

**AML Compliance Programs y su incidencia en la determinación de
responsabilidad penal de las personas jurídicas en los términos del art. 304 del
Cód. Penal**

Guillermo Picchi

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La concretización del concepto “compliance”, y más precisamente, de “criminal compliance”, es una tarea de la cual la doctrina se ha ocupado en los últimos años, y de la cual todavía queda un largo camino por recorrer. Son varias las aproximaciones que en este aspecto pueden hacerse.

En primer lugar, cabe precisar que el término “compliance” puede ser traducido como “cumplimiento”. Originariamente, la expresión estaba asociada al ámbito médico. Más precisamente, al cumplimiento del paciente de las prescripciones médicas, fármacos que debía ingerir y tratamientos que había de realizar. En este sentido, se dice que el paciente cumple con ellos. En inglés, se dice: “the patient is in compliance with the medications, drugs, self care, therapy sessions, etc.”.

Este concepto se ha ido trasladando al derecho, sobre todo al derecho anglosajón, para hacer referencia al cumplimiento de las distintas normativas que rigen una determinada actividad. Se empezó a hablar de un compliance legal, “to be in compliance with the law”[1].

Ahora bien, el compliance legal implica, en términos prácticos, que una determinada empresa cumple con la normativa vigente en la materia de que se trate, y lo que busca es prevenir, en base al estudio de riesgos, incumplimientos normativos que puedan dar lugar a sanciones de distinta índole, ya sea civil, administrativa o penal. Con relación a ésta última, la expansión del derecho penal a distintos ámbitos que antes no alcanzaba, como ser hoy en día distintos aspectos de la vida económica, ha dado lugar a que en varios lugares del mundo los abogados penalistas comiencen a dedicarse a un trabajo de prevención de riesgos de responsabilidad penal. En otras palabras, mientras que tradicionalmente el abogado penalista era llamado cuando se había producido un conflicto penal, hoy se tiende a ampliar la intervención de dichos operadores a fin de que se asesore a diversos sujetos y empresas a los fines de prevenir una eventual imputación, basada en la falta de cumplimiento.

Dicho esto, vale mencionar que en lo sucesivo me referiré únicamente a la relación del criminal compliance con la responsabilidad penal de la persona jurídica en aquellos casos donde ella sea hallada responsable de haber intervenido en un delito de lavado de activos, en los términos del art. 304 del Código Penal (norma de la cual entiendo que vino a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro ordenamiento jurídico), en función del art. 303.

A diferencia de lo que sucede con un delito cometido por un individuo, a los efectos de determinar la responsabilidad de una empresa, a quien, a mi entender, se la ubica en una posición de garante frente a la posible comisión de delitos en su interior, se le atribuye un deber de actuar para prevenir esos delitos, con la consecuencia probable de que, en caso de no prevenirlos, se le apliquen sanciones.

El problema que surge en este sentido es determinar cuándo, en caso de que se cometa un delito, cabe imputar penalmente al ente ideal. Aquí es donde mayores dificultades plantea el problema para nuestro ámbito, en cuanto no es admisible la responsabilidad objetiva en materia penal. Por ello, a los fines de determinar si existe un obrar -omitir- culpable por parte de la empresa, resulta importante recabar acerca de la existencia de programas de prevención de riesgos penales o criminal compliance programs[2]. En consecuencia, veremos cómo los programas de cumplimiento normativo deberán incidir en la determinación del reproche por el accionar antinormativo (en realidad, un omitir antinormativo) y en la determinación de la sanción.

En el presente trabajo, en consecuencia, me propongo analizar someramente la naturaleza jurídica de la responsabilidad prevista por el art. 304 para las personas jurídicas, para luego ingresar sutilmente al marco normativo que regula el sistema de prevención de lavado de activos. Luego de ello, el núcleo de este trabajo busca ser una propuesta, que en una primera parte se orienta principalmente a las empresas del sector privado que busquen reducir los riesgos de ser imputadas penalmente de participar en delitos de lavado de activos, en la cual analizo los requisitos que debe tener un correcto programa de cumplimiento, tanto a nivel general de prevención de riesgos como en el caso específico de la prevención de lavado de dinero. La segunda parte de la propuesta se orienta principalmente a contribuir al debate jurídico, con el objeto de ir desarrollando una teoría de la imputación a personas jurídicas con base en la existencia de programas de cumplimiento. Por último, el trabajo culmina con una breve reflexión acerca de los desafíos que el instituto ostenta y sobre la inseguridad jurídica que en la actualidad enfrentan las empresas en este tema.

II. La Ley N° 26.683 y la responsabilidad de los entes ideales [\[arriba\]](#)

La ley 26.683 vino a modificar el delito de lavado de activos de origen delictivo incorporando, entre sus nuevas disposiciones, la responsabilidad penal de las empresas en el art. 304 del Código Penal. La norma ha quedado redactada de la siguiente manera:

“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”.

Para buena parte de la doctrina, fue esta norma la que introdujo en nuestra legislación responsabilidad propiamente penal, la cual fue seguida de la ley 26.735 que incorporó una figura prácticamente igual al ordenamiento penal tributario (ley 24.769).

En este sentido, coincido plenamente con Hernán Blanco cuando explica que el art. 304 del Código Penal es una de las disposiciones menos exploradas de la reforma operada por la ley 26.683, la cual, a su entender, busca responsabilizar penalmente a los entes ideales[3]. El autor entiende que debe analizarse el contexto en el cual se dictó la reforma y sostiene que entre las recomendaciones impartidas por el GAFI se encontraba la de instituir la responsabilidad pena de las personas jurídicas. Además, y fundamentalmente, sostiene que cuando el artículo incrimina aquellos hechos que fueran llevados a cabo “con la intervención” de una persona de existencia ideal, no se puede entender la norma en un sentido contrario sin rebasar el límite que impone el sentido literal posible de los textos empleados en el artículo, puesto que “intervenir” significa “tomar parte en un asunto”, lo que en el caso concreto se refiere a tomar parte en la ejecución de un hecho. Por lo tanto, el artículo tipifica una actividad delictiva desarrollada por una persona jurídica. Este accionar del ente se diferencia de las sanciones a la sociedad en razón de los delitos cometidos por los integrantes de sus órganos, que era previsto por el art. 23, inc. 1 (primer y segundo párrafo) de la ley 25.246.

D’Albora, por el contrario, entiende que se trata de sanciones administrativas[4], por lo que presupone que en el proceso penal se hubiere sustanciado el juicio y que, al menos una de las personas físicas imputadas hubiese sido condenada.

Esta postura es criticada por Blanco, quien sostiene que el sistema de responsabilidad vicaria, propia del sistema anglosajón y plasmado en algunas normas penales, no es la que ha plasmado el legislador en el actual art. 304 CP, en el cual ha implementado la “culpabilidad de empresa”, toda vez que no se basa en la transferencia de responsabilidad de los agentes de la persona jurídica a aquella sino en lo que se considera la propia conducta del ente frente a acciones de terceros.

La posición de Blanco es, a mi juicio, acertada. Más allá de la postura que se adopte acerca de la conveniencia de implantar sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entiendo que esta fue la intención del legislador. En efecto, la reforma del Código Penal, sobre todo en lo que refiere al sistema de prevención de lavado de activos tuvo como eje la implementación de las recomendaciones del GAFI que, en estos términos, recomienda la responsabilidad

penal[5], salvo que ello no sea factible, situación que a mi entender no sucede en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, no considero que exista impedimento constitucional alguno sino únicamente resistencias dogmáticas[6]. En este contexto, entiendo que debe entenderse que ese artículo es el que por primera vez introduce responsabilidad propiamente penal, al describir los hechos llevados a cabo “con la intervención” de la entidad, lo que llevó al legislador a apartarse de lo que originariamente había implantado en el artículo 23 de la ley 25.246.

