

Cuestiones fundamentales del “criminal compliance” en cuanto a la responsabilidad e imputación penal de las personas jurídicas¹

Fernando M. Rodrigo²

RESUMEN

Cada vez con mayor frecuencia el Derecho penal se ocupa de la actividad de los ciudadanos dirigida a la utilización de la riqueza. Las respuestas adecuadas frente a los delitos en el ámbito empresarial deben ponderar particularidades del factor criminógeno de las personas jurídicas, potenciado por la pertenencia a un grupo, la mayor lesividad, el acceso a más medios y más sofisticados, asesoramiento de expertos y la dificultad para la individualización del responsable en función de las limitaciones para identificar a la persona física cuya decisión y cuya acción se plasmó en el ilícito. Además, desde una perspectiva pública se configura una creciente preocupación del Estado por el diseño de una política criminal que pueda dar respuesta a la creciente criminalidad empresarial que recurre a la estructura corporativa como herramienta para la comisión de delitos; la empresa aparece en este esquema del sistema penal como un nuevo sujeto de imputación de responsabilidad. Como consecuencia de

¹ Data de Recebimento: 20/08/2019. Data de Aceite: 20/09/2019.

² Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); exPresidente de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina – Magister en Derecho Procesal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina) – Candidato a Doctor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina) – Mediador Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe); Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Penal I –Parte General-); exProfesor del Instituto de Seguridad Pública (I.Se.P.) –ex Escuela de Cadetes de Policías- de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). E-mail: fernandorodrigoi@gmail.com

esta coyuntura, debe tenerse presente que el auge de los programas de cumplimiento junto con la puesta en marcha de sistemas de *compliance* suele enmarcarse dentro de una concepción ética de la actividad empresarial, lo cual no debe confundirse con el marco taxativo y subsidiario que caracteriza al Derecho penal, y analizar el rendimiento de los programas de *criminal compliance* y su utilidad para condenar, exonerar o atenuar la responsabilidad penal de las empresas y de las personas que las dirigen.

Palabras claves: *Criminal Compliance. Corrupción. Delitos en el ámbito empresario. Programas de cumplimiento. Whistleblowing. Denuncia de irregularidades.*

1 LOS SISTEMAS DE CONTROL EN LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DERECHO PENAL

La persona jurídica es un factor criminógeno de grandes dimensiones³. Esta idea, la de la persona jurídica como factor criminógeno, ha propiciado que de cara a prevenir los riesgos derivados de la actividad empresarial se vengán articulando, en los diversos contextos en los que la empresa desarrolla sus actividades (financiero, inmobiliario, minero, etc.), mecanismos de prevención de riesgos que tienen, en el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, su versión más desarrollada.

Los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial o estatal que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. La mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad o culpabilidad⁴.

³ Sobre el impacto de la macro o extracriminalidad económica, véase: CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel, *El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista*, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 3 y ss.

⁴ Las implicancias del *compliance* en el Derecho Penal no se limitan de servir de base al sistema de

“Criminal Compliance” se refiere, al “cómo” y no al simple “sí” del comportamiento en armonía con el derecho en el nebuloso ámbito del Derecho penal económico, en consecuencia, es bastante más que un error estilístico (PARK, 2019), un mero neologismo (ROTSCH, 2013, p. 1) o un impresionante fenómeno místico (ROTSCH, 2018, p. 167). De allí, que se denomina “compliance”⁵ a las medidas mediante las cuales una persona jurídica pretende asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen.

Desde esta perspectiva jurídica, necesariamente debe contemplar una visión transdisciplinaria, donde la noción de cumplimiento del Derecho aludida, que ha generado un *enforcement* autónomo que ha contribuido a la expansión de programas de cumplimiento y de autorregulación empresarial que propendan a la denominada *due diligence*, como instrumento de valoración de empresas que, por ejemplo, cotizan en mercado de valores o, en general, con parámetros de evaluación por parte de quienes hacen negocios con empresas, donde finalmente se ha incorporado también al Estado, en tanto se constituye en un importante agente económico, ya sea por su intervención directa en la economía o por ser el mayor requirente de bienes y servicios que son provistos por las empresas y en tal sentido, se han generado también políticas de evaluación de esta *due diligence* por parte de organismos multilaterales de financiamiento

responsabilidad de las personas jurídicas, con ser éste el aspecto más importante. Para una visión más amplia, puede c. NIETO MARTÍN, Adán, Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa, en AA.VV., Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, ISSN-e 0718-3399, N.º 5, p. 200; también: SIEBER, Ulrich, Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In U. Sieber, G. Dannecker, U. Kindhäuser, J. Vogel, & T. Walter (Eds.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln, 2008, pp. 1113 y ss.

⁵ El término compliance es un anglicismo que a pesar de su uso creciente en el mundo de la empresa no se encuentra todavía oficialmente contemplado por la Real Academia de la Lengua Española y ello posiblemente obedezca a que la noción del compliance ofrece varias dificultades, la primera de ellas desde su traducción al español, que en términos generales sería la de “cumplimiento” o “conformidad”. Sobre esta noción, véase BOCK, Dennis, Compliance y deberes de vigilancia de la empresa, en AA.VV., Compliance y Teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 107.

como el Banco Mundial⁶ o el Banco Europeo de Inversiones⁷, que exigen contar con medidas de prevención contra la corrupción para acceder a su financiación, haciendo que el cumplimiento normativo se constituya en una práctica e instrumento de gobernanza global o *global law*.

En este contexto, es importante su significación social y no sólo normativa, por ello, se habla de que con el “compliance” se trata de nuevos valores (o de viejos otra vez fortalecidos) y virtudes, lo que permite, y es central, el interés de reducción de los riesgos de responsabilidad penal y “parapenal” que existen en la propia persona jurídica y para sus directivos o responsables. El que estos riesgos se hayan incrementado objetivamente, y desde la percepción de los actores afectados, mediante el crecimiento de la juridificación, internacionalización y persecución penal de las infracciones reglamentarias, ofrece una explicación económica plausible e irrenunciable de que las personas jurídicas estén cada vez más dispuestas a invertir en medidas de “compliance”⁸.

