

Oficial de cumplimiento y responsabilidad penal de las empresas[1]

Juan María Rodríguez Estévez[2]

I. La crisis del Derecho penal y su impacto en el derecho penal empresarial [\[arriba\]](#)

En la actualidad suele insistirse en la crisis del Derecho Penal. En efecto, hablar de crisis en el Derecho Penal es abordar problemas de fundamentación y legitimación que comprometen los “rasgos definitorios de su propia identidad”[3].

Al respecto, señala Castaldo que, en la actualidad, tal vez la definición más simple y más apropiada del rostro del Derecho Penal sea por la negativa, por lo que no es, antes que por aquellos elementos reales en los que sí consiste[4].

Por cierto, en estos días no hay campo del Derecho Penal que no se encuentre sujeto a crítica respecto de las bases mismas que lo justifican. Por mencionar algunos ejemplos, el auge de figuras delictivas de peligro abstracto conlleva necesariamente un replanteo del principio tradicional de ofensividad, mientras que la tutela de bienes jurídicos supraindividuales transluce la crisis de la noción clásica de bien jurídico ligado a intereses individuales.

Se advierte una manifiesta tensión entre la doctrina penal contradictoriamente minimalista y una irrefrenable tendencia legislativa hacia la ampliación progresiva de los objetos de protección jurídico-penal, caracterizada por la proliferación de preceptos penales con términos vagos y porosos, con cláusulas generales o de intenso contenido valorativo.

Señala Yacobucci que esta perspectiva describe un proceso por el cual el Derecho Penal se encuentra sometido a una crítica constante según estándares éticos y políticos cambiantes, sujetos en buena medida al contexto filosófico-cultural de la convivencia[5].

Con relación a esta cuestión, los principios de legalidad, culpabilidad, ofensividad, taxatividad, e incluso ultima ratio, resultan seriamente cuestionados por las nuevas modalidades legislativas en materia penal.

A modo de ejemplo, sobre los problemas que incluso la cláusula general de comisión por omisión acarrea para el principio de legalidad, son significativas las reflexiones de Moccia, para quien uno de los principales momentos para el problema de la crisis del principio de taxatividad aparece dentro de la definición de los delitos de omisión impropia. En ese aspecto considera que el legislador ha derivado parte de su responsabilidad al intérprete, pues la obligación formalmente relevante es deducible de una combinación entre la norma de la parte especial y la cláusula de la equivalencia de la Parte General del Código[6].

II. El fenómeno expansivo del derecho penal sobre la actividad empresarial de las personas [\[arriba\]](#)

Cada vez y con mayor frecuencia el Derecho penal se ocupa de los comportamientos económicos de los ciudadanos, es decir, de aquella actividad dirigida a la utilización de la riqueza. Este fenómeno acarrea un consecuente aumento del riesgo penal emergente de dicha actividad de intercambio de bienes y

servicios, donde la posibilidad de quedar atrapado dentro del sistema penal es tanto más elevada cuanto más central y socialmente relevante sea la actividad que el sujeto desarrolle.

En palabras del Profesor Sgubbi:

“Cuando mayores y más significativos son los roles económico-sociales desempeñados por un sujeto, mayor es el número de prescripciones (y por lo tanto de las figuras penales) de las cuales ese sujeto es destinatario”[7].

En efecto, en la actualidad la protección penal incluye no solo bienes jurídicos individuales (tales como los delitos contra la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, entre otros) sino también bienes jurídicos de la comunidad (delitos contra la salud pública, el interés económico general, el medio ambiente, la seguridad del tráfico, el orden socio-económico, por mencionar algunos casos). Esta realidad ha coadyuvado a poner en crisis la legitimación material del Derecho Penal entendido como la ultima ratio del ordenamiento jurídico. Surgen así disposiciones respecto de las cuales un sector de la doctrina afirma que protegen más bien funciones de la Administración que bienes jurídicos[8].

En este sentido, se ha sostenido que:

“Nacen leyes simbólicas, puestas esencialmente para asegurar a la opinión pública sobre el hecho de que la autoridad se esmera en eliminar comportamientos sociales. Leyes que se usa definir como avanzadas, incluso fuerte y audazmente innovadoras; leyes que nacen no tanto para tutelar efectivamente bienes jurídicos cuanto, en cambio, para satisfacer los valores contingentes de la política”[9].

