

Análisis dual de la incidencia de la gestión de riesgos en personas jurídicas: valoración como sujeto pasivo y como perpetradora de delitos

Por Noelia Matalone^[1]

Sumario: El presente ensayo pretende estudiar cuál es el impacto del “comportamiento” de las empresas en la determinación de la responsabilidad, tanto para establecer su calidad de víctima cuando son perjudicadas por ilícitos de terceros (inter alia, casos de defraudación), como también para constituir el reproche penal ante un supuesto de comisión de delitos económicos en el seno de la persona jurídica. Así, se intentará demostrar que cuando una empresa es –por ejemplo- estafada por un tercero, a raíz de su conducta negligente o ausencia de recaudos en los negocios, puede configurarse un supuesto de autopuesta en peligro de la persona jurídica y así excluir la relación causal, favoreciendo la situación del autor. En un segundo momento, se expondrá cómo la puesta en marcha de mecanismos de prevención de comisión de delitos en el funcionamiento comercial de una sociedad, redundan en un presupuesto útil para atenuar o desplazar la responsabilidad de la persona jurídica y, por oposición, para confirmarla si media la implementación de controles defectuosos o aparentes o bien no existen.

-

I.- Palabras introductorias

Este trabajo se orienta a la evaluación de la incidencia del control de riesgos por parte de personas jurídicas a la hora de desenvolverse en sus actividades. En ese sentido, las empresas pueden ser blanco de delitos, por ejemplo, de estafas, como veremos en este ensayo, o bien ellas mismas pueden cometer delitos contra terceros, entre ellos el Estado, tales como evasión tributaria, lavado de dinero, quiebra fraudulenta, emisión de cheques sin fondo, contrabando, etcétera.

Para el primero de estos problemas, se presentarán de modo preliminar los aspectos típicos de la estafa, para luego adentrarnos en el análisis de la conducta de la víctima –empresa– a los efectos de acordar si una entidad imprudente puede exigir absoluta tutela del sistema punitivo *ex post facto*, o no. Ello, con el fin de determinar si la negligencia o ausencia de controles provocan la ruptura del nexo causal por competencia de la víctima y de este modo, producir la impunidad del sujeto activo.

En un segundo momento, nos concentraremos en el otro aspecto, consistente en los modelos de control empresario y prevención de delitos como indicios relevantes para determinar la reprochabilidad por la comisión de ilícitos desde la persona jurídica hacia terceros, o bien la imposibilidad de sancionarla.

-

II.- Tratamiento del problema de auto-puesta en peligro de empresas en casos de estafa: la empresa como víctima

a) Estructura objetiva de la figura

El art. 172 del Código Penal contiene una norma penal con vocación prohibitiva de naturaleza abierta (“valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”)[2] que, en su redacción actual, contiene una secuencia cuyas premisas son requisito inevitable para la consumación del delito. Ellas son: ardid o engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio.

A lo largo de este ensayo analizaremos cada uno de estos elementos, para luego discutir si es posible la ruptura del nexo de imputación en los casos en que la propia víctima genere las circunstancias fácticas que permitan al sujeto activo consumir el delito.

Dentro de los delitos que afectan a la propiedad, las defraudaciones se distinguen de las demás modalidades por no presentar extremos de violencia, como sí sucede por ejemplo con la figura de extorsión o el robo, sino que, por el contrario, el medio para perfeccionar el tipo será la inducción a un error al sujeto pasivo que destrabe la disposición patrimonial y así consume la maniobra[3]. Para una mejor comprensión, desarrollaremos cada uno de los elementos que componen a la figura.

En el delito de fraude existe un agente que pretende beneficiarse ilegítimamente a costa del patrimonio de la víctima. Sobre el punto vale mencionar que el lucro ilícito que “tracciona” la conducta del autor, debe transitar la cadena: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio, provecho[4], aunque para su consumación no es necesario este último elemento.

- Engaño

En primer lugar, el engaño supone una ilusión, es decir, la equivocación provocada o sostenida por el autor[5]. Esta doble posibilidad en torno a la conducta del autor es cardinal, ya que mantener la confusión incluye también omisiones y amplía exponencialmente el espectro de criminalización.

Así es que las notas centrales de esta clase especial de fraude se enfocan en que hay un vicio inicial causado por el autor. El sujeto activo, monta toda la actividad, criminal, que consiste en un ardid, con dolo –*ex ante*- y dirigida a la finalidad de estafar a su interlocutor. Esta es una diferencia fundamental con otros supuestos de defraudación, tales como el abuso de confianza, donde en un principio la relación jurídica es lícita y no hay dolo por parte del agente.

Por ello, la relación jurídica inicial entre las partes es ilegítima, la confianza es lograda mediante engaño, lo cual lleva al error que luego determina la entrega del bien. Por consiguiente, esta relación jurídica es nula, por vicio del consentimiento[6].

Este “engaño”, a su vez, puede remitir tanto al objeto como al sujeto. En el primer caso, se relacionará con la sustancia, calidad o cantidad de cosas; en el segundo, refiere a la persona del autor, como aparentar solvencia o crédito –en este trabajo será relevante este segundo enunciado-. En ambos escenarios, la falsedad documental, por ejemplo, podrá ser un vehículo idóneo para cristalizar la mendacidad[7].

En cuanto a la acción típica, consiste en provocar el primer tramo: engaño-error. Este constituye un ataque a la propiedad de la víctima, que se logra mediante la maquinación, ya descrita anteriormente, del sujeto activo contra esta o contra un tercero, que llamaremos sujeto pasivo.