2 LAS MOTIVACIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL: LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La globalización y esencialmente su impacto económico ha convertido al fenómeno de la corrupción⁹ en un problema mundial,

6 WORLD BANK, Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Program-for-Results Financing, Dated February 1, 2012; puede c. en <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/Resources/ACS.pdf>

7 EUROPEAN INVESTMENT BANK, Guide to Procurement, september 2018; puede c. en https://www.eib.org/attachments/strategies/guide_to_procurement_en.pdf

8 KUHLEN, Lothar, Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal, trad. Alberto Nanzer, en AA.VV., Compliance y teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 64.

9 Se sostiene que la corrupción puede abarcar una serie de actos que involucran el lucro ilícito, el fraude, la falsificación, malversación, exacciones ilegales, sobornos, entre tantos otros, volviéndose difícil elaborar un concepto único sobre el fenómeno. En este sentido puede v. REI, Zani Andrade, A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema, Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 30, 1999, n.3, pp. 103-115. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943> (consultada 16/08/2019); también: GABARDO, Emerson, & MORETTINI e CASTELLA, Gabriel, La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas, Revista Eurolatinoamericana De

de allí la preocupación que se muestra en instrumentos internacionales de Naciones Unidas o regionales, y hasta la evolución de la legislación interna en su dictado y aplicación¹⁰, como también de la preocupación y que hacer del Poder Judicial en dar una respuesta al combate de este flagelo.

En este contexto,

la macrocriminalidad se produce en contextos de acción colectiva de carácter político. De una parte, los crímenes colectivos están políticamente condicionados, en tanto su comisión organizada, sistemática y programada depende de los medios o recursos que se encuentran a disposición de quienes ejercen el poder. En este sentido, es importante señalar que la macrocriminalidad política no comprende todos los fenómenos de acción colectiva que se puedan considerar parte de la criminalidad organizada, y se diferencia de la criminalidad común, de las formas especiales de criminalidad (terrorismo y narcotráfico, entre otros) y de la llamada criminalidad de los poderosos¹¹.

Desde hace años, hoy con más fuerza, se muestra la enorme inquietud de evitar delitos de corrupción, dentro y fuera de la frontera del país. Por ello, los países suscriben diferentes acuerdos y consideran diferentes recomendaciones, que coinciden en lo esencial: la necesidad de frenar la corrupción a través de medidas preventivas, pero también la imperiosa necesidad que, ante un delito de corrupción, sus autores sean ejemplarmente sancionados por parte del Poder Judicial. Entre los instrumentos internacionales que son para combatir la corrupción pública y privada, se encuentra: a) la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las

Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 2, N° 1, ene./jun. 2015, pp. 71-88. <https://doi.org/10.14409/r.r.v2i1.4630> (consultada 16/08/2019).

10 Parece haber un fuerte consenso de que ella es percibida como un acto portador de una gran nocividad al interés público (aunque no existan fuertes controversias en lo que se refiere al concepto de interés público – principalmente en Estados de carácter intervencionista y social, como es el caso de Brasil). Cfr. GABARDO, Emerson, Interesse público e subsidiariedade, Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 316 y ss.

11 MARTINEZ OSORIO, David, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis de contextos (DINAC), de la Fiscalía General de la Nación, Colombia, 2014, p. 10, en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf> (consultada 19/08/2019)

Transacciones Comerciales Internacionales¹², fue suscripta el 17 de diciembre de 1997, por los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) más Argentina¹³, Brasil, Bulgaria, Chile y Eslovaquia; este instrumento constituye un jalón fundamental en el desarrollo del derecho internacional relativo a la lucha contra la corrupción, al ser una de las primeras normas jurídicamente vinculantes en esta materia y la primera de alcance global. Los países que han ratificado la Convención de la OCDE se obligan a perseguir criminalmente los sobornos ofrecidos por sus empresas a funcionarios públicos internacionales extranjeros¹⁴; b) la Convención Interamericana contra la corrupción¹⁵; c) Convención Internacional contra la delincuencia organizada¹⁶, y; d) la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción¹⁷.

La corrupción afecta a los Derechos Humanos en su integridad, así se ha expresado que

(l)a corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana¹⁸.

Los organismos de Derechos Humanos de la ONU han destacado en varias ocasiones el impacto negativo de la corrupción sobre el

12 Ataca el lado de la oferta del soborno, en este sentido, tuvo el mérito de poner el centro de atención en la necesidad de atacar el soborno desde la perspectiva del sector privado -y en especial las empresas multinacionales- en lugar del énfasis tradicional, que solía enfocar el problema de la corrupción, ya sea como un asunto exclusivamente librado a la jurisdicción interna de los Estados, o como una problemática que afecta principalmente el sector público. Para un análisis más amplio puede

13 Aprobada por la República Argentina por Ley N° 25.319.

14 QUINONES, Eney, *L'évolution du droit international en matière de corruption: la convention de l'OCDE*, *Annuaire français de droit international*, vol. 49, no 1, 2003, pp. 563-574.

15 Aprobada por la República Argentina por Ley N° 24.759.

16 Aprobada por la República Argentina por Ley N° 25.632.

17 Aprobada por la República Argentina por Ley N° 26.097.

18 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Prefacio, párr. 1, disponible en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

disfrute de los derechos humanos, así como la necesidad de medidas efectivas contra la corrupción. El Consejo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados deben fomentar entornos propicios y favorables para prevenir las violaciones de los derechos humanos, entre otras formas, luchando contra la corrupción. En los últimos años, Naciones Unidas y las organizaciones regionales han reconocido cada vez más los impactos negativos de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos.