La anterior redacción establecía, en su inciso 1, que: “Será sancionada con multa de dos (2) a (10) veces del valor de los bienes objeto del delito, la persona jurídica cuyo órgano o ejecutor hubiera aplicado bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito, en el sentido del artículo 278, inc. 1) del Código Penal. El delito se considerará configurado cuando haya superado el límite de valor establecido para esa disposición, aun cuando los diversos hechos particulares, vinculados entre sí, que en conjunto hubieran excedido de ese límite hubiesen sido cometidos por personas físicas diferentes, sin acuerdo previo entre ellas, y que por tal razón no pudieran ser sometidas a enjuiciamiento penal”. Asimismo, en el inciso siguiente establecía: “cuando el mismo hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos o ejecutores suyos en el sentido del artículo 278, inc. 2) del Código penal, la multa a la persona jurídica será del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) de valor de los bienes objeto del delito”.

Esa norma fue modificada por la ley 26.683, que vino justamente a reestructurar el sistema de prevención de lavado de activos para adecuarlo a las recomendaciones del GAFI, luego de que Argentina haya sido incluida en la “lista gris” y ante la posibilidad de ser incluidos en la “lista negra” de dicho organismo, con las consecuencias que ello hubiera conllevado. La norma creó el título “Delitos contra el orden económico y financiero” (art. 4), numerados a partir del artículo 303 CP, que regula el lavado de activos de origen delictivo, delito que fue redactado como delito pluriofensivo. El artículo 5 de la ley 26.683, además de tipificar el delito de blanqueo, incorporó el art. 304 CP tal como se encuentra redactado en la actualidad. Además, en el artículo 18, sustituyó el art. 23 de la ley 25.246, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

“1. Será sancionado con multa de cinco (5) a veinte (20) veces del valor de los bienes objeto del delito, la persona jurídica cuyo órgano ejecutor hubiera recolectado o provisto bienes o dinero, cualquiera sea su valor, con conocimiento de que serán utilizados por algún miembro de una asociación ilícita terrorista, en el sentido del artículo 213 quater del Código Penal

Cuando el hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos o ejecutores suyos, la multa a la persona jurídica será del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito”.

En este contexto, entiendo que hay dos motivos interesantes para sostener que la intención del legislador era incluir la responsabilidad penal de las empresas. En primer lugar, resulta sugestiva la incorporación de ese sistema al Código Penal. Si bien podrían aplicarse sanciones administrativas previstas allí, no creo que haya sido ese el fin perseguido por la norma. En efecto, adviértase que mientras que la intervención de la persona jurídica en el delito de lavado de activos se incorporó a dicho código, no sucedió lo mismo en los casos de financiación del terrorismo, el

cual quedó redactado de forma similar a como se encontraba la intervención en el delito de blanqueo con anterioridad a la ley 26.683, y con una redacción similar. Es decir, donde se encontraban las sanciones para las personas jurídicas cuyo órgano ejecutor aplicase bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de darles apariencia de legitimidad, ahora el legislador ubicó los casos en que se recolecte o provea bienes o dinero con conocimiento de que serán utilizados por algún miembro de una asociación terrorista. Es decir, se modificó el artículo 23 de la ley 25.246, para comenzar a sancionar a las empresas cuyo órgano financie organizaciones terroristas. En cambio, la sanción a las personas jurídicas que intervengan en delitos de lavado de dinero son penalizadas por el art. 304 del Código Penal.

En efecto, si además de interpretar, como bien sostiene Blanco, que la sola lectura de la norma que establece que la actividad se llevase a cabo “con la intervención” de una empresa permite hablar de responsabilidad criminal, la literalidad del término se interpreta a la luz del contexto en que se legisló, así como la ubicación sistemática de los preceptos, permite sostener que no fue sino aquella la voluntad de la norma. Por esta razón, así se interprete en forma literal, sistemática o teleológica, el nuevo artículo 304 prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

No obstante, es importante destacar que aún no se cuenta en nuestro ámbito con jurisprudencia que trate esta cuestión. En este sentido, lo único que he podido encontrar hasta el momento fue la interpretación que hizo la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos en la causa “Bolsafe”[7], donde de entre los tantos sujetos de los cuales solicitó sean llamados a declarar, pidió que se cite al Banco Galicia, a través de su representante[8]. Sin embargo, por lo que pude ver, hasta ahora no ha habido respuesta con relación a la imputación al banco[9], si bien personas físicas han sido procesadas[10]. Por esta razón, entiendo que será el paso del tiempo y, sobre todo, las interpretaciones judiciales las que determinarán el concepto.

Esta situación, como se advierte, implica una gran incertidumbre, ya que no puede descartarse que las empresas imputadas por el delito previsto por el art. 304 CP sean llamadas a declaración indagatoria (responsabilidad penal), y eventualmente llevadas a juicio oral y condenadas, incluso cuando no exista condena a persona física alguna. Pero tampoco puede descartarse la otra postura, es decir, que se le pretendan aplicar sanciones administrativas, las que se harían efectivas en caso de que una persona física resultare condenada y cuya aplicabilidad se podrá discutir recién una vez impuestas ante tribunales contenciosos.

Este clima de incertidumbre es lo que debe dar lugar al debate académico, el cual si bien se ha pronunciado sobre el tema, lo ha hecho hasta el momento tímidamente. Más allá de ello, soy de la idea de que nos encontramos frente a responsabilidad netamente penal, lo que hace que nos enfrentemos al desafío de sortear el obstáculo que genera el principio de culpabilidad para imputar penalmente a las empresas y que, a esta altura de la discusión, la existencia de correctos programas de cumplimiento es la mejor forma que tiene una empresa de eximirse de responsabilidad por el delito de blanqueo de capitales.

III. Marco normativo del sistema de prevención de lavado de activos [\[arriba\]](#)

i. Autoridad de aplicación:

En Argentina, siguiendo las recomendaciones del GAFI, la lucha contra el lavado de activos tiene una estructura bifronte. En primer lugar, existe un sistema de prevención administrativo, el cual fue creado por la ley 25.246, principalmente informativo y de prevención. Por otro lado, el sistema penal, propiamente represivo, del cual nos ocuparemos en el apartado siguiente.

En la faz administrativa, se destaca la Unidad de Información Financiera, órgano autónomo y autárquico, que funciona en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (art. 5), y que tiene como finalidad la prevención del lavado de activos, delito previsto por el art. 303 del Código Penal, y de la financiación del terrorismo previsto en el art. 213 quater del Código Penal (art. 6). Con relación al primero de ellos, el artículo 6 de la norma en cuestión establece que se deberá poner énfasis en aquellos activos provenientes de los delitos de: narcotráfico, contrabando de armas y estupefacientes, delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada o de asociación ilícita terrorista, delitos cometidos por asociaciones ilícitas destinadas a cometer delitos por fines políticos o raciales, delitos de corrupción de funcionarios públicos o contra la administración pública, delitos de prostitución de menores o pornografía infantil, delito de financiación del terrorismo, extorsión, trata de personas y delitos tributarios.

En cuanto a sus principales competencias, el artículo 13 establece que puede recibir, solicitar y archivar las informaciones que se reciban de parte de los sujetos obligados a informar, las cuales únicamente podrán ser utilizadas en el marco de una investigación en curso (inc. 1); disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que pudieren configurar actividades de lavado de activos o financiación del terrorismo y, eventualmente, poner en los elementos de convicción de la configuración de esos delitos en cabeza del Ministerio Público Fiscal (inc. 2) y colaborar con los órganos judiciales y con el Ministerio Público en la persecución penal de dichos delitos (inc. 3).