III. Los deberes de colaboración del ciudadano para con las tareas fiscalizadoras de la Administración y su impacto en el proceso penal [\[arriba\]](#)

Asistimos en la actualidad a un significativo número de obligaciones de colaboración del ciudadano para con la Administración, que se presentan como una clara manifestación de la expansión del Derecho Penal sobre la actividad empresarial.

En efecto, de la mano de la referida expansión de los criterios de imputación de responsabilidad penal en el ámbito empresarial, se advierte una creciente expansión de los controles de la Administración sobre dicha actividad recurriendo, a tales fines, a la herramienta penal.

En virtud de ello, en casos de falta de colaboración o de obstrucción de los canales administrativos de contralor de la Administración por parte del ciudadano, suele recurrirse a figuras penales que presentan, como denominador común de tipicidad, el delito de desobediencia.

Sobre este punto, se ha sostenido que no deja de ser significativa la similitud de ciertos deberes de los particulares portadores de posiciones especiales con el esquema particular de imputación de responsabilidad penal para funcionarios públicos en el marco de imputación propio de los delitos de infracción de un deber.

Así, constituye un dato irrefutable de la realidad que el cumplimiento de los deberes estatales no se reduce solo a la actividad de funcionarios públicos, sino que la participación de los ciudadanos en algunos casos puede ser tan relevante como la intervención de los propios funcionarios[10].

Concretamente, se señala que, en el ámbito de la empresa, el ordenamiento jurídico atribuye a determinados sujetos económicos ciertas competencias institucionales para el cumplimiento de los fines propios del Estado. Se argumenta, entonces, que en la medida en que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno en el desarrollo de la economía, se establecen ciertas competencias institucionales que vinculan a las empresas o administradores con determinados organismos públicos[11].

A modo de ejemplo, en el ámbito del delito de lavado de activos de origen delictivo esto se percibe claramente a la hora de analizar los fundamentos para legitimar materialmente las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de los deberes de informar operaciones sospechosas por parte de los sujetos obligados a ello.

Al respecto, se ha sostenido que el punto de partida para la detección de casos de lavado de activos de origen ilícito está en la mayor o menor efectividad con que los sujetos obligados a informar cumplan con ese deber, comunicándoles a los funcionarios públicos competentes las operaciones que puedan resultar sospechosas de aquel lavado. Así, el sistema de prevención descansa primordialmente en la figura de los sujetos públicos y privados obligados a informar, respecto de los cuales podría sostener que se convierten en cuasi-funcionarios del Estado[12].

En palabras de la Unidad de Información Financiera (órgano de contralor estatal sobre la materia) mediante Resolución del -25-II-2013- se señaló que:

“El nombramiento de un funcionario de alto nivel, lo hace responsable de velar por la observancia e implementación de los procedimientos y controles necesarios para prevenir el lavado de activos.

Las funciones más significativas del oficial de cumplimiento son: a) diseñar y proponer a la Entidad los procedimientos y controles en materia de prevención de lavado de activos; b) Analizar las operaciones inusuales y en caso que corresponda, previa decisión de la entidad, formular el reporte de operación sospechosa (ROS) ante la UIF; c) monitorear por los procedimientos internos de la entidad, la aplicación de las políticas preventivas adoptadas en la materia; d) proponer políticas de capacitación; e) centralizar los requerimientos de información efectuados por los organismos competentes; f) formular los distintos requerimientos dentro de la Entidad donde desarrolla su labor para implementar las diversas exigencias regulatorias; g) capacitación del personal que implica la adopción de un programa formal de educación y entrenamiento para todos los empleados de la entidad; g) auditorías: la implementación de auditorías periódicas e independientes del programa global anti lavado, para asegurar el logro de los objetivos propuestos.

En esta línea, el art. 24 de la Ley N° 25.246 -N° 26.683- establece que:

1. La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera (UIF) creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una (1) a diez (10) veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave.
2. La misma sanción será aplicable a la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor.
3. Cuando no se pueda establecer el valor real de los bienes, la multa será de diez mil pesos (\$ 10.000) a cien mil pesos (\$ 100.000).
4. La acción para aplicar la sanción establecida en este artículo prescribirá a los cinco (5) años, del incumplimiento. Igual plazo regirá para la ejecución de la multa, computados a partir de que quede firme el acto que así la disponga.
5. El cómputo de la prescripción de la acción para aplicar la sanción prevista en este artículo se interrumpirá: por la notificación del acto que disponga la apertura de la instrucción sumarial o por la notificación del acto administrativo que disponga su aplicación.