Hacemos esta diferenciación dado que en determinados casos la víctima difiere del sujeto pasivo, es decir, cuando la persona de la víctima es representada por otra, esta última es el sujeto pasivo en tanto y en cuanto es el blanco del engaño y es quien en definitiva se equivoca. No obstante lo cual, a fin de cuentas la damnificada es la víctima, o sea, su representada. Esta situación es denominada por BACIGALUPO como “estafa en triángulo”[8].

En relación con la calidad de la conducta engañosa, en el plan criminal del autor su conducta debe estar primariamente dirigida a provocar la disposición del patrimonio de la víctima. Esta acción trasunta un ardid apto, eficiente y efectivo para hacer caer al sujeto pasivo en la equivocación; en otras palabras, el sujeto pasivo debe incurrir en un error como consecuencia exclusiva del obrar del autor y no por su propio desempeño inadecuado, lo que excluye así la inidoneidad del sujeto pasivo como eximente de causalidad[9]. Como veremos más adelante, este escenario no es equivalente a aquel en el cual la víctima plantea conscientemente un juego permeable a las estafas.

Si concedemos lo anterior, debemos aceptar que la serie consiste en que el autor objetivamente afirme algo falso o niegue con trampa algo cierto –y que le consta[10]– y que, paralelamente, se represente el engaño al sujeto pasivo y, por consiguiente, perjudique a la víctima. Esta acción puede desarrollarse típicamente deformando o suprimiendo hechos verdaderos o simulando un hecho falso y puede desplegarse mediante palabras o actos concluyentes[11] e, incluso, por un hacer activo o por una omisión[12]. De este modo, el verbo típico abarca muchas posibilidades de desarrollo de la conducta del autor por esta equivalencia entre la acción normada y la omisión de impedir el resultado[13].

Este último supuesto configura un *fraude impropio* y encuentra su sostén teórico en el derecho penal alemán. Esto se logra a través de una cláusula de equiparación respecto de los tipos de comisión por omisión. Otros autores la llamarán también cláusula de correspondencia[14]. Nuestro sistema penal no contiene una fórmula de conversión, por lo que la omisión impropia recibe muchas objeciones constitucionales[15].

No obstante, la tensión en el caso de la omisión orbita en la existencia de deberes a cargo del sujeto activo en circunstancias concretas con el objetivo de modificar el curso causal y no condicionar mediante la indiferencia o la pretensa acción neutral[16], la realización del resultado. Si esto es así, se criminaliza la producción del resultado “perjuicio económico de la víctima” por el incumplimiento del deber especial de actuar.

En los casos de estafa a una persona jurídica, no existen expectativas normativas que habiliten la aparición de una posición de garante[17] requerida por la figura omisiva. Por lo tanto, aquí sostendremos que no es posible defraudar a través de una abstención de hacer, sin perjuicio de que dicha conducta sí configure otro injusto penal.

- Error

En cuanto al elemento “error”, este implica una representación mental sin correlato con la realidad[18]. Esta visión de las cosas sólo será penalmente relevante si es el resultado preferente del engaño, es decir, tiene que ser una derivación directa de la falsa información brindada por el autor, motivando al sujeto pasivo a la disposición patrimonial.

En relación con el nexo causal entre el engaño y el error, este último funciona como eslabón entre el engaño y la disposición patrimonial. De este modo, si no se presenta el elemento “error” pero sí el engaño, por ejemplo, la conducta será atípica[19].

Hay una cuestión interesante que consiste en el aporte necesario del sujeto activo para que el tipo se perfeccione. De este modo, no sólo debe analizarse la entidad de la conducta del autor, sino también la calidad de la participación del mandatario de la víctima que equivocadamente provoca la disposición patrimonial irregular[20].

- Disposición patrimonial

La disposición patrimonial es un elemento esencial para la consumación del delito y comúnmente puede presentarse de dos formas. Una de ellas es la disposición patrimonial omisiva, en la cual el sujeto pasivo es determinado por el sujeto activo a dejar de hacer algo dirimente para su patrimonio y, así, sufre un perjuicio[21]. A modo de ejemplo, el autor que engaña a un acreedor para que no reclame las sumas de dinero que otro le debe[22].

La otra forma es aquella en la cual la situación patrimonial se modifica por una decisión con motivo del ardid[23]. En este supuesto, el autor induce al sujeto pasivo y lo determina a tomar una decisión en función a información falsa, siendo que por este error –y no por ninguna otra causa- se produce la disposición patrimonial.

- Perjuicio

Por último, el perjuicio patrimonial, si bien es esencial, consideramos que no es indispensable para la consumación de la figura[24].

Un aspecto que apareja complejidades consiste en la determinación del perjuicio patrimonial, porque para ello primero debe asegurarse desde qué concepción de patrimonio partimos. Al respecto, caso por caso habrá que determinar si la actividad económicamente valuable forma parte de ese patrimonio, si la

expectativa de una ventaja económica incide, en otras palabras qué bienes pueden ser objeto de la defraudación[25].

Una vez determinado el universo de bienes que forman parte de ese patrimonio sensible al fraude, debemos definir qué es el perjuicio. Autores tales como MEZGER, WELZEL, SCHÖNKE, SCHMIDHÄUSER y MUÑOZ CONDE lo entienden como la diferencia entre el valor total después de la maniobra y el valor que habría tenido sin ella[26].