Para lograr sus fines específicos, la UIF está dotada de amplias facultades, las cuales se encuentran detalladas en el artículo 14. Entre ellas, se destacan las facultades que tienen para solicitar informes, documentos y antecedentes, en el marco de los cuales no puede oponerse el secreto bancario, fiscal, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad (inc. 1); de recibir declaraciones voluntarias siempre que no fueren anónimas (inc. 2); solicitar al Ministerio Público Fiscal para que requiera al juez competente que suspenda la ejecución de cualquier operación o acto informado como operación sospechosa, siempre que existan indicios serios y graves de que se trata de lavado de activos proveniente de alguno de los delitos detallados en el art. 6 de la ley, así como requerirle el registro domiciliario, requisas personal o secuestro de elementos útiles para la pesquisa (inc. 5 y 6); disponer que se implementen sistemas de contralor interno para los sujetos obligados a informar, con sus respectivos procedimientos de supervisión, fiscalización e inspección (inc. 7); aplicar sanciones (inc. 8); organizar bases de datos pudiendo a su vez integrarse a redes informativas (inc. 9); así como emitir directivas e instrucciones a los sujetos obligados (inc. 10).

ii. Sujetos Obligados:

Como ya se dijo, la UIF tiene entre sus principales finalidades la prevención y la detección de maniobras destinadas a dar apariencia legítima a activos

provenientes de actividades delictivas. Por esta razón, la norma en análisis impone a determinadas personas un deber de informar determinadas actividades. Así, en el art. 20 establece que quedan sometidos a ese deber las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21.526 (inc. 1); las casas de cambio sujetas al régimen de la ley 18.924 (inc. 2); las personas físicas o jurídica que exploten juegos de azar como actividad habitual (inc. 3); los intermediarios en transacciones de títulos valores que operen bajo la órbita de bolsas de comercio (inc. 4); agentes intermediarios para mercados futuros y opciones (inc. 5); los registros públicos de comercio, organismos representativos de fiscalización y control de personas jurídicas, registros de la propiedad inmueble, registros de la propiedad automotor, registros prendarios, registros de embarcaciones de todo tipo y de aeronaves (inc. 6); personas físicas o jurídicas dedicadas a la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, filatélica, numismática y de joyería (inc. 7); empresas aseguradoras (inc. 8); empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjeta de crédito o de compra (inc. 9); empresas dedicadas al transporte de caudales (inc. 10); prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen giros de divisas o traslado de dinero (inc. 11); escribanos públicos (inc. 12); entidades comprendidas en el art. 9 de la ley 22.315 (inc. 13); los despachantes de aduana (inc. 14); el Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social y el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (inc. 15); sujetos cuyas actividades estén regidas por las leyes 20.091 y 22.400 (inc. 16); profesionales en ciencias económicas (inc. 17); personas jurídicas que reciban donaciones o aportes de terceros (inc. 18); sujetos dedicados a las transacciones inmobiliarias (inc. 19); mutuales y cooperativas (inc. 20); sujetos cuya actividad habitual sea la compraventa de vehículos que requieren inscripciones (inc. 21); sujetos que vinculados a negocios fiduciarios (inc. 22); así como aquellas personas jurídicas que cumplen funciones de organización y regulación de deportes profesionales (inc. 23).

El artículo busca comprender cabalmente todas aquellas actividades que puedan ser utilizadas para hacer confundir fondos provenientes de actividades delictivas, de modo que en algún pasen a tener apariencia de legalidad, es decir, de fondos obtenidos legítimamente. Todas las actividades reguladas en esta norma responden a las 40 recomendaciones del GAFI y a sus notas interpretativas, por ser actividades de riesgo.

iii. Deber de informar:

Las obligaciones a las que quedan sometidos los sujetos enumerados en el art. 20 son básicamente 3.

El inciso a) contiene lo que en el ámbito se denomina “know your client”, es decir, “conoce a tu cliente”. Esto implica que cuando se realicen operaciones por montos superiores a aquel que fije la circular respectiva, deberán recabarse documentos que prueben fehacientemente la identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos. En caso de que actúen en lugar de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios para identificar la identidad real de la persona por quienes actúan. Esta información debe ser archivada por lo menos por cinco años[11].

Aquí resulta interesante lo que surge del art. 21 bis, incorporado por la ley 26.683, el cual en su inciso c) establece que cuando existiesen dudas acerca de si un

determinado cliente actúa por cuenta propia u, obviamente, cuando se tenga certeza de ello, los sujetos obligados deberán adoptar medidas adicionales que resulten razonables a fin de obtener información sobre la verdadera identidad de la persona por cuya cuenta actúan los clientes, debiendo prestar especial atención a fin de evitar que las personas físicas utilicen a las personas jurídicas como empresas pantalla para realizar sus operaciones. Para ello, los sujetos obligados deben contar con procedimientos que permitan conocer la estructura societaria, determinar el origen de los fondos e identificar a quienes ejerzan su control real. Asimismo, deben prestar especial atención a aquellos casos en los cuales el cliente no se encuentre físicamente presente para su identificación.

Por otro lado, se les otorga la facultad de establecer manuales de procedimiento de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo y designar oficiales de cumplimiento.

En segundo lugar, el inciso b) del art. 21 impone lo que sería el núcleo de la responsabilidad de los sujetos obligados, que es el deber de informar aquellas operaciones que resultaren sospechosas, independientemente de su monto, en orden a aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se tratare y según la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar resultasen inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada.

Por último, la persona obligada deberá abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se realizaren en cumplimiento de la normativa (inc. c).

iv. Régimen Penal Administrativo.

Como anuncié previamente, el art. 23 prevé un sistema de responsabilidad administrativa de personas jurídicas en casos previstos por el art. 213 quater del Código Penal.

En lo que importa al trabajo analizado, el artículo 24 establece que cuando una persona actúe como órgano o ejecutor de una persona jurídica, o la persona de existencia visible, así como la propia persona jurídica que incumpla alguna de las obligaciones ante la UIF debe ser sancionada con pena de multa de uno a diez veces el valor total de los bienes u operación de los que refiere la infracción (inc. 1 y 2), pero cuando no se pudiese establecer el valor real, será de diez mil pesos a cien mil pesos (inc. 3). La acción que prescribe a los cinco años del incumplimiento a contar (inc. 4), pero el plazo se interrumpe por notificación del acto que dispone la apertura de la instrucción sumarial o por la notificación del acto administrativo que disponga su aplicación (inc. 5).

Las resoluciones de la UIF son recurribles ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y se aplica, en lo pertinente, la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (art. 25).

v. Oficial de Cumplimiento.

El artículo 20 bis de la ley 25.246 prevé en su tercer párrafo que en los casos en que el sujeto obligado se trate de una persona jurídica que se encuentre regularmente constituida, debe ser designado, por el órgano de administración, un

oficial de cumplimiento, en los supuestos establecidos por la reglamentación, el cual tendrá como función formalizar las presentaciones que deban efectuarse ante la UIF. La responsabilidad de informar es solidaria e ilimitada para la totalidad de los integrantes del órgano de administración.

IV. AML Compliance Program e imputación penal de las personas jurídicas [\[arriba\]](#)

Llegados a este punto, me interesa ingresar en la problemática específica de la responsabilidad penal de las empresas en casos de lavado de dinero. Como referí al momento de introducirnos al presente trabajo, si partimos de que el artículo 304 del Código Penal prevé un supuesto de imputabilidad penal, nos enfrentamos ante el desafío de atribuir responsabilidad de una manera que no viole el principio de culpabilidad. Por esta razón, entiendo que la única respuesta que resulta convincente surge de partir de la base del criterio de culpabilidad por defecto de organización, en el sentido expuesto por Klaus Tiedemann. Así, puede darse un supuesto donde la empresa se organice de una manera que resulte defectuosa, lo que permita que la entidad sea utilizada para, en el caso, blanquear capitales ilícitos. Esta postura, que desde la óptica político-criminal puede ser criticada, permite sin embargo cubrir lagunas que pueden presentarse en varias oportunidades. Piénsese en un caso donde la propia estructuración defectuosa de un banco permita que narcotraficantes laven dinero a través de él, sin que ninguno de los empleados del banco ni sus directivos tengan siquiera conocimiento de esa situación. Probablemente ninguna de las personas que sin saberlo intervinieron en la maniobra reúna las condiciones típicas exigidas por el art. 303 del Código Penal, que reprime el lavado de activos. En estos casos, además de quien blanquea propiamente (en este caso el narcotraficante), el delito sería imputable a la empresa por su propia estructura, sin que pueda serlo a personas físicas concretas de la entidad, es decir, a nadie más allá del narcotraficante que blanquea.