Primera conclusión: el compliance u oficial de cumplimiento representa el punto final de un Derecho Penal tradicional como instrumento de reacción, para dejar lugar a la construcción de un mecanismo de control para la prevención.

Esta normativa ha importado la imposición por parte del organismo especializado de multas por más de 75 millones de pesos a diversas entidades bancarias de modo conjunto con las impuestas a sus oficiales de cumplimiento designados como tales.

Asimismo, la Resolución N° 185/2013 de la Unidad de Información Financiera dispone que los sujetos obligados que resulten sancionados con pena de multa, deben hacerla efectiva dentro de los 10 días de notificada la sanción. De este modo el recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo reviste efecto devolutivo. Es decir, se debe pagar primero y obtenida la razón en la instancia judicial el Estado devolvería el monto abonado.

Con relación al cómputo del plazo de la prescripción la UIF señaló concretamente que: “toda vez que el informar constituye una obligación permanente del sujeto comprendido en la normativa, mientras ello no ocurra, la UIF nunca entraría en conocimiento de la operación no informada (ocultada, silenciada u omitida), ni podría ejercer sus funciones en contra del lavado de dinero, o sancionar al sujeto obligado ... El comienzo del plazo de la prescripción debe computarse desde que el obligado modifica su conducta, es decir, cuando efectivamente cumpla con su deber de informar. Otra interpretación conduciría un sistema según el cual una mayor dilación en informar puede terminar premiada con la prescripción”.

Puede apreciarse, entonces, que el modelo de protección penal de las agencias administrativas parte de la concepción de las relaciones tendiente a conformar a los privados como colaboradores en el ejercicio de las funciones públicas, incluso en perjuicio de sí mismos.

Por ejemplo, el Código Penal español prevé como consecuencia jurídica, en su artículo 294, pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, a los que:

“Como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras”.

En palabras de Silva Sánchez, un precepto de tales características se enmarca en un modelo de Derecho Penal de la empresa que se centra en las nociones de prevención y anticipación máximas y cuya progresiva difusión cabe prever. En dicho modelo se retoma “el viejo paradigma del Derecho Penal de policía y del ilícito de mera desobediencia, aunque ciertamente puesto al día, al haber asumido el Estado las funciones de una nueva policía de riesgos”[13].

Sobre este punto, se descarga en el empresario el peso económico de la lucha contra el comportamiento ilícito, y se termina por consolidar una política de prevención a costo cero que genera responsabilidades culpables de posición.

Ello, sobre todo en el plano de exigencia de deberes de colaboración activa frente a la Administración, donde tal colaboración podría implicar una violación a la garantía judicial que establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

En España, la cuestión ha suscitado la atención del Tribunal Constitucional en las STC (1ª) 18/2005, del 1º de febrero -ponente Casas Baamonde- y STC (1ª) 68/2006, del 13 de marzo -ponente Delgado Barrio-, donde se consideró que el derecho a no autoinculparse se extiende a aquellas actuaciones previas al proceso penal que acaben teniendo influencia sobre este, cuando una persona aporta, bajo coacción, documentos en el marco del procedimiento de inspección tributaria y luego, ella misma, es condenada en un procedimiento penal con base en tales documentos.

En la Argentina, la cuestión parece resolverse, desde la perspectiva constitucional, recurriendo a las prestaciones que al respecto ha generado la instrumentalización en nuestro sistema judicial de la conocida regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente y su consecuente extensión a través de la teoría del fruto del árbol envenenado.

En definitiva, deben quedar excluidas del proceso penal las constancias probatorias obtenidas mediante coacción y engaño del Estado, como también aquellas obtenidas de modo voluntario pero que presentan como sustrato la exigencia legal de deberes de colaboración ciudadana bajo amenaza de incurrir en sanciones administrativas y penales en caso de incumplimiento.

IV. El oficial de cumplimiento y la imputación penal a la empresa por lavado de dinero [\[arriba\]](#)

1. La figura del compliance -oficial de cumplimiento- obedece a una corriente propia del derecho norteamericano. En general se opera con la idea de que se trata de la prevención de responsabilidad de las empresas, de sus órganos y de sus administradores y minimizar los riesgos de tales responsabilidades. El concepto

jurídico penal del compliance surge, de modo inductivo a partir de programas de cumplimiento de distintos foros y seminarios.

El concepto de Buen Ciudadano Corporativo -good corporate citizen-, concepto predominante en la doctrina estadounidense desde la década de los noventa se refiere a aquella corporación que cumple con el Derecho, o más exactamente aquella corporación que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho, de respeto al Derecho.