Pero es el perjuicio, y no otro de los elementos repasados, el resultado requerido por la estructura típica de defraudación. A todo evento, tal perjuicio debe ser efectivo, no potencial.

b) Elemento subjetivo

Sucintamente, el factor subjetivo requiere dolo directo por parte del autor. Es por ello que referimos anteriormente que la ausencia de representación sobre la falsedad de la información que provoca el error del sujeto pasivo, produce un error de tipo[27].

Asimismo, el dolo siempre es *ab initio*, es decir anterior, al desplazamiento del patrimonio desde la víctima hacia el autor. Sucede lo contrario con los abusos de confianza, donde es *ex post*[28].

c) Auto-puesta en peligro de la empresa frente a las estafas

Lo desarrollado anteriormente nos permite avanzar hacia el primer aspecto problemático de este trabajo, que si bien no posee pretensión de exhaustividad en cuanto a las soluciones, sí intenta plantear la tensión en los casos en que una empresa es estafada prácticamente por su propia culpa.

En base a ello, se propone una posible solución en punto a: (a) qué clase de intervención tiene el damnificado en la producción del resultado, (b) si esta injerencia incide o no en la imputación del daño al autor y, (c) cuánto impacta dicha incidencia en la resolución de casos, específicamente en la configuración de una causal de exclusión de la imputación objetiva[29], puntualmente la denominada competencia de la víctima.

Resulta interesante evaluar qué sucede cuando una empresa es negligente al momento de establecer sus mecanismos administrativos y, de este modo, el error aparece como un evento probable.

El primer factor que debemos evaluar es la inexistencia de controles administrativos, su abandono, o que estos sean insuficientes. Frente a este abanico de opciones, cualquier ardid logra la consumación porque el sistema de gestión de la empresa está esbozado expresa o tácitamente para ser penetrable por estafas[30].

Sin perjuicio de esto, debemos recordar que el engaño debe detentar dos aspectos. El objetivo consiste en la potencialidad de ser efectivo. El subjetivo depende de la capacidad de discernimiento de la víctima[31]. En el supuesto que aquí se plantea, partimos de un ardid fácilmente detectable pero en el que ello no

sucede por el desinterés de la víctima en resguardarse, a pesar de tener los medios para hacerlo.

De este modo, si aplicamos los principios generales de derecho penal, en los supuestos en que la empresa se representa –o podría haberse representado- la potencialidad de ser defraudada por la inexistencia o el incumplimiento de controles, debería asumir el peligro, en cuya creación o elevación está participando activamente^[32].

En tal inteligencia, si el circuito administrativo creado por una persona jurídica para evitar ser estafada es ostensiblemente inútil, corresponde orientar la discusión a que la víctima, más que inducida a error, ha caído en él por su propia culpa^[33].

Si todo lo anterior es válido, técnicamente la conducta negligente de la víctima constituye una auto-puesta en peligro y la consecuencia penal de ello es la ruptura de la relación de imputación por *competencia de la víctima* y la exclusión de la tipicidad^[34].

En palabras de STRATENWERTH, al evaluar la relación de riesgo, parece prudente restringir la responsabilidad penal en base a un análisis sobre la naturaleza y medida del riesgo jurídicamente relevante y su relación con el resultado reprobado. En tal temperamento, la exigibilidad dirigida a los intervinientes de un caso es relevante para su solución^[35].

Por estos motivos es que, bajo las condiciones descriptas, al intentar responsabilizar al autor, puede verse impedido por la intervención de la víctima, ya que la creación del riesgo jurídicamente desaprobado se ve incrementada o posibilitada por su propio aporte.

Así, según la postura de MIR PUIG, la víctima sería *causa eficiente* del resultado, dado que se individualiza como un factor decisivo para la concreción del resultado: si la empresa hubiese tenido controles efectivos, el resultado no hubiese ocurrido^[36].

Esta respuesta ha sido recogida por el derecho comparado, puntualmente el anglosajón, con el concepto de *contributory negligence*, mediante el cual se entiende que pierde fuerza el deber de cuidado del bien jurídico ajeno cuando es su propio titular quien consiente –al menos, pasivamente- la actividad arriesgada^[37].

Asimismo, resulta pertinente la visión de FRISCH al proponer, ya desde principios de la década del 70`, que no se da la infracción al respeto de los bienes de terceros cuando los comportamientos generadores de riesgo son, en parte, llevados a cabo por el titular de sus intereses. Tal renuncia del propio interesado se aprecia cuando éste hubiera podido reconocer el riesgo asumido, sin que sea necesario un conocimiento efectivo. Esta situación disminuye el merecimiento de protección de los bienes conforme al *principio victimológico*^[38].

A modo de ejemplo, supongamos que un banco plantea una estrategia comercial en la cual emite tarjetas de crédito a particulares que no son clientes habituales con la sola presentación de un recibo de sueldo y fotocopia de DNI. Resulta claro que cualquier persona puede hacerse de dicha documentación apócrifa, obtener la tarjeta de crédito, utilizarla y jamás pagarle al banco. En este caso, siguiendo la

solución aquí propuesta, la falta de prudencia de la víctima interrumpe el nexo de imputación.