En esa dirección, el art. 304 va un poco más allá de la normativa específica de la ley 25.246, en tanto ubica a la empresa en una posición de garantía frente a los riesgos que incorpora la propia estructura empresarial por lo que, a mi modo de ver, en muchos casos no bastará la existencia de un oficial de cumplimiento en quien se deleguen funciones para que la empresa se exima de responder, sino que la entidad deberá adoptar controles suficientes para que el delito no se cometa. Ello no quiere decir que en caso de cometerse el delito deba responder necesariamente. Al contrario. La viabilidad de un sistema de prevención de riesgos deberá ser analizada ex ante, pero con una particularidad. En el sistema de responsabilidad empresarial es importante analizar la reincidencia. Si un sistema que ex ante parecía adecuado para prevenir un delito, pero ex post no resultó, se impone a la empresa el deber de adoptar medidas para que el hecho delictuoso no se vuelva a ocasionar. Por ello, en caso de que se repita un hecho de las mismas características con posterioridad, ya no podrá decirse que a priori el sistema parecía efectivo.

En consecuencia, pasaré a bosquejar ciertos elementos que, más allá de la normativa específica administrativa, podrían ser útiles para que las empresas se prevengan de responder penalmente.

i. Elementos generales de compliance.

Antes de ingresar en el tema, vale aclarar que no existe un modelo unánime de programa de cumplimiento para sostener que sea o no efectivo para la prevención

de riesgos. Además, la mayoría de los institutos que se describirán no se encuentran legislados en nuestro país. Sin embargo, existen ciertos estándares que pueden ser fijados en base a la práctica corporativa extranjera que se ha ido colando rápidamente en las estructuras organizativas de sus filiales en nuestro país.

Nieto Martín entiende que existen dos grandes modelos de programas de cumplimiento[12]. Por un lado, el que previene a partir del desarrollo de un clima de respeto a la legalidad y valores éticos, el cual se lleva a cabo principalmente mediante la formación, cuyo elemento central es el código ético, el cual prevé también medidas de control. Por el otro, el que se basa principalmente en la vigilancia y que apuesta por medidas de control como las distintas injerencias a la vida privada de los trabajadores (v. gr. registro de llamadas, videovigilancia, contratación de detectives privados).

El autor entiende que el modelo preferible debe orientarse a los valores porque el compliance como control convierte a la empresa en un panóptico que afecta derechos fundamentales[13].

Ante la dificultad de definir el término compliance, debido a la amplitud terminológica del instituto[14], me parece oportuno aclarar que me voy a referir a compliance y programa de cumplimiento en un sentido amplio, es decir, que abarque todos los momentos destinados a la prevención delictiva y a su reacción. En este sentido, entiendo que los compliance programs están compuestos básicamente por dos subsistemas. Por un lado, un sistema que podríamos denominar preventivo/detectivo y, por el otro, un sistema que puede denominarse reactivo.

El primer aspecto del programa de cumplimiento tiende a prevenir y detectar aquellas operaciones que pudieran ser delictivas. Ello puede llevarse a cabo de modos muy diferentes, aunque la tendencia en las grandes corporaciones es la inclusión un Oficial de Cumplimiento (compliance officer), o de un departamento encabezado por un Chief Compliance Officer, quien es el encargado de dirigir el sistema de prevención.

En lo que refiere a la prevención de la comisión de delitos, es importante que la cultura de legalidad que la empresa busca ostentar se traslade a todos los sectores de la misma, lo cual puede llevarse a cabo mediante cursos, capacitaciones o la redacción de códigos de ética. Ello contribuye a que las personas que componen la entidad en sus distintos niveles jerárquicos tengan conocimiento de los estándares fijados por la empresa para la prevención, los cuales nunca podrán ser menores que los que establezca la normativa específica.

Si bien normalmente los códigos éticos son establecidos bajo el poder de dirección, resultan más transparentes si se redactan a través de un proceso abierto que incluya a los stakeholders[15].

En lo que hace a la detección de los delitos, cobran relevancia los canales de denuncias (whistleblowing). Aquí existen dos sistemas. Un primer sistema basado en el anonimato[16], donde cabe la posibilidad de denunciar sin tener que siquiera identificarse, y otro basado en la confidencialidad. Nieto Martín entiende que el fomento del anonimato interesa cuando lo único que importa es el control, mientras que la confidencialidad supone que los responsables de cumplimiento se

han esforzado en ganar la confianza y el respeto de los denunciantes, quienes además ejercerán la acción de denunciar responsablemente, ya que además los canales de denuncia basados en la confidencialidad suelen prever sanciones para los denunciantes de mala fe[17].

Además, el sistema de detección debe ir acompañado por constantes auditorías internas, ya que como sostiene Nieto Martín, “los sistemas de cumplimiento son solo un conjunto de buenas intenciones si no van acompañados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento”[18].

El sistema de reacción, por su parte, implica el accionar del órgano de administración cuando toma conocimiento de un hecho delictivo. Normalmente, esto debe dar lugar antes que nada a una investigación interna a los efectos de corroborar los extremos que se señalen. Éstas investigaciones, sostiene gran parte de la doctrina, podrán contener ciertas injerencias en la privacidad de los trabajadores, como ser la revisión de e-mails, intervenciones telefónicas de las líneas corporativas, revisión de casilleros. No obstante, todas esas disposiciones deberán estar fundamentadas y se deberá poner en conocimiento de los empleados de esa situación.

Gómez Martín le dedica unas líneas al registro personal (así como el de taquilla o el de efectos) de los trabajadores y a la intervención de medios productivos de la empresa[19], que si bien se refieren en concreto al derecho español, me parecen perfectamente trasladables a nuestra realidad jurídica. Con relación al primero de ellos sostiene que es una facultad excepcional que debe ser sometida a estrictos límites, en cuanto debe ser necesario para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, y debe llevarse a cabo únicamente en el lugar y en horas de trabajo, respetándose al máximo su dignidad.

Pero sea cual sea la injerencia en la intimidad de los trabajadores, entiendo que para que no constituyan una infracción y para que sean utilizables posteriormente en un eventual procedimiento penal, el común denominador de todas ellas es la proporcionalidad y la información. Deben ser proporcionales en sentido amplio[20], es decir idónea para conseguir el fin legítimo pretendido (en este caso investigar), necesario (el mecanismo menos restrictivo) y proporcionado en sentido estricto (es decir, que el objetivo perseguido compense la restricción). Con relación a éste último requisito, cabe distinguir entre fines preventivos y reactivos. Si lo que se busca es prevenir, las injerencias deben ser limitadas y genéricas (v. gr. cámaras de vigilancia que apunten al sector en general y no al empleado en particular, etc.). Por el contrario, cuando la injerencia forme parte de una investigación de un delito, la expectativa de privacidad del trabajador se reduce.

Igualmente, siempre y sin excepción, las medidas invasivas a la privacidad deben ser previamente informadas[21]. Ello implica que al iniciar la relación laboral, o bien una vez iniciada pero antes de implantar la injerencia, se debe comunicar a los trabajadores esta posibilidad, es decir, que en caso de que se sospeche que ha cometido un delito, o bien en el marco de investigaciones internas, podrá hacerse uso de esas medidas, las cuales a mi entender deberán ser detalladas, comunicando de esa manera si se pueden intervenir comunicaciones, correos electrónicos, contratar detectives privados, implantar micrófonos, etc.

