nueva legislación se pretende motivar a las empresas para que eviten la comisión de delitos por parte de sus funcionarios, es igual de importante crear los incentivos adecuados que permitan distinguir entre aquellas empresas que se han organizado de modo diligente de otras que han asumido una posición de indiferencia frente al sistema legal.

Debería limitarse la responsabilidad penal de la empresa cuando el delito fue consecuencia de un control y supervisión inadecuado por parte de aquella o cuando las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por parte de la entidad. Si una empresa se encuentra bien organizada para evitar la comisión de delitos por parte de sus funcionarios, no hay motivo razonable para que sea sancionada penalmente si los responsables individuales del ilícito lo hicieron eludiendo fraudulentamente los sistemas de control interno.

2. Dentro de este panorama, la figura del *compliance* será cada vez más relevante por dos motivos fundamentales: a) tanto para la determinación de la responsabilidad penal individual de los miembros del Directorio; b) como para la atribución de responsabilidad penal para la empresa en un esquema de imputación por hecho propio. Sin descartar el riesgo penal que asume el oficial de cumplimiento como garante del flujo de la información sobre la posibilidad cierta de riesgos penales corporativos.

Los programas de cumplimiento que deben implementar las empresas en el ámbito de la autorregulación empresarial han venido a integrar de contenido concreto aquello que TIEDEMANN denominó el déficit de organización como condición para acreditar una suerte de culpabilidad en la persona de existencia ideal.

En este orden de ideas, se ha sostenido que la autorregulación empresarial adquiere particular relevancia tanto con relación al cumplimiento de los deberes de control sobre las personas físicas como en la atribución de responsabilidad propia a la empresa para lo que deberá considerarse si ésta ha establecido los debidos sistemas de prevención de delitos mediante los programas de cumplimiento<sup>1</sup>.

Desde una perspectiva político criminal se trata de establecer los incentivos adecuados para que las empresas se organicen de forma tal de evitar ser instrumentos del delito, a la vez que se les permita eximirse de responsabilidad si pueden aportar evidencia suficiente de que han cumplido con sus deberes de diligencia. De hecho, en España se prevé en el artículo 31 apartado del CP 5 los requisitos que debe cumplir el programa de cumplimiento específico para eximir de responsabilidad penal a la empresa.

---

<sup>1</sup> Cfr. Mateo G. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico - económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 336.

En definitiva, el impacto de los programas de cumplimiento no se limita a definir los límites y alcances de una responsabilidad penal corporativa, sino que también sirven de fundamento para analizar y proceder a determinar responsabilidades penales individuales dentro del Directorio de la entidad. Ello sin dejar de mencionar el espacio específico que implica asumir la determinación del riesgo penal que a título individual asume el oficial de cumplimiento ante la comisión específica de determinados delitos.

Todas estas circunstancias llevan a reflexionar sobre la necesidad de un resguardo legal adecuado para este funcionario a través de una prevención penal específica: *criminal compliance*.

Juan María Rodríguez Estévez