Si continuamos con otros ejemplos, podemos suponer que el mismo banco releva la situación e implementa mejores controles, no infalibles, como ser pedir referencias comerciales, constatar el domicilio, pedir la exhibición del ejemplar original del DNI, corroborar la relación laboral, entre otras. Si estos requisitos son incumplidos por los agentes encargados de controlarlos y esto es tolerado por el banco, la solución será la misma porque su conducta negligente si bien posee menor intensidad, es de la misma naturaleza.

Si nos preguntamos por qué una entidad incurriría en semejante autolesión, podemos suponer que tal vez la estrategia comercial consista en un balance entre el incremento de su giro financiero y económico por el caudal de clientes incorporados, que absorbe la pérdida de estos casos de defraudaciones. Es un costo más tenido en cuenta, que incluso puede ser trasladado al precio del servicio de los clientes que sí pagan. Asimismo, la persona jurídica podría incluso asegurar dichas operaciones fallidas y así se erradicaría el perjuicio.

En síntesis, entendemos que cuando la empresa no toma los recaudos necesarios para impedir ser defraudada, excluye la imputación objetiva y, en consecuencia, se derrumba la tipicidad.

-

III.- Responsabilidad de estructuras societarias y *compliance*: la empresa como perpetradora

Como ya adelantamos en la introducción, en un escenario distinto encontramos a una persona jurídica ya no como damnificada por delitos, sino como una entidad que los comete.

Al respecto, se realizó un repaso de cómo el comportamiento de la entidad puede ser valorado a los fines de determinar si fue lo suficientemente diligente como para no colocarse a sí misma en una posición de riesgo. En tal sentido, así como en el punto anterior la falta de controles eficientes frente a posibles ilícitos habilitaría la pérdida de tutela punitiva, es posible discutir si los sistemas de control disponibles son relevantes para medir la culpabilidad en los casos en que una empresa esté sospechada de la comisión de un delito, o incluso para eximirla de responsabilidad.

a) Orígenes locales de la criminalización de empresas

Resulta prudente a los efectos de comprender más claramente este apartado revisar los orígenes de la sanción penal de empresas. En tal temperamento, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ido expandiéndose a distintos tipos de delitos a lo largo de los años a través de leyes

especiales, llegando a materia tributaria, estupefacientes, corrupción, materia aduanera, residuos peligrosos, defensa de la competencia, entre otros.

En relación con sus raíces históricas, en particular con la crisis monetaria y de la balanza de pagos de la década de 1930, surgió la aplicación de controles de cambios a través de la Comisión de Control de Cambios en 1931, cuya primera etapa dio lugar a la sanción del decreto-ley del 10/10/1931. Esta norma introdujo los primeros antecedentes.^[39]

En la concepción actual, el régimen de control de cambios a través de la ley **19.359** no se apartó del principio *societas delinquere non potest*, rector del derecho penal liberal, dado que el delito es una manifestación humana que sólo puede ser objeto de reproche penal dirigido a una persona física.^[40]

Ello así, puesto que sólo las personas humanas son sujetos pasibles de las sanciones penales previstas en dicha ley, como consecuencia del principio *nullum crimen sine conducta*, el cual fue recogido posteriormente en el precedente *Fly Machine* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.^[41]

Estas personas son, puntualmente, los **directores, representantes, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia** “que hubieren intervenido en la comisión del hecho punible”.

Sin embargo, el sistema penal cambiario consagró un tipo de responsabilidad accesoria, también llamada “**refleja**” que recae solidariamente sobre el patrimonio de dichas personas físicas, tanto como del patrimonio de la sociedad regido por el derecho civil que la obliga a responder por los daños causados por sus administradores en ocasión de sus funciones. También puede inhabilitársela para operar, es decir, la injerencia del derecho en la persona jurídica es de derecho privado, no penal.

De ello se colige que la autoridad de aplicación de la ley (Banco Central de la República Argentina) instruye las investigaciones por infracciones al régimen y aplica sanciones de índole administrativa, siendo que en caso de existir un caso de naturaleza penal sólo remite el expediente administrativo a la justicia para que dicte sentencia, en la cual sólo puede condenar o absolver a las personas físicas cuyas conductas se investigaron y sancionar patrimonial y solidariamente a la persona jurídica.

No obstante ello, el desarrollo legislativo y científico es observable.

Mediante **cuatro ejemplos normativos** el derecho penal argentino extendió la sanción penal prevista originariamente para la persona natural, también a las personas de existencia ideal limitándolo a determinados delitos. Ellas son: el Código Aduanero, la Ley Penal Tributaria, la reforma de los artículos 304 y ss. del Código Penal y la reciente ley 27.401.^[42]

En nuestra opinión la incorporación de distintos tipos de delitos que pueden ser perpetrados a través de la empresa por sus propios miembros (es decir, al *intraneus*) y la correspondiente sanción penal para la persona jurídica requiere afinar conceptos medulares del derecho penal, fundamentalmente el **principio de culpabilidad y el derecho penal de acto**.

Es cierto que determinados tipos de infracciones sólo pueden cometerse en ámbito de una persona jurídica porque son aquellas entidades habilitadas para operar en cambios de modo profesional y habitual lo cual define por excelencia al acto de comercio (infracciones al régimen penal cambiario: **entidades financieras, casas, agencias u oficinas de cambio, corredores de cambio, exportadores e importadores**, entre otros).