En el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, igualmente se ha identificado a la corrupción como un obstáculo para la garantía de los derechos¹⁹ y se ha dejado claro cómo perjudica la democracia de los Estados, impidiéndoles cumplir con sus obligaciones de derechos humanos - tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales, culturales y ambientales - y el derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad. Este enfoque se recoge en recientes instrumentos, declaraciones institucionales y en el discurso público, como ser Resolución 1/17 “Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad” y Resolución 1/18 “Corrupción y Derechos Humanos”, ambas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La comunidad mundial, ha asistido atónita a un conjunto de historias y hechos recientes mediante los cuales se han descubierto actos de corrupción de gran significatividad, los que están siendo investigados por tribunales nacionales e internacionales, por los cuales tanto empresas privadas como públicas se han visto envueltas en escándalos que afectan a funcionarios y empleados del Estado, que han sido acusados de participar en delitos de cohecho -nacional e internacional-, de negociaciones incompatibles con la función pública,

¹⁹ Autores como Rogério Gesta Leal destacan, en esta esfera, el impacto de los fenómenos corruptos en la posibilidad de consecución de los derechos fundamentales, puede c. en: LEAL, Rogério Gesta, *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013, p. 32 y ss.

malversación de fondos, exacciones ilegales, concusión y hasta de haber autorizado o publicado informes y balances falsos para poder llevar adelante o intentar justificar sus conductas delictivas.

Investigaciones globales de las conductas desplegadas por el exPresidente Zine-Al-Abidine Ben Ali²⁰, la Comisión Directiva de la FIFA²¹ -órgano rector del fútbol mundial-, los escándalos de Petrobras²² y Odebrecht²³, lo ocurrido con la monarquía española²⁴, como también, lo acontecido en el caso denominado *Panama Papers*²⁵, son muestras de fenómenos que se presentan como globales, y que confirman una realidad incontrastable del fenómeno de los delitos cometidos en este ámbito. La República Argentina no ha estado exenta de esta realidad, pudiendo mencionarse, a guisa de ejemplo, los casos bajo investigación judicial por las causas IBM-Banco

20 Ben Ali fue derrocado por una rebelión popular el 14 de enero de 2011, exiliándose junto a su familia en Arabia Saudita. Tras su expulsión del poder fue condenado, en ausencia, por un tribunal de Túnez, por los delitos de corrupción cometidos durante su gobierno que perduró por más de dos décadas. Puede c. en <https://cnnespanol.cnn.com/2011/06/20/el-ex-presidente-de-tunez-condenado-a-35-anos-por-corrupcion/> (consultada 16/08/2019).

21 Es el escándalo de corrupción más grande de la historia del fútbol, conocido como FIFA Gate, que es un escándalo deportivo y corporativo, que se convirtió en un caso judicial luego de numerosas investigaciones de casos de corrupción cometidos por diferentes dirigentes y personales relacionadas a la institución, entre ellos se investigó conductas de soborno, fraude y lavado de dinero.

22 Los hechos delictivos se dieron a conocer a través de la operación Lava Jato, cuando se comenzó a investigar una red de corrupción de dinero que operaba en Brasilia y San Pablo.

23 El caso es una investigación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre la constructora brasileña Odebrecht en la que se detalla que la misma habría realizado pagos de sobornos a funcionarios de 12 países: Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

24 En fecha 12 de octubre de 2011, la Casa Real española apartó de las actividades oficiales al Duque de Palma, Iñaki Undangarin, dos años después de haber sido imputado por delitos de corrupción.

25 Con el nombre de los Panama Papers se conoce a la investigación periodística global liderada por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ, por sus siglas en inglés), que expuso a la luz los negocios offshore de políticos, empresarios, deportistas y celebrities internacionales. Puede v. <https://www.infobae.com/politica/2019/04/09/que-son-los-panama-papers/> (consultada 16/08/2019)

Nación²⁶, Skanska S.A.²⁷, Asociación del Fútbol Argentino (AFA)²⁸, Hotesur S.A.²⁹, Austral Construcciones S.A.³⁰, Fundación Sueños Compartidos³¹ o Correo Argentino³², entre tantos otros.

El Derecho penal, así como los requerimientos propios de una sociedad conmovida por los hechos de criminalización realizados por entes ideales, reclaman una respuesta frente a la demanda de que -ante la utilización de estas estructuras jurídicas legales para delinquir- se establezca algún modo de sanción para la estructura misma -persona jurídica propiamente dicha-, más allá del castigo

26 El Caso IBM-Banco Nación se originó en el proceso licitatorio 60/93 denominado "Proyecto Centenario", que tenía como finalidad la informatización del Banco de la Nación Argentina y que permitió la adjudicación del proyecto informático a la empresa IBM Argentina, habiéndose determinado la participación en los hechos de distintos funcionarios del Banco, representantes de la firma IBM Argentina, como así también de distintos particulares, algunos de ellos representantes de firmas que también intervinieron en el proceso licitatorio; así como también, el ofrecimiento y el pago de sumas de dinero a algunos directivos de la institución bancaria, a fin de que resultara adjudicada la firma IBM Argentina. Puede v. <https://www.lanacion.com.ar/politica/se-declaran-culpables-los-siete-acusados-del-caso-ibm-banco-nacion-nid1198415>.

27 Consistió en la investigación llevada a cabo en Argentina, a partir del año 2005, para determinar si en ocasión y con motivo de la construcción de dos gasoductos, la empresa Skanska había utilizado facturas apócrifas para encubrir pagos de sobornos a funcionarios públicos, como también, si durante el proceso de contratación y construcción se habían producido otros hechos irregulares.

28 El ex CEO de Torneos y Competencias, Alejandro Burzaco, declaró este martes en Estados Unidos como arrepentido en la causa que investiga una red de corrupción y pago de sobornos en la FIFA y la Conmebol y aseguró que el ex presidente de la AFA, cobró millones de dólares en coimas por contratos de televisión de competencias; puede c. https://www.clarin.com/deportes/futbol/burzaco-admitio-coimeado-julio-grondona-funcionarios-kirchneristas_0_rJFTm2dkf.html (consultada 16/08/2019). Asimismo, la AFA se vio involucrada en un escándalo del Programa Fútbol para Todos, implementado por el gobierno nacional, donde la justicia investiga el desvío de fondos públicos entre 2009 y 2015, el periodo de mayor auge del programa que se encargó de la televisación del campeonato argentino, puede c. <https://rosarionuestro.com/causa-futbol-para-todos-citaron-a-indagatoria-a-los-principales-financistas-de-afa/> (consultada 16/08/2019).