Sin embargo, el concepto del buen ciudadano corporativo adquiere unos trazos sensiblemente delimitados para el Derecho penal en la importante obra de Christopher STONE a mediados de los años setenta cuyo título es por demás sugerente: “donde las leyes terminan: El control social del comportamiento corporativo”. La cuestión se torna, para este autor, en determinar cómo controlar las corporaciones para asegurar una gestión adecuada de dichos riesgos. Con otras palabras: El control social del comportamiento corporativo.

Para STONE ni el mercado ni el Derecho pueden llegar a controlar la conducta corporativa y concluye que sólo la propia corporación puede controlarse, autorregularse a sí misma teniendo los parámetros externos que debe cumplir. Ahí precisamente se introduce el concepto del Buen Ciudadano Corporativo como aquella empresa que genera los mecanismos internos adecuados para controlar que su actividad empresarial no produzca peligros para el entorno social.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha dejado de ser una discusión retórica en la Argentina, y constituye, por el contrario, un problema de Derecho positivo vigente.

Desde mi perspectiva de análisis, en el ámbito del delito de lavado de dinero se ha venido a incorporar un verdadero supuesto de responsabilidad penal para las empresas. Vemos el texto legal vigente:

ARTICULO 304 CP - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

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

6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

3. Ahora bien, un principal problema que no podemos soslayar al tratar esta cuestión en nuestro país pasa por la exigencia de abordar el costado constitucional de la responsabilidad penal de las empresas -no ya dogmático- que se ha introducido en nuestro medio a partir de la intervención como juez de CSJN del Profesor Raúl ZAFFARONI, quien ha focalizado la discusión en un contexto constitucional superador del debate dogmático.

En apretada síntesis, la cuestión pasa por la objeción constitucional que las personas jurídicas puedan realizar un “hecho” -constitucional me permito agregar- en los términos exigidos por el artículo 18 de la CN. Esta objeción, ya no meramente dogmática sino de principios constitucionales, obliga a abordar esta cuestión de modo preliminar.

Para ZAFFARONI la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se corta de raíz: las empresas carecen de capacidad de acción. Más aún, la vinculación del Derecho Penal con la acción, entendida como comportamiento únicamente atribuible al hombre, es una exigencia constitucional. En este contexto de razonamiento, los principios de culpabilidad y personalidad de la pena son argumentos colaterales al central que afirma la incapacidad de acción con fundamento en el texto constitucional.

Según mi modo de entender estas cuestiones, dicho voto pone de manifiesto el último intento dogmático clásico de fuga hacia el derecho administrativo sancionador como una manera -sumamente respetable por cierto- por mantener una coherencia conservadora de la dogmática penal.

Hasta donde alcanzo a comprender, el recurso a una administrativización de la sanción para la persona jurídica -y esto tal vez sea lo más relevante en el plano político criminal- terminará por ser un sistema más flexible en cuanto al respeto de las garantías judiciales, cuestión que debe tenerse especialmente en cuenta en el marco de un derecho administrativo cada vez más intrusivo. Así, bajo el ropaje de sanciones administrativas impuestas por el juez penal o meras consecuencias accesorias de la pena a imponer al directivo de la empresa, se esconden verdaderas sanciones retributivas -en términos materiales- para el ente ideal.

Limitar el concepto de “hecho” previsto por el artículo 18 de nuestra ley fundamental a un suceso fáctico atribuible sola y exclusivamente a una persona física, configura una clara limitación de la capacidad de rendimiento de dicho concepto normativo, interpretación que continúa anclada en conceptos ontológicos

y naturalísticos que escapan a una interpretación normativa y dinámica de nuestro texto constitucional.

Por el contrario, si consideramos el término hecho en sentido amplio como realidad fáctica que modifica el mundo circundante y que por ende puede ser susceptible de ser asignado a un sujeto como centro normativo de imputación y no como una realidad viva y ontológica, no hay inconveniente en afirmar que determinado hecho puede pertenecer a la empresa como propio y en consecuencia no habría agravio constitucional alguno. Se trata en definitiva, de defraudaciones de expectativas sociales de un rol determinado.

Desde una perspectiva político criminal, entiendo -en definitiva-, que en temas dogmáticos complejos -como ser la determinación de la capacidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas- la cuestión pasa a ser un tema de decisión política criminal del legislador y escapa al control de constitucionalidad de los jueces a través del sistema difuso de revisión judicial.