Pero no es menos cierto que la criminalidad económica es conocida como la **criminalidad de los poderosos** que teóricos como Sutherland han tratado de explicar.^[43] Estos delitos de cuello blanco o de escritorio se ven facilitados con la interposición de la persona jurídica y que generan una reacción al desigual e injusto reparto de poder y riqueza en la sociedad. Este accionar de los poderosos comprende los hechos punibles que son cometidos por personas con posiciones especiales y en situación de poder que hace pié en la **corrupción privada y estatal**.^[44]

Así es que en algún momento se produce la ruptura de la prohibición de responsabilidad de las personas jurídicas y se abre camino al principio **societas delinquere potest**.

Puntualmente con la ley **24.769** se establecen las sanciones penales a las sociedades por delitos tributarios, en virtud de que es ella el **contribuyente** y no sus administradores (que tienen una calidad especial de obligado), a través de lo que se conoce como *actuar en lugar de otro*.^[45] Esto encuentra el límite en la **responsabilidad objetiva** por cuanto no será reprochable el delito tributario si la entidad tomó las precauciones exigibles para impedir el delito.^[46]

Esta criminalización, pues, se dio como respuesta a la necesidad desde la política criminal de combatir la criminalidad de empresa que puede tener un efecto dañoso y expansivo mucho mayor que el cometido por simples particulares. No obstante lo cual se dirigen objeciones tales como la doble persecución penal (persona física y persona jurídica; o sanción administrativa y sanción penal), que exigen diseñar nuevas pautas para abordar estos casos o adaptar las existentes.^[47]

Acuerdo, en este punto, con la postura que adscribe a la idea de que se explica el fenómeno legislativo desde las teorías de la pena. En este sentido, la **prevención general positiva** puede armonizar la explicación de la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas con un fin **disuasorio y preventivo** de la imitación en otros actores del mercado.^[48]

Sostengo, entonces, que la **evolución legislativa inflacionaria** en materia de conductas punibles a las empresas pretende ir detrás de la motivación económica de la sociedad, que no sólo justifica el reproche penal^[49] sino que además impone una respuesta idónea al problema a través de disposiciones tales como el **decomiso, el recupero de activos, la cancelación o suspensión de personas jurídicas**, entre otras.

Esto también se identifica en los **delitos aduaneros**, ámbito en el cual el comerciante individual ha sido desplazado por las empresas en el intercambio de bienes y servicios. De modo que la actividad empresaria tiene mayor incidencia (tal vez por una cuestión de proporción estadística) en la comisión de infracciones, lo cual acarrió un replanteo del problema.^[50] En este sentido, apartándonos de

algunas exigencias puristas que no prevén la tensión, se puede adaptar la legislación para incluir sanciones especiales para las personas jurídicas dado que la mera invocación de conveniencia o practicidad no hace válida a la aplicación de sanción (***nullum poena sine lege***) tomando en cuenta que en el ámbito penal económico la persona que comete un delito y se beneficia con su resultado merece ser castigada, pero adaptando la imputación penal y el concepto de culpabilidad a la responsabilidad de las personas jurídicas.^[51] En este caso, en particular, la responsabilidad empresaria puede ser directa o penal, o indirecta o civil.^[52]

Concluyendo con las leyes especiales, la más reciente es la **27.401** que criminaliza las conductas vinculadas con la corrupción. La ley 24.759 que incorporó la **Convención Interamericana contra la Corrupción** firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos, no estipula sanciones para las personas de existencia ideal. En cambio, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26.097) sí hay una cláusula que reza “(p)romover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas”, que impacta en el art. 26 del mismo tratado.

Este estándar internacional incide en la **ley 25.188 de Ética Pública** que si bien es previa (la ley 26.097 se sancionó en 2005 y la 25.188 en 1999) en virtud de la fuerza de su implementación. Ambos tratados apuntan a los agentes del Estado y dejan por fuera la contracara de los actos de corrupción que son los particulares. Las conductas ilícitas previstas en el apartado de delitos contra la administración pública excluyen la responsabilidad en modalidad de autoría del **extraneus** porque son tipos penales especiales en función de la cualidad especial del autor (empleado o funcionario público). Sin embargo, aun puede ser partícipe necesario. Ahora bien, la ley 27.401 captura esa otra cara, que es la empresa que acude al acuerdo venal con el funcionario para perjudicar al Estado a través de la corrupción y comienza a introducir fuertemente el concepto de **compliance** en el ordenamiento penal argentino, diluyendo parcialmente las asimetrías normativas a través de la **co-regulación**.^[53]

b) Mecanismos de control como parámetros de la culpabilidad y referencia del reproche penal

Así, la responsabilidad de las personas jurídicas y los planes de organización empresarial, se trabajan actualmente mediante reglas de *compliance*, las cuales han sido recogidas, por ejemplo, en el *Deutschen Corporate Governance Kodex* alemán. En ese instrumento se impone que la dirección debe velar por el cumplimiento de las leyes y procurar su respeto, es decir, imprime a los encargados la posición de garante en su ámbito de tareas para evitar que la empresa cometa delitos.

Al respecto, contamos con la crítica de la doctrina que sostiene que este tipo de norma imperativa se transforma en una imputación individual muy cercana a la responsabilidad objetiva^[54].

Avanzando en esta línea, para medir la responsabilidad de las estructuras societarias, incluso en casos de fraude, cabe considerar si la organización tiene una gestión de riesgo deficiente. Como ya vimos para los casos de estafa en el punto II de este trabajo, puede que la organización empresarial no cuente con los medios para establecer mecanismos de control, cuando teniéndolos no los implementa, o también que tenga un sistema ineficaz[55].