29 En la causa se investiga la operatoria hotelera de la familia de un expresidente y una expresidenta de la República Argentina, la hipótesis de investigación, es que la empresa que administra los hoteles, incluido el Alto Calafate, fueron utilizado ese hotel de lujo, al igual que otros, por empresarios para una maniobra de alquiler de habitaciones. El empresario patagónico garantizó el pago de 935 plazas por mes, durante 2010 y 2011, sin importar si sus empleados usaban esas reservas o no, ni si se trataba de temporada alta o baja. Puede c. <https://www.infobae.com/politica/2019/02/28/la-causa-hotesur-fue-elevada-a-juicio-oral-cristina-kirchner-y-sus-hijos-son-los-principales-acusados/> (consultada 16/08/2019).

30 En esta causa se investiga a una empresa constructora que fue beneficiada con diferencias licitaciones para ejecuciones de construcciones, se investiga los delitos de fraude a la administración pública y lavado de dinero.

31 La causa versa sobre defraudación a la administración pública con los fondos para la construcción de viviendas sociales, en el programa "Sueños Compartidos", donde se encuentran involucradas personas de dicha Fundación y funcionarios públicos.

32 Se investiga la presunta maniobra de licuación de una deuda de la empresa de correos que fue la empresa postal oficial de la República Argentina hasta el año 2003. Puede c. <https://www.infobae.com/politica/2019/06/24/avanza-la-causa-penal-por-el-acuerdo-con-el-correo-argentino-el-juez-lijero-rechazo-cerrar-el-expediente/> (consultada 08/08/2019).

que pudiera corresponder a las personas humanas que intervengan en los ilícitos, esto es lo que sostiene Hassemer, al expresar que "(l)os sectores en los que se concentra el moderno derecho penal solo indirectamente tiene que ver con el ciudadano de a pie, con el individuo; directamente se refieren a la sociedad o incluso al Estado. La protección de bienes jurídicos en el moderno derecho penal es, pues, cada vez más una protección institucional"³³.

3 PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y DEBER DE VIGILANCIA: PANÓPTICO EMPRESARIAL EN EL DERECHO PENAL DEL RIESGO Y EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

El "Criminal Compliance" representa una consecuencia del derecho penal del riesgo, que se caracteriza porque el comportamiento que va ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario, se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado³⁴ y conduce -en ámbitos distintos a los conocidos y criticados con razón- a una revitalización de la creencia en la fuerza conformadora de costumbres del Derecho penal.

Con ello no solo se quiere decir que el "compliance" relacionado con la criminalidad represente el medio, tenido abiertamente por adecuado, para minimizar los específicos riesgos potenciales en la moderna sociedad del riesgo, el *criminal* "compliance" representa una reacción a la creciente hipertrofia del Derecho penal, que en este sentido también es derecho penal del riesgo³⁵.

33 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 23.

34 Cf. PRITTWITZ, Cornelius, Sociedad de riesgo y derecho penal, trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, en AA.VV., Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Coord.: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN Adán, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003, p. 262.

35 ROTSCH, Thomas, Compliance y derecho penal, trad. Jaime Winter Etcheberry, en AA.VV., Tratado de Compliance, Dir: Raúl R Saccani y Gustavo Morales Oliver, La Ley, 2018, tomo II, p. 183.

Los programas de cumplimiento³⁶ se vinculan con las investigaciones internas que deben realizarse en la empresa ante presuntos hechos ilícitos cometidos por las personas que la integran, es así que ello se enmarca en el derecho procesal penal, que constituye una gran batalla en la que dos bandos enfrentados luchan encarnizadamente por el control de la información. Por un lado, el fiscal, la policía y las autoridades administrativas, los investigados públicos, que intentan obtener la información necesaria para destruir la presunción de inocencia e imponer una sanción; del otro lado, las personas investigadas intentan controlar el flujo de información que llega a la acusación pública o hacerle llegar sólo aquella que le conviene.

Estas investigaciones tienen sus costes y sus complejidades, de tal modo, son menores en un homicidio que en la comisión de un delito en el seno de una organización, donde se suele dificultar el acceso a la información, y donde, las organizaciones son especialmente hábiles en la protección y ocultación de información (VAUGHAN, 1999, p. 277), estos costes crecen cuando se trata de delitos transnacionales; por esta razón, la política criminal contemporánea ha ideado una serie de estrategias para incrementar la eficacia y, por tanto, disminuir los costes en la adquisición de información.

La idea es que las personas jurídicas -públicas o privadas- internalicen o implementen un conjunto de normas o medidas que traten de asegurar la prevención de infracciones que se podrían generar como consecuencia de las actividades que realizan o debido nivel de complejidad de su estructura organizacional. Actualmente, se suman a estos programas ("criminal compliance program"), los estándares de calidad, por ejemplo las normas ISO 37001, esta última está diseñada para ayudar a las organizaciones a luchar contra el soborno mediante el establecimiento de una cultura de integridad,

36 En los últimos años se observa cierta tendencia internacional a la evaluación de los dos programas de compliance basada en evidencias científicas, con énfasis en las métricas de efectividad. Puede c. SAAD DINIZ, Eduardo, Compliance en la perspectiva de la criminología económica, Publicado en: DpyC (Revista de Derecho Penal y Criminología-La Ley Argentina) 2019 (abril), pp. 252 y ss.

transparencia y cumplimiento, es decir, busca incorporar medidas efectivas para prevenir y hacer frente al soborno y a la corrupción.

El desafío que se presenta para el sistema penal de los diferentes países, es adaptar un orden científico y jurisprudencial, con categorías y principios pensados para la persona humana, a un nuevo sujeto al que se han de imputar delitos -crímenes corporativos-. Esas orientaciones, de variada naturaleza, deberán ser puestas en relación con la actuación de la empresa o, mejor dicho, con las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal³⁷, y es que, la propia sociedad ha dirigido su mirada crítica hacia los riesgos económicos, sobre todo los emergentes de las formas de producción, flujo financiero, ahorro y corrupción administrativa, posando su ponderación en los riesgos medioambientales, químicos y derivados de fallas en los procedimientos.