Con relación a los registros personales, se encuentran previstos por el art. 70 de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto establece que: “Los sistemas de controles personales destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre

salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal” y que: “los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo”. Entiendo que el artículo es aplicable cuando se realiza en forma preventiva. Sin embargo, en caso de que se sospeche fundadamente acerca la comisión de un delito, el empleador podrá seleccionar a la persona de quien desconfía.

Existen varias posibilidades de selección de los sujetos que van a llevar a cabo las investigaciones internas. Puede hacerlo el propio CCO con su equipo, puede existir un órgano específico, o bien puede solicitarse la asistencia de un grupo externo. Oliver Sahan enfatiza en los altos costos económicos de las investigaciones externas, pero sobre todo los costos reputacionales[22]. Sin embargo, ante la grave sospecha de que se haya cometido un delito de cierta magnitud, sobre todo si los altos cargos jerárquicos pueden estar involucrados, ésta última opción resulta ser la más transparente. Piénsese que para el operador judicial va a resultar más sospechoso que sea la misma empresa la que se autoinvestigue, en lugar de una empresa externa, específicamente dedicada a ese tipo de pesquisas y que, en consecuencia, tuviera una reputación que mantener. Además, es preferente que quienes lleven adelante la investigación no tengan relación en el ámbito laboral, a fin de evitar que se sospechen imparcialidades o subjetividades.

Ahora bien, concluida la investigación, puede existir un sistema disciplinario. Este sistema, puede prever distintas sanciones, que pueden ir desde una llamada de atención hasta un despido con causa. Nieto Martín recomienda que se prevea el despido como ultima ratio, y que durante el proceso se respeten las garantías y se empleen de manera proporcional, dando segundas oportunidades (probation) y que las sanciones busquen tener un sentido resocializador, como someterse a programas de formación[23].

Con relación a estos procedimientos internos, Kuhlen señala que tienen gran similitud con la justicia penal. En este sentido, sostiene que los destinatarios de las normas no son las empresas sino los empleados, a los cuales únicamente les caben sanciones cuando se aclare mediante un proceso si están o no cumplidos los presupuestos de una sanción. Por esta razón, deben respetarse los derechos constitucionales de los sospechosos, en un paralelismo con los derechos de los imputados en los procesos penales[24]. Además, debe encontrarse un equilibrio entre la necesidad de investigar y sus limitaciones amparadas por el derecho a la libertad individual, equilibrio que se ubica en el centro del Derecho Procesal Penal. En este sentido, el autor compara el interrogatorio de los empleados con el de testigos o imputados en el proceso penal, por lo que se pregunta si no deben regir con relación a los indagados las mismas reglas de protección que la de los imputados en los procesos penales[25].

Maschmann, concretamente en lo que refiere al nemo tenetur ipsum accusare, entiende que no aplica a las investigaciones internas por cuanto el empleador no se ocupa de la sanción penal sino de la defensa de su propia posición jurídica. Sin embargo, distingue los casos en que los objetivos del interrogatorio sean preventivos o represivos. En el primer caso, sostiene que no se aplica el nemo tenetur. En el segundo, es decir, cuando el interrogatorio se realiza para el descubrimiento de delitos e infracciones de deberes, existe el derecho a negarse a declarar. Incluso, el autor señala que debiera pensarse en un derecho a mentir[26]. El problema surge, tal como señala Maschmann, en que muchas veces no se distingue con claridad la naturaleza de los fines perseguidos con el

interrogatorio. En estos casos, sostiene con razón que el empleado no puede cargar con esa situación, por lo que se impone al empleador la obligación de informar sobre el fin del interrogatorio, por lo que la falta de cumplimiento de este requisito impediría el uso represivo de la declaración.

El resultado de dicha investigación deberá ser llevado a conocimiento de los administradores, quienes en caso de que la pesquisa arroje un resultado positivo, deberán poner en conocimiento de esa situación a las autoridades.

ii. AML Compliance Program.

Analizados las cuestiones generales del criminal compliance, así como también la normativa específica en materia de prevención de lavado de activos, surge la pregunta de cuál será el estándar exigido para los sujetos obligados, es decir, si deberán cumplir únicamente con las normas administrativas o si, por el contrario, el art. 304 del Código Penal impone deberes de conducta mayores, como la incorporación de programas de cumplimiento.

La respuesta a esta pregunta es, a mi juicio, que depende de quién sea el sujeto obligado. Por supuesto que mientras que no se cumpla con la normativa en materia de lavado podemos hablar de un defecto organizativo que puede dar lugar a responsabilidad en los términos del artículo 304, siempre y cuando se cometa un delito de blanqueo. La normativa administrativa constituye el estándar mínimo y común denominador de todos los sujetos obligados a la que, además, hay que agregar las normativas específicas de cada actividad. Es decir, no es la misma legislación vigente, por ejemplo, para las entidades bancarias que para las compañías de seguros.

Pero el problema mayor se presenta con relación a otra cuestión. En determinar si únicamente alcanza con el cumplimiento de la normativa específica y escrita. Aquí es donde se plantean las dificultades. No cabe duda que cuando nos refiramos a sujetos obligados individuales o pequeñas empresas, dicho cumplimiento va a ser suficiente. Sin embargo, en algunos casos ello no va a ser así.

Las complejas estructuras de organización que componen a las grandes empresas imponen un deber de cuidado aún mayor. Este criterio no debe ser entendido como una analogía in malam partem ni como un apartamiento de ese principio. Esa es la conclusión a la que arribo partiendo de la base de que lo único que se le exige a las grandes empresas (v. gr. bancos) es que controlen el riesgo que crean, y es únicamente la empresa quien va a poder conocer a priori cuáles son los riesgos a los que tiene que hacer frente (los cuales si no se controlan en forma razonable serán tildados como jurídicamente desaprobados, con las consecuencias jurídicas que ello supondrá en caso de que se produzca un resultado dañoso). Por esta razón, las grandes empresas deberían adoptar las medidas detalladas en el punto anterior que estimen pertinentes, así como, obviamente, el cumplimiento estricto de la normativa administrativa.

Sobre esta temática, Nieto Martín[27] entiende que la tarea de las empresas no es cumplir específicamente con el Derecho Penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que permitan cumplir con la normativa vigente en la materia de que se trate, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Sostiene que los códigos éticos, y no el Derecho Penal, deben ser los que delimiten el perímetro de las conductas prohibidas y las normas de

comportamiento de una empresa. Los códigos éticos y las políticas empresarias deben ir más allá de la ley, en cuanto el derecho penal no consiste en un asesoramiento que permita a la empresa moverse en los límites de la normativa.

Asimismo, sostiene García Caveró[28], refiriéndose al derecho peruano pero aplicable a nuestro ámbito, que si bien no existe una norma jurídica general que imponga a las empresas un programa de cumplimiento que asegure la observancia de leyes penales, será a la propia empresa a la que le cabrá el deber de evitar la generación de riesgos penalmente relevantes. El autor entiende que: “el criminal compliance procura la observancia de la normativa legal, específicamente la jurídico-penal, mediante una labor de prevención de los delitos y, en caso de que éstos se produzcan, mediante su oportuna detección y puesta en conocimiento a los órganos de persecución penal correspondientes”[29].

Ortiz de Urbina[30], entiende en este sentido, que la posición de las empresas no difiere de la de las personas físicas. Tanto a la empresa como a las personas físicas se le conceden amplios espacios de libertad que incluyen amplias facultades de autoorganización y se les hace responder por los resultados penalmente relevantes de su mala organización.

En consecuencia, creo que el análisis de la normativa administrativa debe hacerse desde una perspectiva de un estándar mínimo para los sujetos obligados, los cuales además deberán prestar especial atención a los riesgos propios que la propia organización podrá desarrollar, para de ese modo implantar el sistema que mejor se ajuste a su situación para neutralizar esos riesgos.