En tal inteligencia, la autorregulación empresarial está vinculada con la práctica de *due diligence*[56] a la hora de establecer la culpabilidad de los *compliance officers* y de los administradores de las organizaciones[57]. Estos lineamientos imponen a las empresas la obligación de adoptar controles internos a fin de evitar infracciones normativas, *inter alia*, la comisión de delitos tales como el fraude al Estado, el lavado de activos, la evasión tributaria, el contrabando, etcétera. El término obligación es relativo, porque si bien estas guías no forman parte del derecho positivo, por lo cual no son una fuente formal de creación de deberes, lo cierto es que son utilizadas como principios de interpretación y, si la empresa los ha seguido, esto le puede valer la absolución o la disminución de la reacción punitiva. Ahora, si no los siguió, puede ser considerado como un acto de mala fe, lo cual conforma uno de los extremos de la culpabilidad, por vía de la exigibilidad una conducta alternativa que disminuya o neutralice el riesgo.

Sin perjuicio de que podemos cuestionar la existencia de una posición de garante, parece una variante plausible desde el punto de vista de SILVA SÁNCHEZ, quien sostiene que el administrador y otros integrantes del consejo de administración tienen el deber de vigilancia[58].

El fundamento dogmático de ello descansa en la lógica de los delitos de dominio. Así, la intervención del *compliance officer*, estando en posición de garante, se rige por la complicidad por omisión respecto de los delitos perpetrados por la empresa[59], ya que por lo general carece de dominio del hecho, porque la expectativa normativa es la observación y no la protección[60].

Sin embargo, como ya vimos, estos sistemas son fuentes débiles para el derecho, sobre todo para el derecho penal y el principio rector de legalidad. No obstante, puede ser tenido en cuenta como *soft law*. Así, la implementación de normas ISO y organizaciones internacionales, como la OCDE, promueven la ética de las empresas, siendo la directriz el ya mencionado principio de buena fe[61].

Tal impronta ha sido receptada positivamente en las legislaciones domésticas de algunos países, como ser Estados Unidos, Italia, Chile, Australia, Reino Unido, entre otros, en reconocimiento de que la interacción Estado-empresas es un factor demasiado relevante en la actualidad[62]. Por lo tanto, la situación merece algún tipo de cobertura tendiente a neutralizar lo que SCHÜNEMANN llama factores criminogénicos de las organizaciones o la actitud criminal de grupo[63], a pesar de las dificultades que aparecen en cuanto a la imputación de las personas jurídicas, no sólo a nivel técnico sino por la resistencia que provoca entre los operadores del derecho penal.

De este modo, la supervisión jurídicamente establecida como suma de todas las medidas posibles, necesarias y exigibles para aminorar el riesgo de que un

empleado o de que la empresa en sí cometa crímenes representa un parámetro razonable para excluir o no la responsabilidad por la infracción[64].

En este esquema, podemos tomar las explicaciones de KAI AMBOS respecto de la exclusión de la responsabilidad en derecho internacional penal y aplicarlas a la prevención del fraude. Se sigue de ello que la ausencia de debida diligencia, desplaza la buena fe e implanta una presunción de mala fe. Esto es relevante para la carga de la prueba, ya que paralelamente la entidad deberá probar la ausencia de mala fe y la acusación, por el contrario, deberá acreditarla[65].

También podemos tomar nota del sistema anglosajón, el cual ha desarrollado ampliamente la doctrina denominada *willful blindness* o ceguera voluntaria, también receptada por el derecho español. Los elementos para su configuración son: 1) una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate; 2) una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar; 3) un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal. Esta tesis ha comenzado a hacer pié en nuestro sistema jurídico, puntualmente en la jurisprudencia nacional^[66].

En otro nivel de análisis del comportamiento de las organizaciones empresariales, encontramos el deber de comunicar las irregularidades detectadas. Existe una opinión mayoritaria acerca de la obligación de formular denuncia de los miembros y dependientes de la empresa[67], a efectos de evitar recaer en el rol de encubridor y con fundamento en el deber de confianza. Esto no es demasiado novedoso, dado que así fue sostenido por el Tribunal Federal Laboral Alemán (BAG) ya desde 1958[68].

En relación con el procedimiento para denunciar al superior dentro del ámbito de la organización, en general, no se encuentra definido jurídicamente en el derecho comparado, como sucede en los casos de Alemania y España, por ejemplo.

Tampoco se define si la comunicación al superior releva al empleado de denunciar externamente, es decir, si poner en conocimiento a los responsables de la empresa neutraliza una posible complicidad sobre todo considerando dos cuestiones: los convenios de confidencialidad y el principio *nemo tenetur*[69]. No obstante, la Cámara de Comercio Internacional en 2008 aprobó las *Guidelines Whistleblowing* con pautas no obligatorias pero que sirven de base para reglamentos locales[70], que por razones de extensión no profundizaremos en este ensayo.

Para concluir, parecería un buen parámetro a los fines de valorar la conducta empresaria si se han implantado o no buenos mecanismos de prevención de delitos, aun que persisten dudas respecto de si es posible que la falta de ellos puedan constituir un indicio serio de culpabilidad.

IV.- Reflexiones finales

A modo de reflexión podemos tener en cuenta las nuevas teorías de la pena retributiva, que traen al debate nuevas fundamentaciones sobre el reproche y la culpabilidad que reverberan en posiciones consecuencialistas[71]. Al respecto, se impone debatir qué clase de reacción pretendemos desde el Estado hacia las corporaciones que perpetran o son víctimas de delitos a raíz de un sistema deficiente de toma de decisiones sobre control y prevención de delitos. Ello, sobre todo, considerando su mayor capacidad producir daños a gran escala[72] y las menores probabilidades de ser descubiertas, como también la experticia en el comercio y sus posibilidades de evitar ser damnificadas por delitos.