El derecho penal en la economía, y sobre todo en lo relativo a la actuación de las empresas, ha encontrado una legitimación social inesperada décadas atrás, en el auge del industrialismo. Esto ha sido puesto en evidencia por Silva Sánchez, explicando que las valoraciones sociales sobre el desarrollo económico se proyectan fundamentalmente sobre sus riesgos, dejando a un lado los supuestos beneficios³⁸; ello implica una opción social acerca del modo de distribuir las cargas o costos del progreso.

3.1 Los programas de cumplimiento y estructura de imputación – “compliance” en el ámbito privado y público

Un primer análisis es si respecto a las personas jurídicas tiene sentido un sistema de imputación o de responsabilidad penal basado en las mismas categorías que el existente en el caso de las personas

37 YACOBUCCI, Guillermo J., La empresa como sujeto de imputación penal, en LA LEY 2017-F, 798 (República Argentina) • DPyC (Revista de Derecho Penal y Criminología-La Ley Argentina) 2018 (marzo), pp. 77 y ss.

38 SILVA SÁNCHEZ, Jesús, Expansión del derecho penal, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2011.

físicas, que adoptará un concepto de delito basado en la estructura del comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible³⁹.

En el ámbito de las estructuras jerarquizadas, la autoría de un ilícito difícilmente pueda explicarse conforme con un principio naturalista de ejecución material. Ello puesto que, en las organizaciones estructuradas, la distinción característica entre ordenación horizontal y vertical (es decir, entre coordinación y división jerárquica), demuestra que la asignación de competencias es penalmente relevante para imputar autoría o participación en la comisión de hechos ilícitos. En este esquema, probablemente deba distinguirse entre ejecutor material de la conducta y quien en definitiva será considerado autor.

Centrando la atención en el sistema organizativo empresarial, éste – al igual que el ser humano – comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene en una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico –y necesario– atribuir a la empresa cierta competencia sobre su ámbito de organización⁴⁰. Desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización, de tal manera que, si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades desaparecen considerablemente cuando se sostiene que, llegado un determinado nivel de complejidad interna, la empresa comienza a organizarse a sí misma, a autoorganizarse⁴¹.

Resulta entonces evidente que el contenido material de la respon-

39 Sobre un desarrollo más profundo ver: GOMEZ JARA DIEZ, Carlos, Una teoría del delito para la persona jurídica, en AA.VV., Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas, 2ª edición, Eds.: Bajo Fernández, Feijoo, Gómez-Jara Diez, Civitas, Madrid, 2016; también, GOMEZ TOMILLO, Manuel, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015. 40 Con diferentes matices, BOTTKE, Wilfried, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en AA.VV., Política criminal y nuevo derecho penal: (libro homenaje a Claus Roxin), Eds.: Jesús María Silva Sánchez, Bosch, 1997, p. 42.

41 Dicho planteamiento viene avalado, además de por las aportaciones de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, por numerosas teorías de la organización y del management modernas. Ver, por ejemplo, BAUSOR, Randall, Entrepreneurial Imagination, Information and the Evolution of the Firm, in: R. W. ENGLAND (ed.), Evolutionary Concepts in Contemporary Economics, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1994, pp. 179 y ss.; DRAZIN / SANDERLANDS, Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing, Organization Science N° 3, 1992, pp. 230 y ss.

sabilidad de la persona jurídica reside principalmente en los defectos de la configuración de su cultura ética, sobre todo con la pretensión de constituir un título autónomo de imputación, que no requiera de modo pleno la transferencia desde la persona humana.

La existencia de un adecuado sistema de control y supervisión que forme parte de un programa de integridad de la persona jurídica aparece señalada dentro de la adecuada hermenéutica de la legislación que se encuentre vigente⁴².

Tan importante es este aspecto que incluso puede justificar la exención de pena, así es dispuesto, por ejemplo, en la República Argentina, en el artículo 9 de la Ley N° 27.401, que dispone:

Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido (...),

el supuesto de dicha norma es absolutamente diferente de los institutos de extinción de la acción y de la extinción del cumplimiento de la pena, cual es el de que, una vez que se ha responsabilizado penalmente a una persona jurídica privada, y se ha dictado una sentencia condenatoria con respecto de la misma, por su intervención en la realización de alguno de los delitos previstos en el artículo 1° de la ley, se la exige de tener que sufrir alguna de las penas previstas en el artículo 7, en razón de determinadas circunstancias (VÍTOLO, 2018, p. 597).

⁴² Cada país establecerá sus exigencias, a modo de ejemplo, en la República Argentina, la Ley N° 27.401 (Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas), aun sin hacer obligatoria para toda persona jurídica la existencia de un programa de integridad, lo exige para aquellas empresas que interactúan económicamente con la estructura estatal.

Esos programas han de recoger fundamentalmente un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. Para eso, claro está, y como ya se advirtiera, la identificación de los riesgos que son propios de la particular actividad de la corporación juega un rol fundamental, pues de su identificación, control y gobierno depende la eficacia del programa.

De todos modos, el contenido fundamental de ese esquema de control debe asumir la presencia de un código de ética o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley. Esto ha de concretarse especialmente a través de reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público (YACOBUCCI, 2018, p. 77).

La idea de un compromiso efectivo de todos los niveles de la organización se muestra en la necesidad de realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados, el análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad y el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.

Este aspecto refleja el impacto de la consideración no sólo anglo-americana, sino también la del campo continental; el Deutscher Corporate Governance Kodex ha acuñado la idea de trasladar los principios tradicionales del comerciante honesto -die Prinzipien des ehrbaren Kaufmanns- que resultan un estándar para la ponderación de su actuación comercial, hacia la empresa -die Unternehmen-. Con esto se pretende una asimilación entre sujetos -humano/ideal

- que se ha definido, para la empresa, como propia de un ciudadano corporativo - Gómez Jara (2016) - , es decir, se ha intentado hallar un equivalente funcional al contenido de la responsabilidad de la persona humana.

Tal como ocurre en las corporaciones o empresas privadas, las diversas estructuras de la administración pública cuentan con especiales configuraciones en los modos de organizarse, de asignar funciones y de tomar decisiones, de modo tal que el contenido de los programas de cumplimiento variará dependiendo de la dependencia u organismo en el que sean implementados y, asimismo, de las particularidades del espacio estructural en el que se encuentran.