La cláusula de responsabilidad penal para las empresas en el ámbito del delitos de lavado de dinero proveniente de hechos delictivos me ha permitido adentrarme al centro de la discusión jurídica que pasa por definir la responsabilidad penal de las empresas como un supuesto de responsabilidad penal por atribución o, más bien, por hecho propio de la entidad.

Una lectura lineal de la norma parecería dar razón a la tesis sostenida por el Profesor ZAFFARONI en el caso “Fly Machine”, donde la sanción para la empresa aparece como una consecuencia jurídica -incluso de carácter administrativo- que se impone de modo accesorio a la sanción por un hecho penal tributario al actuante en lugar de otro. Sanción que incluso podrá imponer el juez penal por cuestiones de economía procesal.

Una de las principales críticas que se formulan al esquema de imputación por atribución es que afecta la culpabilidad de la propia entidad empresaria, trasladando al ente la culpabilidad del directivo de modo automática y accesorio, bajo el ropaje formal de sanción no penal, además de ser un enfoque de imputación subsidiario.

Por el contrario, si la norma se entiende como expectativa de conducta institucionalizada, de modo que serían normas penales aquellas expectativas de conducta que, por su relevancia para la identidad normativa de una determinada sociedad, son protegidas mediante sanciones penales, también las personas jurídicas, en cuanto revisten la condición de agentes económicos y sociales reales, son socialmente construidas como centros de imputación de la frustración de expectativas normativas y por ende, sujetos pasivos de las consecuencias previstas en caso de acreditarse dicha defraudación. Con otras palabras, son centros de imputación y por ende su responsabilidad penal pasa a ser por hecho propio.

Así, si concluimos que la empresa es un centro de imputación normativa y que el injusto de lavado de dinero -por ejemplo- es un único riesgo que admite dos canales o vías de imputación penal independientes, la responsabilidad penal de la empresa debe ser entendida como un supuesto de responsabilidad por hecho propio a los fines de evitar lesiones al principio de culpabilidad, ya que no puede dejar de mencionarse que una sanción penal corporativa aplicable como derivado de una sanción penal individual, configura en la práctica, un supuesto de

responsabilidad penal por hecho ajeno que contraviene nuestro sistema constitucional.

Por el contrario, es importante desarrollar esfuerzos para comprender a la persona jurídica como responsable por un hecho propio. En este sentido se aprecia en nuestra legislación positiva vigente una limitación del concepto de responsabilidad penal para las empresas a los casos exclusivos y excluyentes, donde el hecho aparece cometido en nombre con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ídea.

De esta manera, el legislador ha excluido como criterio de imputación la falta de control o supervisión sobre los procedimientos y sobre el funcionamiento de la empresa como verdadero criterio de imputación de responsabilidad penal.

Curiosamente, este criterio de imputación de responsabilidad penal sí ha sido tenido en cuenta a la hora de incorporarlo como un estándar normativo de graduación judicial de la pena (como una suerte de ampliación de las pautas normativas previstas por el CP en sus arts. 40 y 41). Así, en la normativa indicada, el legislador ha permitido que se gradúe la pena dependiendo el nivel de violación de los deberes de control 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”.

Se concluye aquí que a los fines de una interpretación más respetuosa de las garantías, este criterio de mensuración de la pena sea trasladable -en su interpretación judicial- a un verdadero supuesto de atribución de responsabilidad penal por hecho propio.

Es decir, a la par de la determinación de que el hecho se ha cometido en beneficio con la intervención y en nombre de la persona jurídica, será preciso acreditar que se hubiera violado por parte de la entidad empresaria un deber de contralor por parte del ente ídéal que posibilite la comisión del delito.

Esta tendencia se aprecia en la legislación que limita la responsabilidad penal de las empresas cuando:

. El órgano dirigente ha adoptado y actuado eficazmente, previo a la comisión del hecho, un modelo de organización y de gestión idóneo para prevenir el delito de la especie del que se ha verificado.

. El compromiso de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo y su actualización ha estado confiada a un organismo del ente dotado de poder autónomo, de iniciativa y de control.

. La persona ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente el modelo de organización y gestión.

V. Algunas posibles conclusiones [\[arriba\]](#)

- La sociedad ha evolucionado: de ser una sociedad de individuos se ha convertirse en una sociedad de las organizaciones. Ello ha dado lugar al surgimiento de dos instituciones fundamentales en la actual configuración social. Por un lado el Estado -ámbito público-; por otra parte la empresa -ámbito privado-.