Es por ello que, a lo largo de esta primera aproximación a la cuestión de la capacidad de control societario, como parámetro para evaluar el comportamiento de la persona jurídica en rol de damnificado o en rol de autor, parece un indicio objetivo que habilita evaluaciones más revisables desde los principios generales del derecho penal liberal.

En el supuesto de la empresa que sufre perjuicios por su propia impericia, podemos observar en casos como este que la aplicación de algunos postulados dogmáticos (interrupción de la imputación objetiva por la competencia de la víctima) pueden conllevar soluciones contraintuitivas, como es el claro ejemplo de la impunidad del autor de la estafa. Sin embargo, en casos sistemáticos, donde la empresa frecuentemente es víctima de fraude en análogas circunstancias, cabe reflexionar cuáles son las razones de ello. Una explicación posible es que puede ser más costoso (a nivel operativo y económico) implementar buenos sistemas de prevención, que contar un buen sistema de seguros. Frente a esta idea, sí adquiere pertinencia la pregunta acerca de hasta qué punto cabe activar la justicia penal para estos casos, principalmente cuando es por denuncia de la damnificada.

No obstante, la cuestión no parte de una premisa ingenua: una empresa que es víctima de delitos constantemente pierde prestigio en el mercado y así puede verse doblemente perjudicada. Es por ello que a menudo las corporaciones aseguran sus operaciones o incorporan estos eventos como perdidas. Así no hay un perjuicio real para la empresa, sus números finalmente cierran.

Es por ello que aquí hemos intentado poner en crisis el derecho a una tutela jurídico penal de aquellas empresas que pudiendo evitar ser blanco de delitos, no lo hacen, deliberadamente o no.

Por lo demás, esa misma falta de diligencia y de observación de las normas, cuando acarrear infracciones, son un presupuesto para evaluar la culpabilidad de la persona jurídica y así medir el castigo que le corresponde. Ello puede realizarse a través de las reglas de *compliance* empresarial, los manuales de ética societaria y los protocolos de control de calidad, que no son infalibles, pero al menos

demuestran que en principio la finalidad de la persona jurídica fue la de conducirse lícitamente en sus operaciones, si es que no se demuestra que es hay simulación. Si bien este trabajo no es concluyente, pretende esbozar los primeros pasos de una investigación que merece una ampliación en el futuro.

[1] Abogada orientada en Derecho Penal (UBA), especialista y maestranda (UTDT), investigadora y docente -de grado y posgrado- (UBA-UNDAV-UNLZ).

Agradezco especialmente a la Dra. Rosario Alessandretti quien, con su ojo experto, realizó la corrección de este trabajo; y a la Dra. Patricia Llerena por despertar mi interés en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su curso de maestría.

[2] BOUMPADRE, Jorge, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 3ª. reimp., Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 440-441.

[3] cfr. GULLCO, Hernán, *Casos de derecho penal. Parte especial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 431.

[4] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 221-222.

[5] JIMENEZ DE AZÚA, Luis, *Derecho penal, conforme al Código de 1928, Parte especial*, Reus, Madrid, 1929, t. II, p. 319.

[6] BOUMPADRE, Jorge, *op cit.*, pp. 441-442.

[7] CNACCF, Sala II, "García, Marta E.", rta. 18/10/93, JA, 1994-IV-297.

[8] cfr. ROMERO, Gladys, *Delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 201-204.

[9] *Ibidem*, p. 84.

[10] Si el agente niega un hecho verdadero, sin representación de ello, se configura un error de tipo y, en efecto, se anula el tipo subjetivo con la consecuente atipicidad de la conducta. Retomaremos esta discusión más adelante.

[11] MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte Especial*, 4ª ed., Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 242.

[12] ROMERO, Gladys, *op cit.*, p. 111.

[13] JESCHECK, Hans *et al.*, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de la 5ª ed. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, pp. 668-678.

[14] HILHENDORF, Eric *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. De Leandro Días y Marcelo Sancinetti, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 282.

[15] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, José, "Deberes de vigilancia y compliance empresarial", en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 91.

[16] GRECO, Luis, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 67-70.

[17] FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 4ª ed. De M. Sancinetti, 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 424-426; HILHENDORF, Eric *et al.*, *op cit.*, p. 274; MIR PUIG, Santiago., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2ª reimp., BdeF, Buenos Aires, 2015, p. 324.