Ante este panorama, el acople de los programas de cumplimiento en las administraciones del sector público nacional puede contribuir a la organización de los deberes de vigilancia del funcionario público jerárquico⁴³ y, de esa manera, ofrecer soluciones a los problemas de imputación propios de las organizaciones o estructuras jerarquizadas.

Las relaciones interpersonales se rigen, de entrada, por el principio de estricta separación de esferas o principios de competencia, sin embargo, en esas relaciones, también tiene vigencia el principio de confianza que presupone la existencia de ciertas relaciones previas en las que se suscitan deberes especiales recíprocos de corrección de conductas defectuosas ajenas o de evitación de los efectos lesivos de dichas conductas defectuosas; a partir de ahí. Lo más relevante de las relaciones regidas por el principio de confianza es un dato negativo, es cierto que un sujeto tiene el deber de evitar los resultados lesivos producidos *prima facie* en la esfera de otro sujeto; pero también es cierto que es ese sujeto no tiene el deber de procurarse el conocimiento acerca de si el otro sujeto está obrando defectuosamente.

43 BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar, La posición jurídica del compliance officer, en AA.VV., Compliance y teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 189 y ss. Asimismo consultar PRITTWITZ, Cornelius, La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers, trad. Nuria Pastor Muñoz, en AA.VV., Compliance y teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 212/8.

Siguiendo en este punto al profesor Jesús María Silva Sánchez (2013, p. 84), puede decirse que las relaciones entre el superior jerárquico y los subordinados, existe desconfianza, de modo que surge en cabeza del superior (subsidiariamente) un deber de vigilancia, supervisión o control del personal subordinado.

En la jerarquía de primera línea, conlleva, a su vez, otros deberes, el de obtener información acerca del modo en que el subordinado gestiona su ámbito de competencia y el de instar a este a la corrección si se observan actuaciones defectuosas, evitando así posibles consecuencias lesivas. En el caso de otros sujetos que son inferiores jerárquicos frente al personal de primera línea, pero que tienen deberes de vigilar a otros subordinados (por ejemplo, el propio “*compliance officer*”), el deber contiene otras particularidades: conlleva el deber de obtener información y el de transmitirla al superior con capacidad de corrección.

En consecuencia, la implementación de un programa de cumplimiento eficaz *ex ante* tendría efectos inmediatos en la atribución de responsabilidad individual frente a la comisión de delitos de corrupción en algún órgano o dependencia de la administración pública: permitiría neutralizar o excluir imputaciones de imprudencia dirigidas contra el personal jerárquico o de dirección. Aunque a estos les cabría la obligación de gestionar dicho programa (de modo que una gestión defectuosa podría generar responsabilidades penales conforme las reglas generales), la implantación de un programa público de cumplimiento (con la consecuente asignación de los deberes de vigilancia a un departamento de cumplimiento o un “*public compliance officer*”) haría surgir nuevas posiciones (delegadas) de garante (GONZÁLEZ BAUTISTA, 2007, p.203).

La posibilidad de imponer una sanción penal al vigilante requerirá que, a dicha infracción le siga objetivamente el inicio de ejecución de un delito -en el caso de que dicho delito sea doloso- o la propia consumación de un delito -en el caso de que sea imprudente-, por parte del tercero vigilado.

3.2 “Compliance” como forma de organizar la vigilancia

El punto de partida de cualquier análisis de posiciones de garantía dentro de una empresa debe ser la consideración de la posición de garantía del empresario como tal (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 184), la que, según Silva Sánchez, debe identificarse con la posición de garante de los socios (SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 9).

Se suele afirmar que la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión: una dimensión ad intra, orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa, que hace del administrador un garante de protección (*Beschützergarant*); y una dimensión ad extra, orientada a la evitación de resultados lesivos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa, en cuya virtud un administrador aparece como un garante de control (*Sicherungs*, o bien *Überwachungsgarant*).

Establecida la posición de garantía debe considerarse el fenómeno de la delegación de competencias⁴⁴. Aunque ello no se formule normalmente en estos términos, debe entenderse que la delegación de competencias constituye un mecanismo de transferencia y transformación; transferencia porque, en virtud de la delegación, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado y transformación, porque la posición de garantía del delegante no desaparece, sino que se transforma, en virtud de dicha transformación, la posición de garantía del delegante pasa a verse como secundaria o residual⁴⁵. Al delegante ya no le compete el deber de control directo de los focos de riesgo que se hallan en el ámbito de competencia

44 Cf. LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, EN AA.VV., Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 209 y ss. El titular de la empresa puede observar su deber de tres modos: inmediatamente, mediatamente o por delegación; el ejercicio mediato supone una posición instrumental -carencia de un margen de autonomía- del subordinado.

45 Cf. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, en AA.VV., La responsabilidad penal de las sociedades, Dir.: Enrique Bacigalupo Zapater, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 61 y ss.

del delegado, pero, sí le incumben una serie de deberes con objeto diverso, “verbigracia”, la correcta selección, formación e información del delegado, la dotación a este con los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, la coordinación de la actuación de los diversos delegados y, sobre todo, el deber de vigilancia.

Como se señalara, el deber de vigilancia de los órganos superiores de la persona jurídica es delegable en terceros internos o externos; una forma de delegación especialmente relevante parece ser aquella en cuya virtud los órganos de administración de la persona jurídica transfieren la gestión del programa de cumplimiento a un compliance officer o a un departamento de cumplimiento integrado por varias personas bajo la dirección de un chief compliance officer (CCO).

En consecuencia, la infracción del deber de vigilancia no es punible en sí misma, la posibilidad de imponer una sanción penal al vigilante requiere que a dicha infracción -y en relación de imputación objetiva con ella- le siga al menos el inicio de la ejecución de un delito (en el caso que sea un delito doloso) o la propia consumación de un delito (en el caso de que se trate de un delito imprudente) por parte del tercero vigilado. Esto significa que la sanción de la infracción de deberes de vigilancia está sujeta a alguna clase de accesoriedad, y será considerada particularmente en la investigación del delito como al aplicar la pena en caso de confirmarse la responsabilidad penal⁴⁶.