Obviamente sería aconsejable que la legislación vaya incorporando estándares más claros, a fin de promover una mayor seguridad jurídica y evitar la situación de incertidumbre en que actualmente se encuentran las empresas a la hora de prevenir riesgos. Esta incertidumbre se traslada asimismo a quienes deben asesorar en la implementación de programas. En este sentido, Rotsch sostiene que: “Quien pretende garantizar que las decisiones empresariales no se corresponden con formas de comportamiento penalmente relevantes se ve obligado a anticipar la responsabilidad penal. No obstante, este proceso de anticipación se lleva a cabo con frecuencia bajo condiciones extraordinariamente complejas. Por un lado, el Derecho penal económico trata con realidades extraordinariamente complicadas, por otro, esta disciplina jurídica es de por sí tan compleja y nebulosa que a menudo sólo puede ser dominada por reconocidos expertos, y finalmente, en amplios sectores no existen apenas enunciados fiables en lo que a la amenaza penal se refiere. El rasgo característico del Criminal Compliance reside en este sentido en la necesidad de la anticipación de la responsabilidad penal, que no puede sencillamente predecirse siempre con la necesaria seguridad”[31].

Por otro lado, en los casos de las personas jurídicas a las que se les exige la presencia de un compliance officer, cabe hacer algunas precisiones. En primer lugar, así como los administradores responden por la mala elección del oficial de cumplimiento, lo mismo sucede con la empresa. Por esta razón, es importante aclarar que quien ejerza esa función de control deberá ostentar amplios conocimientos en la materia de que se trate. En relación al objeto de este trabajo, el CO deberá tener importantes conocimientos sobre lavado de activos en general, así como de aquellas tipologías específicas que pudieren darse en la rama de que se trate. Por esta razón, es recomendable que el cargo sea ejercido por un profesional en derecho, con experiencia acreditada en la materia. En lo que hace a las grandes corporaciones, a mi entender, lo más conveniente es que se trate de

un cuerpo interdisciplinario, más allá de la profesión que ostente el Chief Compliance Officer que se encuentre a la cabeza. En este sentido, me parece importante que el CCO cuente con un equipo que tenga todas las herramientas necesarias para la prevención de delitos. Resultan tan importantes los aspectos contables, económicos y financieros, los aspectos informáticos, así como los aspectos normativos, tanto desde el punto de vista regulatorio como del punto de vista propiamente penal.

Con relación a éste último punto, cabe hacer una breve observación. Si de lo que se trata es de prevenir responsabilidad penal por el delito de lavado de activos, que se encuentra previsto en el art. 303 del Código Penal, sería conveniente que el equipo que asesore al CCO esté compuesto al menos por una persona que maneje los modos de comisión del delito de que se trate. No creo que necesariamente deba ser un abogado penalista (si bien creo que sería conveniente), pero sí es importante que maneje la temática de lavado de activos tanto desde su aspecto criminológico[32] como jurídico-penal.

Piénsese en este sentido en que las empresas están ocupando el rol del Estado allí donde el Estado no llega, o si llega lo hace de forma defectuosa. En este sentido, quienes trabajen en la prevención de blanqueo de capitales ilícitos deberán conocer tanto el hecho como fenómeno social, es decir, la modalidad en que se produce el blanqueo de capitales, tanto desde las tres etapas clásicas[33], consistentes en la simulación de “situación o colocación”[34], “estratificación o diversificación”[35] y la “integración”[36], como así también las particularidades propias de cada rubro. En efecto, las modalidades serán diferentes en las casas de juego, en el mercado de capitales o en las inversiones en obras de arte, por lo que el enfoque deberá estar basado en los riesgos concretos que ostente la actividad de que se trate.

Entendido ese sentido criminológico, se deberá hacer énfasis en las distintas conductas típicas que prevé el legislador, pero siempre con el contexto criminológico detrás, que va a permitir entender cuándo una de las conductas del art. 303 esté orientada a colocar dinero, para luego ocultarlo y posteriormente integrarlo con apariencia de legalidad.

iii. Incidencia de un correcto programa de cumplimiento al momento de imputar penalmente a la persona jurídica.

Llegados a este punto, me propongo analizar las consecuencias jurídicas que podrá tener la comisión del delito de lavado de activos en el marco de una empresa que efectivamente cuente con un programa de cumplimiento adecuado para evitar estos delitos. Este análisis contendrá tanto el aspecto preventivo/detectivo como el reactivo.

En primer lugar, para que podamos comenzar a hablar del delito cometido por los entes ideales, debe darse el supuesto de que se cometa previamente el delito de lavado de activos previsto por el art. 303 CP, y que ese delito haya sido llevado a cabo en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ideal. Es decir, cuando quien convierta, transfiera, administre, venda, grave, disimule o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal sea una empresa, o con su intervención, o en su

beneficio, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito.

Como ya esbocé previamente, en el entendimiento de que el art. 304 prevé sanciones eminentemente penales, no cabe imputar responsabilidad meramente objetiva, y la carga de la prueba estará a cargo del Ministerio Público. Además, es necesario un elemento subjetivo, que se refleja como un defecto de organización que permite la comisión del delito. Este defecto de organización se da, a mi entender, cuando la empresa (hablando siempre de algún sujeto obligado en los términos de la ley 25.246) no controla los riesgos propios de su actividad mediante medidas de compliance. Por esta razón, los jueces deberán tener en cuenta “el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes” no solamente para graduar la pena sino, y sobre todo, para atribuir responsabilidad.

Ahora bien, la forma de atribuir responsabilidad a los entes ideales difiere de la forma en que se atribuye a las personas físicas, aunque todavía no existe una teoría de la imputación de las empresas que esté siendo aplicada en el ámbito de tradición alemana, como es el caso de nuestra tradición jurídico penal. Por esta razón, lo que ofrezco es un esquema que propone esbozar algunas ideas que permitan continuar el debate.

Para imputar al ente ideal puede partirse de los dos subsistemas que expuse al momento de explicar las características generales de los programas de cumplimiento. Con relación al primero de ellos, me parece que puede resultar de gran utilidad la teoría de la imputación objetiva de resultado[37]. En este sentido, el primer paso que habrá de dar el operador jurídico será examinar la modalidad en que se llevó a cabo el delito. Es decir, cuál fue la conducta típica en los términos del art. 303 CP. Una vez sorteado ese obstáculo, analizar la forma en que intervino la empresa y la relación causal entre su intervención y la realización de la conducta típica, así como el cumplimiento de la normativa específica. Luego, analizar si el AML compliance program implementado por la empresa resultaba, ex ante, eficaz para evitar la realización del delito. La no implementación del programa de cumplimiento podrá ser catalogada como un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que llevará a que en caso de que se produzca un resultado dañoso, en este caso la configuración de un delito de lavado de activos, hará imputable objetivamente a la empresa.

Sorteado este primer obstáculo, es decir, en caso de contar con un programa de cumplimiento que permita prevenir delitos de manera efectiva, todo indicaría que se debe exonerar de responsabilidad al ente. En caso contrario, se le atribuirá responsabilidad.

Sin embargo, me parece interesante analizar el segundo subsistema y su posible incidencia en el sistema de imputación. Recuérdese que el segundo subsistema implica un accionar posterior a la comisión del delito. En este sentido, puede discutirse si corresponde que tenga incidencia, y en caso de tenerla si será en la imputación o, en su caso, en la graduación de la pena.