- [18] ANTÓN ONECA, José, "Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1957, t. IX, p. 9; citado en ROMERO, Gladys, *op cit.*
- [19] FINZI, Conrado, *La estafa y otros fraudes*, Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 59 y ss.; citado en ROMERO, Gladys, *op cit.*
- [20] ROMERO, Gladys, *op cit.*, p. 168.
- [21] MEZGER, Edmund, *op cit.*, p. 246.
- [22] NUÑEZ, Ricardo, *La frustración del ejercicio de un derecho y la estafa*, LL, 78-331; citado en ROMERO, Gladys, *op cit.*
- [23] ROMERO, Gladys, *op cit.*, pp. 191-2.
- [24] En contra, MUÑOZ CONDE, Francisco, *op cit.*, p. 247.
- [25] NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino, Parte especial*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, t. V, p. 165.
- [26] cfr. ROMERO, Gladys, *op cit.*, pp. 267-9.
- [27] *vid. supra nota 17.*
- [28] BOUMPADRE, Jorge, *op cit.*, p. 441.
- [29] JAKOBS, Gunter, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. M. Canció Meliá, 5ta. reimp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 28-38.
- [30] MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, TEA, Buenos Aires, 1996, t. II, pp. 337-338.
- [31] *Ídem.*
- [32] NAVARRO, Guillermo, *Casos especiales de estafas y otras defraudaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 26.
- [33] MOLINARIO, Alfredo, *op. cit.*, p. 338. En igual temperamento, DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, t III, p. 344.
- [34] ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general: Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 393.
- [35] STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal, parte general: El hecho punible*, 4ª ed. trad., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 152. Véase también JAKOBS, Gunter, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., DeGruyter, Berlin- Nueva York, 1991, p. 7 y ss.; JESCHECK, Hans *et al.*, *op cit.*, p. 277; PUPPE, Ingeborg, *et. al, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1998, t. I, p. 83 y ss.
- [36] MIR PUIG, Santiago, *op cit.*, pp. 256-257.
- [37] CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 134 y 167.
- [38] FRISCH, Peter, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, pp. 119-120, 166 y ss.
- [39] ALBELLEYRA, Diego *et al.*, *Régimen de control de cambios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 13-14.
- [40] *Ibidem*, p. 109.
- [41] CSJN, fallos 329:1974.
- [42] FRISTER, Helmut *et al.*, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, trad. por Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 9.

- [43] SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, Ediciones de la Biblioteca U.C.V., Caracas, 1969, p. 19.
- [44] BACIGALUPO, Eduardo. (dir.), *Derecho penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 37-38.
- [45] BORINSKY, Mariano et. al., *Régimen Penal Tributario y Previsional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 177-178.
- [46] *Ibidem*, p. 183.
- [47] *Ibidem*, p. 186.
- [48] BACIGALUPO, Silvina, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 354-355.
- [49] FRISTER, Helmut, *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, trad. José Beguelin, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 87.
- [50] VIDAL ALBARRACIN, Héctor, *Delitos aduaneros*, 3ª ed., Mave, Corrientes, 2010, p. 491.
- [51] VIDAL ALBARRACIN, Héctor, *La responsabilidad de la persona jurídica en el derecho penal aduanero*, Nueva Doctrina Penal, t. 2003-B, p. 575.
- [52] VIDAL ALBARRACIN, Héctor, *Delitos aduaneros*, 3ª ed., Mave, Corrientes, 2010, p. 502.
- [53] ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, "Sanciones penales contra empresas en España (*Hispanica societas delinquere potest*)", en KUHLEN, Lothar et. al. (eds.), *op cit.*, pp. 263-265.
- [54] SARRABAYROUSE, Eugenio, "La evolución reciente de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: estado de la cuestión en España y Alemania", en PASTOR, Daniel (dir.), *Problemas actuales de la parte especial del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 516-517.
- [55] ORCE, Guillermo et al., *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 238.
- [56] NIETO MARTIN, Adán, "Problemas fundamentales del compliance y el derecho penal", en KUHLEN, Lothar et. al. (eds.), *op cit.*, p. 23.
- [57] Puede ampliarse al respecto en *Guidelines on reputational due diligence*, Raport 356, septiembre de 2004, The International Association of Oil & Gas Producers.
- [58] SILVA SÁNCHEZ, José, "Deberes de vigilancia y compliance empresarial", en KUHLEN, Lothar et. al. (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 79.
- [59] KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. de la 2ª ed. De Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 297.
- [60] PRITTWITZ, C., "La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers", en KUHLEN, L. et. al. (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 217.
- [61] NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del compliance y el derecho penal", en KUHLEN, Lothar et. al. (eds.), *op cit.*, p. 25.
- [62] KUHLEN, Lothar, "Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal", en KUHLEN, L. et. al. (eds.), *op cit.*, p. 68.

- [63] cfr. BERMEJO, M. y PALERMO, O., "La intervención delictiva del compliance officer", en KUHLEN, L. *et al.* (eds.), *op cit.*, p. 174.
- [64] BOCK, D., "Compliance y deberes de vigilancia de la empresa", en SILVA SÁNCHEZ, J., "Deberes de vigilancia y compliance empresarial", en KUHLEN, Lothar. *et al.* (eds.), *op cit.*, p. 110-111.
- [65] cfr. NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del compliance y el derecho penal", en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *op cit.*, p. 32
- ^[66] JF10, CFP 5406/2013, rta. 14/7/2016.
- [67] MASCHMANN, Frank, "Compliance y derechos del trabajador", en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *op cit.*, pp. 160-161.
- [68] BAG, 12/5/1958, *NJW* 1958, pp. 1747-1748.
- [69] MONTIEL, Juan Pablo, "Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales", en KUHLEN, Lothar *et al.* (eds.), *op cit.*, pp. 227-229.
- [70] FRITZ, Hans, "Whistleblowing-Denunziation oder Wettbewerbsvorteil?", en MASCHMANN, Frank (ed.), *Corporate compliance and Arbeitrecht*, Nomos, Berlin, 2009, 134.
- [71] DUFF, Antony *et al.* (eds.), *A reader on punishment*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1994, p.12.
- [72] BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 119.