4 WHISTLEBLOWING Y DUE DILIGENCE

La relevancia de esta integridad corporativa se refleja en la adop-

46 Este aspecto ha sido receptado, en Argentina, por la Ley N° 27.401, la que en su artículo 8, dispone que para graduar la pena se considerará por parte de los jueces “el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; 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; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia” (el resaltado me pertenece).

ción por parte de las empresas de canales de denuncia internos. A través de esos mecanismos de advertencia se podrán poner en conocimiento las irregularidades -también hacia controles externos- y, al mismo tiempo, obtener la protección del sujeto⁴⁷ -whistleblower- que ha concretado la comunicación sobre la posible ilicitud. De ese modo se busca evitar represalias sobre el miembro de la organización que da cuenta de situaciones contrarias al programa de integridad o directamente constitutivas de sospecha de ilicitud (RAGUES i VALLÉS, 2013).

El origen del término whistleblower se remonta a la práctica de los oficiales de policía británicos que hacían sonar sus silbatos (whistle) soplando (blow), cuando presenciaban la comisión de un presunto delito. Mediante esta acción, alertaban a los ciudadanos, así como a otros policías del peligro.

En el contexto actual puede referirse a cualquier persona que, trabajando en sectores públicos o privados, denuncia un hecho constitutivo de delito, peligro o fraude, y que está siendo silenciado. Así pues, es un concepto aplicable a políticos, científicos, profesores, funcionarios y trabajadores de empresas, organismos e instituciones.

Promovido especialmente en ámbitos anglosajones, tiene especial relevancia en la protección del sistema público, pero también en la empresa privada en la que se pueden producir diversos delitos (evasiones de impuestos, receptación y blanqueo de capitales, pago de comisiones ilegales, estafas y fraudes, protección de datos, contra la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores, corrupción privada, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, etc.).

En verdad, el programa ha de estar continuamente sometido a actualizaciones que le permitan enfrentar la dinámica de riesgos propia de cada actividad y, paralelamente, reacomodarse cuando

⁴⁷ Los whistleblowers cuentan con especial protección en países como Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Bélgica, Francia, Noruega, Holanda e incluso en Rumanía, a pesar de ser un país de cuestionable posición en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC).

se han observado situaciones no contempladas originariamente. Esto último incluso podrá surgir de experiencias sobre violaciones al código de ética.

Habitualmente, cuando se trabaja de cara a la imputación dentro de la estructura empresarial, el derecho penal se ha servido de dos grandes líneas de consideración. Desde una aproximación vertical, con cierto grado de subordinación, la noción fundamental es la delegación. Ésta implica la transferencia de competencias desde el delegante al delegado, con la peculiaridad de un ámbito de responsabilidad residual que permanece a cargo del delegante y sobre el que ha de responder. Entre éstos, se integra, además de la selección del delegado y de la provisión de medios e información, de ciertos deberes difusos de vigilancia. (YACOBUCCI, 2018, p.77).

Por otro lado, ya en un orden tendencialmente horizontal, la regla esencial es el principio de confianza. Su operatividad indica que es posible confiar, por un lado, en que la prestación que se recibe ha sido conformada de acuerdo a la ley. Y, por el otro, que aquella que se transfiere o entrega ha de ser utilizada dentro del marco de legalidad correspondiente por el receptor. Esto facilita y dinamiza el intercambio y acota la responsabilidad del sujeto (YACOBUCCI, 2010).

La debida diligencia -due diligence- supone, por el contrario, una reducción en la eficacia de descarga de responsabilidad en esos niveles. Así, se establece la obligación de un control más intenso y directo e implica que en la delegación esa tarea de supervisión no puede ser meramente difusa. Además, el principio de confianza cede frente a las exigencias de informarse, controlar y estudiar a los terceros con los que se actúa. El presupuesto, como ha remarcado Silva Sánchez, pareciera ser la desconfianza como principio (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.84).

En su desarrollo actual, el concepto de diligencia debida (due diligence) aporta herramientas del ámbito empresarial y de Derechos Humanos, vinculando a las normas de autorregulación (empresarial)

con la regulación heterónoma (proveniente del Estado) y resultando transversal en el estudio de las violaciones a derechos humanos en el contexto de conflictos donde intervienen empresas transnacionales (CUFRÉ, *et al.*, 2018, p. 229).

En el marco del gobierno corporativo, se entiende a la debida diligencia como un proceso para la prevención de riesgos en transacciones de valores y financieras de importancia y en el diseño de actividades operativas⁴⁸. Es un análisis económico, financiero y legal que se realiza sobre la empresa que se planea adquirir, a fin de minimizar riesgos; por otro lado, se habla de debida diligencia en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para indicar la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por terceros⁴⁹.

Se trata de dos enfoques, con diferentes estándares y sujetos (el primero, las empresas, y el segundo, los Estados), que confluyen en la discusión sobre violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas. La relación entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el sector empresarial ha cobrado importancia a medida que han aumentado las actividades de las empresas en cuanto a la creación de empleo y riqueza a través del comercio, la inversión y las operaciones financieras, y debido a que los Estados miembros de este Organismo han puesto énfasis en la importancia que tiene la inversión privada en el desarrollo interno de los países.

En concreto, la debida diligencia es necesaria durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas y el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad que requiere la existencia de un responsable interno a cargo del desarrollo, coor-

48 MARTÍN-ORTEGA, Olga, La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad, en *Papeles el tiempo de los derechos*, 2013, nro. 9, ISSN: 1989-8797, en: http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/59-la-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-derechos-humanos.html (consultado 16/08/2019).

49 Puede c. LOZANO CONTRERAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho Internacional Público*, Atelier, Barcelona, 2007.

dinación y supervisión del programa de integridad.

Es de suma importancia recordar que el respeto a los Derechos Humanos ha sido uno de los principales pilares sobre los que se fundó ese Organismo Internacional, por lo que el crecimiento de la actividad económica se ha convertido en un tema de especial atención para sus integrantes, ya que es necesario evitar que las prácticas empresariales afecten a las personas y sus derechos o, en todo caso, impulsar medidas que contrarresten el daño provocado y que comprometan a las empresas a no repetir la conducta causante de afectación.