El problema que se presenta, tanto en un caso como en el otro, es que estaríamos analizando una conducta que se produce con posterioridad a la consumación del delito. En este sentido, si el delito ya se encuentra consumado, poco debieran incidir los actos posteriores. Sin embargo, sin excluir definitivamente esa posición, ni con pretensiones de arribar a una respuesta definitiva, me permito cuestionar

dicha afirmación. Repárese que el sistema de respuesta ante el conocimiento del hecho forma parte del mismo programa de prevención, el cual si bien no constituye (sería conveniente que así fuera) un requisito legal en nuestro país, su implementación debe ser tenida en cuenta sobre todo cuando la investigación interna y su posterior puesta en conocimiento de las autoridades judiciales haya sido el elemento decisivo para que el hecho pudiera ser posteriormente juzgado. En efecto, suponiendo que una empresa que cuenta con un amplio programa de cumplimiento, tanto preventivo como reactivo, detecta una operación sospechosa, que luego de una profusa investigación interna da lugar a la identificación de los responsables y, posteriormente, pone en conocimiento de las autoridades esa situación, no pareciera justo que la empresa deba responder cuando no fue sino ella misma la que dio a conocer de la existencia del delito. Además, que se exima de responsabilidad a la empresa por ese accionar constituirá asimismo un elemento tentador para que las empresas tiendan a investigar estos delitos y llevarlos a la justicia, en lugar de ocultarlos, por lo que desde la óptica político-criminal parece poco aconsejable.

Además, si bien parece que muchas veces se habla de responsabilidad de la empresa como algo que no tiene mayor relevancia, en realidad no se pueden soslayar los distintos sujetos que pueden verse afectados (stakeholders, acreedores, trabajadores) con las sanciones. Por esta razón, si la empresa se organizó de un modo que a priori parecía adecuado y, además, a posteriori se encargó de colaborar activamente con la justicia para esclarecer el delito, no pareciera lógico que por el solo hecho de que alguien (empleado, cliente, miembro del directorio) haya sorteado todos los obstáculos impuestos pueda imponérsele a la persona jurídica una sanción que no solamente afectará a la empresa como institución, sino también a diferentes sujetos individuales cuyos intereses pueden encontrarse detrás de ella.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la inseguridad jurídica que genera el hecho de no contar con jurisprudencia en la materia, lo que repercute en que difícilmente se pueda saber cuándo un programa de cumplimiento resulta eficaz *ex ante*, por lo que la reacción posterior puede resultar un indicio serio, tanto del buen gobierno corporativo como de la efectividad del programa, por cuanto si bien el delito se habría consumado, lo cierto es que habría sido merced al propio autocontrol de la empresa que el mismo podría haber sido investigado.

En consecuencia, creo que existen elementos para sostener que un programa de cumplimiento, cuando fuere implementado seriamente, puede evitar la responsabilidad penal del ente. Asimismo, entiendo que desde la imputación objetiva por un lado, así como del análisis de la reacción corporativa, por el otro, puede empezar a esbozarse un sistema de responsabilidad. A esos efectos, entiendo que puede ser conveniente mirar su implementación en Estados Unidos en cuanto al ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, para aquellos casos donde se demuestre una considerable colaboración de parte del ente[38]. Ello sin desconocer los principios jurídicos que recoge nuestro sistema continental (genérico), ni la tradición penal alemana (específico), pero tampoco la tendencia internacional en la materia, lo cual en muchos casos ha comprometido a nuestro país a ajustar la legislación con la tendencia de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Esta materia requiere pues de importantes debates que a mi juicio deberán centrarse más bien en una teoría del delito (entendiendo a la empresa como sujeto

de imputación) que en cuestiones iusfilosóficas acerca del contenido ontológico de las consecuencias jurídicas previstas por el Código Penal para las empresas.

V. Conclusión [\[arriba\]](#)

Llegados a este punto, podría caerse en la tentación de pensar que como hasta el momento no hemos tenido decisiones jurisdiccionales ni normativa procesal con relación al tipo de responsabilidad que prevé el art. 304 del Código Penal y, consecuentemente, menos aún, de los modos de prevenir responsabilidad penal de los entes ideales, trabajos como el presente constituyen argumentaciones meramente teóricas sin fundamentos prácticos. Sin embargo, entiendo que es verdaderamente preocupante el escaso nivel de discusión que ha acarreado dicha norma.

Es verdad que por el momento la figura constituye una disposición aislada cuya aplicación práctica no ha dado mayores resultados. También lo es el hecho de que no existe normativa procesal que desarrolle el modo en que se llevarán a cabo los procesos contra los entes ideales. No obstante, no podemos dejar de considerar que la norma es una norma existente y que, por esa razón, en cualquier momento puede ser solicitada su aplicación por el Ministerio Público Fiscal y, eventualmente, impuesta una condena por el poder jurisdiccional. En este contexto, donde no existe legislación clara en la materia, sobre todo desde el punto de vista procesal (si bien se supone que asistiría a juicio el representante legal de la empresa ello puede dar lugar a serias y justificadas discusiones), donde no existe tampoco jurisprudencia que oriente la discusión, lo único con lo que se cuenta es con la opinión de los autores.

En estos términos, pienso que es importante que la doctrina se vuelque sobre este asunto por dos cuestiones principalmente. En primer lugar, para ir generando una dogmática penal en este sentido que genere herramientas a los operadores judiciales que eventualmente tengan que resolver sobre esta cuestión. En segundo lugar, y fundamentalmente, para que quienes se dedican a asesorar empresas en materia de prevención de riesgos tengan un norte hacia el cual dirigir los programas de cumplimiento y se pueda salir en algún momento del estado de penumbra en que se encuentra el instituto en la actualidad.

Repárese que para las empresas la aplicación o no de responsabilidad penal puede dar lugar incluso a la propia disolución de la empresa, lo que constituye una pena de muerte corporativa. Frente a esto, no es solamente la empresa como ente ideal la que se ve perjudicada. Existen trabajadores que perderían sus trabajos, acreedores que se verían en la necesidad de presentarse judicialmente para cobrar sus créditos y accionistas que verían seriamente disminuido su patrimonio.

Por esta razón, lo que busca el presente trabajo es fomentar la discusión sobre este punto y sobre todo, plantear una postura al respecto, postura que solo el tiempo dirá si tiene algún tipo de acogida favorable.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cfr. ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, en *Indret*, 1/2012, pág. 2, en <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>, (disponible el 13-IX-2015).

[2] Para una lectura un poco más profunda acerca del concepto de compliance penal, ver ROTSCH, THOMAS, “Sobre las preguntas...”.

[3] Cfr. BLANCO, Hernán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos en el art. 304 del Código Penal”, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40472-responsabilidad-penal-personas-juridicas-delito-lavado-activos-art-304-del-codigo>, (disponible al 13-IX-2015). El artículo tuvo origen en dos conferencias realizadas por el autor con relación a esa cuestión en las “Primeras jornadas de la UIF sobre prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo” organizadas por la Unidad de Información Financiera y en el “VIII Encuentro Nacional de Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo” organizado por la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del terrorismo (FAPLA). El autor hace énfasis en su debate con el Dr. Francisco D’Albora (h) sobre esta cuestión, quien se encuentra en una posición contraria al sostener que la responsabilidad prevista en el artículo en cuestión es de carácter administrativo.

[4] Cfr. D’ALBORA, Francisco (h), “La nueva ley de lavado de dinero”, en *ELDial.com*, Editorial Albremática, Junio 2011, citado por BLANCO, Hernán, op. cit.

[5] Ello surge de la la nota interpretativa de la recomendación N° 3[5]. En el punto 7, inciso “C” de la nota, el GAFI establece que: “Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas”.

[6] Si se analiza por ejemplo el voto en disidencia del Ministro de la CSJN Raúl Zaffaroni en “Fly Machine”, se advierte que la posición que adopta es netamente dogmática, si bien es presentada como una oposición constitucional.

[7] Es una causa que tramita ante el Juzgado Federal N° 2 de la Provincia de Santa Fe, a cargo del Dr. Francisco Miño. Allí, fiscal federal Walter Rodríguez, junto con el titular de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (Proceslac), Carlos Gonella, y el coordinador del Área de Fraudes Económicos y Bancarios de ese organismo, Pedro Biscay, presentaron la indagatoria de 49 imputados acusados de captar ahorristas a los que se les despojó de sus títulos y valores y que habría culminado con el blanqueo de \$40.000.000 solamente en el año 2012.