- La figura del compliance se vincula estrechamente con el encuadre dogmático de los delitos de infracción de un deber;

- Esta afirmación permite plantearnos el interrogante sobre si la empresa constituye una Institución -en términos funcionales del Derecho penal- con los alcances y consecuencias que ello implica.

- El llamado oficial de cumplimiento asume una posición jurídica de garante con fundamento legal -en principio indisponible- mientras se encuentre en dicha posición. Esto lo convierte en barrera de contención de riesgo determinados propios de su esfera de competencia institucional y lo coloca en un generador de expectativas de confianza sobre la prevención de delitos en el ámbito de esa misma competencia.

- El compliance viene a realizar funciones cuasi estatales en la prevención de riesgos con fundamento en la obligación del ciudadano en la colaboración con la Administración. Esta situación lo coloca en un particular cumpliendo funciones públicas;

- El oficial de cumplimiento configura un nexo entre un sistema de imputación penal estrictamente personal en el ámbito de la empresa y uno corporativo;

- Si bien es cierto que la figura del compliance puede presentarse como un fenómeno expansivo del Derecho penal contemporáneo; no lo es menos que su inclusión y tratamiento debería ser enfocado desde una perspectiva garantista del sistema penal, cuya implementación se encuentre ligada con los criterios materiales de imputación de un hecho a la empresa como propio;

- En este esquema de pensamiento, cabe preguntarnos si la figura del compliance debe quedar limitada a un supuesto de responsabilidad penal empresarial patrimonial o económica; o por el contrario, puede abarcar supuestos que exceden un limitado enfoque patrimonial.

- En definitiva, la figura del compliance genera muchos interrogantes y posibles desarrollos dogmáticos que debemos asumir con independencia del contexto contingente de la política. Ello nos permitan elevarnos por sobre una determinada conyuntura y pensar y repensar qué modelo de imputación resulta el más conveniente -en términos de eficiencia y garantía- para un esquema de Derecho penal anclado en la empresa que no parece estar dispuesto a retroceder.

[1] El texto de este artículo reproduce la Conferencia brindada el 31-X-2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salerno, Italia.

[2] Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Penal Empresarial de la Universidad

Austral

[3] Jesús María Silva Sánchez, La insostenible situación del derecho penal, Comares, Granada, 2000, XI.

[4] Cfr. Andrea Castaldo, “¿Cuál Derecho Penal para el Nuevo Milenio?”, trad. Jorge Eduardo Lodoño Ulloa, en J.E. Lodoño Ulloa (comp.), en Tendencias actuales del derecho público y del derecho privado, Centro de Investigaciones para el desarrollo cipade, Fundación Universitaria de Boyacá, Tunja, 2000,30.

[5] Cfr. Guillermo Yacobucci, El sentido de los principios penales, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, 27.

[6] Cfr. Sergio Moccia, La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 68.

[7] Filippo Sgubbi, El delito como riesgo social, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, 122.

[8] Sergio Moccia, “De la tutela de bienes jurídicos a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales”, en Jesús María Silva Sánchez, (ed.), Política criminal y nuevo derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch. Editor, Barcelona, 1997, 113-142, passim

[9] Cfr. Filippo Sgubbi, “El derecho penal en la transformación económica”, ponencia presentada en el Seminario del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, Buenos Aires, septiembre 1996.

[10] Cfr. Juan María Rodríguez Estévez, “¿Puede la responsabilidad penal del empresario fundamentarse en la dogmática de los delitos de “infracción de un deber”?, en El Derecho Penal, El Derecho, Buenos Aires, 2005, 5-29, passim, donde supuestos concretos de accidentes aéreos imputables a una falla estructural de la empresa en el sistema de contralor de la actividad específica fueron considerados como delitos de infracción de un deber en el plano de la tipicidad objetiva.

[11] Cfr. Percy García Caveró, Derecho Penal económico. Parte General. Ara Editores, Universidad de Piura, Lima, 2003, 485.

[12] Cfr. Carlos M. González Guerra y Jorge A. Valerga Aráoz (h), “Sujetos obligados a informar. Cuasifuncionarios en la prevención del delito de lavado de dinero”, El Derecho Penal, Revista N.º 12, El Derecho, Buenos Aires, 2011, 5ss-7.T también puede verse Hernán Blanco, Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de un deber, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, 101-108, en lo relativo al fundamento de los deberes de los particulares para con el Estado en el delito de lavado de dinero.

[13] Cfr. Jesús María Silva Sánchez, “Hacia un derecho penal del Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, en ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, 310.