[8] Artículo periodístico redactado por LOVAISA, Nicolás, en *Infojus Noticias*, en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/bolsafe-piden-indagar-al-banco-galicia-en-una-millonaria-estafa-2626.html>, (disponible el 13-IX-2015).

[9] Cfr. Página Oficial del Ministerio Público Fiscal, en <https://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/bolsafe-citaron-a-indagatoria-a-operadores-del-banco-galicia-y-de-valfinsa/>, (disponible el 13-IX-2015).

[10] Cfr. *Infojus Noticias*, <http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/bolsafe-procesan-a-bancarios-por-el-lavado-de-40-millones-de-pesos-2904.html>, (disponible el 13-IX-2015).

[11] El art. 21 bis establece que la información mínima para requerir a los clientes debe abarcar:

“a) Personas físicas: nombres y apellidos completos; fecha y lugar de nacimiento; nacionalidad; sexo; estado civil; número y tipo de documento de identidad que deberá exhibir en original (documento nacional de identidad, libreta de

enrolamiento, libreta cívica, cédula de identidad, pasaporte); CUIT/CUIL/CDI; domicilio (calle, número, localidad, provincia y código postal); número de teléfono y profesión, oficio, industria, comercio, etc. que constituya su actividad principal. Igual tratamiento se dará, en caso de existir, al apoderado, tutor, curador, representante o garante. Además se requerirá una declaración jurada sobre el origen y licitud de los fondos, o la documentación de respaldo correspondiente, conforme lo fijan las directivas de la Unidad de Información Financiera (UIF); b) Personas jurídicas: denominación social; fecha y número de inscripción registral; número de inscripción tributaria; fecha de contrato o escritura de constitución; copia del estatuto social actualizado, sin perjuicio de la exhibición del original; domicilio (calle, número, localidad, provincia y código postal); número de teléfono de la sede social y actividad principal realizada. Asimismo se solicitarán los datos identificatorios de las autoridades, del representante legal, apoderados y/o autorizados con el uso de firma, que operen con el sujeto obligado en nombre y representación de la persona jurídica. Los mismos recaudos antes indicados serán acreditados en los casos de asociaciones, fundaciones y otras organizaciones con o sin personería jurídica. Además se requerirá una declaración jurada sobre el origen y licitud de los fondos, o la documentación de respaldo correspondiente, conforme lo fijan las directivas emitidas por la Unidad de Información Financiera (UIF)”.

[12] Cfr. NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, pág. 33.

[13] *Ibidem.*, pág. 34. El autor señala sin embargo que a la preferencia por el modelo de cumplimiento orientado a los valores se le debe hacer una matización, por cuanto para la ponderación entre control y libertad debe tenerse en cuenta la distinción entre prevención y reacción. Sostiene que medios invasivos con el objeto de detectar en forma indiscriminada comportamientos infractores en la empresa deben ser prohibidos. Sin embargo, sostiene que esa ponderación es diferente cuando se usan como medios reactivos para hacer frente a una infracción ya detectada.

[14] Cfr. ROTCH, Thomas, “Sobre las preguntas...”.

[15] Cfr. NIETO MARTÍN, *op. cit.* Pág. 35.

[16] Sec. 301 (4) Sarbanes Oxley Act.

[17] Cfr. NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pág. 34.

[18] *Ibidem*, pág. 25-

[19] Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.*, pág. 233-234. Señala el autor que con relación a las intervenciones de medios de comunicación de uso laboral, no es posible desconectar su uso de toda comunicación personal, por lo que existe una mínima expectativa de privacidad por parte del empleado.

[20] *Ibidem*, pág. 133. En un sentido similar, MONTIEL, Juan Pablo, “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA, *op. cit.*, pág. 240.

[21] Cfr. MONTIEL, Juan Pablo, *Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales*, en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA, págs. 226 y ss.

[22] Cfr. SAHAN, Oliver, “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* Pág. 249.

[23] Cfr. NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pág. 35.

[24] KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal”, en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA, *op. cit.*, pág. 71.

[25] *Ibidem*, pág. 73.

[26] Cfr. MANSCHMANN, Frank, “Compliance y derechos del trabajador”, en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA, *op. cit.*, pág. 159. El autor, refiriéndose

concretamente al derecho alemán, explica que: “el derecho a permanecer en silencio está flanqueado por otros derechos procesales: el empleado puede requerir que durante la entrevista personal participe un miembro del comité de empresa de su confianza, cuando esta sobrepase, en la investigación de un hecho, los fines puramente preventivos y, así mismo, cuando se cumplen los requisitos del §82.2.2 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz). Por consiguiente, el que va a ser entrevistado únicamente podrá reclamar la presencia de un abogado cuando el empleador pueda investigar por medio de un abogado; es una imposición del principio de igualdad de armas, lo que puede conducir a otros problemas. Si se hicieran anotaciones sobre los interrogatorios, el entrevistado tendría el derecho a examinar las actas y dar una opinión porque se trata de una parte del expediente personal (véase § 83 BetrVG). Estas facultades son todavía más relevantes cuando las actas puedan ser intervenidas por los funcionarios encargados de la persecución penal”.

[27] Op. cit., pág. 27.

[28] Op. cit.

[29] Ibidem..

[30] Cfr. ORTIZ DE URBINA, Iñigo; “Sanciones penales contra las empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)”;

en KUHLEN-MONTIEL-ORTIZ DE URBINA, op. cit., pág. 267. El autor pone el ejemplo del conductor, al cual: “se le dejan importantes facultades de organización tanto sobre el cuidado de su coche como en su conducción. También en este caso el Estado quiere aprovechar las facultades de autoorganización ajenas para que se produzcan delitos. Sin duda, hay ámbitos más y menos reglados (mi libertad a la hora de organizar el balcón de mi casa para evitar la caída de objetos a la calle es muy superior a mi libertad a la hora de conducir). Sin embargo, solo los partidarios más acérrimos de la Teoría de Sistemas sostendrían que la existencia de ámbitos de libertad y la posibilidad de control posterior por el Estado permitan también en el caso de las personas físicas de autorregulación regulada”.

[31] Cfr. ROTSCHE, “Sobre las preguntas...”.

[32] Es importante que tenga conocimiento de las tres etapas que suelen componer el lavado de activos, consistentes en la colocación, de cobertura y de integración. Ver al respecto: BUONPADRE, Jorge Eduardo; Manual de Derecho Penal, parte especial, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 785.

[33] Cfr. PÉREZ LAMELA, Lavado de dinero, Doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, págs. 14 y ss.

[34] Se ingresa la gran suma de dinero en pequeñas sumas al sistema financiero institucionalizado. Dinero en efectivo que se canjea por instrumentos monetarios y/o financieros negociables. Se busca ingresar el dinero en el sistema financiero sin llamar la atención.

[35] Consiste en transacciones de relativa complejidad con el objeto de que se pierda el rastro del origen del dinero.

[36] Aquí ya el dinero retorna a la circulación, dando la apariencia de haberlo obtenido legítimamente.

[37] Contra esta postura se alza NIETO MARTÍN, en op. cit., págs. 21-50 critica esta postura. El autor entiende que resultaría mejor utilizar la estructura de imputación del derecho penal internacional de “ofenses” y “defenses”. Si bien me parece una posibilidad interesante, pienso que la tradición dogmática alemana ha enriquecido fuertemente los sistemas penales que siguen esa corriente. Por eso no veo por qué renunciar a todas esas estructuras y aplicar una distinta. Sin embargo, es una respuesta al problema dogmático que podría llegar a imponerse en un futuro, la cual no me parece un inconveniente en modo alguno. Simplemente, lo que se busca en el trabajo es contribuir con una variante que no se encuentre ya

plasmada en la doctrina.

[38] Las Organizational Guidelines son una buena pauta hermenéutica en este punto.

© Copyright: Universidad Austral