Existen avances y sistematización respecto a las obligaciones y responsabilidades de las empresas en torno a los Principios Rectores de Naciones Unidas⁵⁰, donde se entiende a la debida diligencia como un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias, para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos (CUFRÉ, et al., 2018, p. 229).

En este ámbito de debida diligencia las empresas deben tomar medidas, como obligación de hacer y no como mera abstención de generar impacto en derechos humanos⁵¹, para identificar, prevenir, mitigar y dar respuesta al impacto generado. En igual sentido se ha

50 Debe verse los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'", que fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de: a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento. Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura. Estos Principios Rectores deben entenderse como un todo coherente y ser interpretados, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible. Sobre el tema puede c. CARNEIRO FREIRE, Mary otros, Cuaderno Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos, Puerta de Entrada, Sustentia, España, 2013, pp. 19 y ss.

51 BILCHITZ, David, ¿Son los principios rectores de la ONU adecuados para regular a las empresas?, en Revista Sur, 2010, vol. 7, nro. 12, ps. 209-241, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>

leído a la diligencia debida en la modificación de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su sección de políticas generales.

5 CONCLUSIÓN

Los programas de cumplimiento no consisten sólo en prevenir irregularidades, tienen por objetivo, también, detectarlas y sancionarlas. Es al legislador al que le corresponde establecer cuál es la importancia del aspecto reactivo de los programas de cumplimiento y que importancia tendrá la colaboración de la empresa con la administración de justicia, así, podrá considerarse que la colaboración no constituirá premio alguno, o servirá como atenuante, o será tenida en consideración en la determinación de la pena o ser utilizado como un principio o criterio de oportunidad procesal, lo que constituye un estímulo más fuerte que los anteriores.

La decisión político criminal de dar importancia a la cooperación con el proceso penal de la persona jurídica, a partir del cumplimiento de los “criminal compliance program”, es una decisión importante, en cuanto afecta a la estructura profunda del proceso. El premio a la cooperación supone buscar una alianza estratégica dentro del proceso entre la empresa y el titular de la persecución pública, en otras palabras, auxiliará a los fiscales en la investigación de las causas de las infracciones económicas, y valdrá en el estudio de las formas de control del comportamiento corporativo socialmente dañoso, del control social del negocio y de la evaluación del funcionamiento del Sistema de Justicia Criminal.

En suma, la perspectiva penal y procesal penal del “compliance” obliga a los funcionarios, que deben perseguir y en su caso sancionar los ilícitos penales, a mantener la mente abierta y profunda reflexión acerca de cómo el “compliance” puede integrarse en el sistema penal, donde los operadores del sistema penal examinen los programas de cumplimiento como se examina la tipicidad o las causas de justificación.

FUNDAMENTAL ISSUES OF THE “CRIMINAL COMPLIANCE” WITH REGARD TO THE RESPONSIBILITY AND CRIMINAL IMPUTATION OF CORPORATE ENTITY

ABSTRACT

Criminal law deals with the activity of citizens aimed at the use of wealth. The appropriate responses to crimes in the business environment must weigh particularities of the criminogenic factor of legal persons, enhanced by membership in a group, the greatest injury, access to more and more sophisticated means, expert advice and difficulty in the individualization of the person in charge based on the limitations to identify the natural person whose decision and whose action was reflected in the wrongful act. In addition, from a public perspective there is a growing concern of the State for the design of a criminal policy that can respond to the growing corporate crime that uses the corporate structure as a tool for the commission of crimes; The company appears in this scheme of the criminal system as a new subject of imputation of responsibility. As a consequence of this situation, it should be borne in mind that the rise of compliance programs together with the implementation of compliance systems is usually framed within an ethical conception of business activity, which should not be confused with the taxative and subsidiary framework that characterizes criminal law, analyzing the performance of criminal compliance programs and their usefulness to condemn, exonerate or mitigate the criminal responsibility of companies and the people who run them.

Keywords: *Criminal Compliance. Corruption. Corporate criminality. Criminal compliance program. Whistleblowing. Due diligence.*

REFERENCES

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial**, en AA.VV., *La responsabilidad penal de las sociedades*, Dir.: Enrique Bacigalupo Zapater, CGPJ, Madrid: 1994.

BAUSOR, Randall. **Entrepreneurial Imagination, Information and the Evolution of the Firm**, in: R. W. ENGLAND (ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1994.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La posición jurídica del compliance officer**, en AA.VV., **Compliance y teoría del derecho penal**, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013.

BILCHITZ, David, ¿Son los principios rectores de la ONU adecuados para regular a las empresas?, en **Revista Sur**, 2010, vol. 7, nro. 12, ps. 209-241, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>

BOCK, Dennis. **Compliance y deberes de vigilancia de la empresa**, en AA.VV., *Compliance y Teoría del derecho penal*, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno Marcial Pons, Madrid, 2013.

BOTTKE, Wilfried. **La actual discusión sobre las finalidades de la pena**, en AA.VV., **Política criminal y nuevo derecho penal**: (libro homenaje a Claus Roxin), Eds.: Jesús María Silva Sánchez, Bosch, 1997.

CARNEIRO FREIRE, Mary. **Cuaderno Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos**, Puerta de Entrada, Sustentia, España: 2013.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista**, BdeF, Buenos Aires: 2005.

CUFRE, Denisse; RASKOVSKY, Rodrigo M.; LASCANO, Sofía; BOTERO, Santiago. *Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales*. Publicado en: DPyC (**Revista de Derecho Penal y Criminología-La Ley Argentina**), 2018 (agosto).

DRAZIN; SANDERLANDS. *Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing*, *Organization Science*. N° 3, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Derecho penal de la empresa e impu-**

tación objetiva, Reus S.A., Madrid: 2007.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Fórum, Belo Horizonte: 2009.

GABARDO, Emerson; MORETTINI e CASTELLA, Gabriel. La nueva ley anti-corrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas, **Revista Eurolatinoamericana De Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, N° 1, ene./jun. 2015, pp. 71-88. <https://doi.org/10.14409/rr.v2i1.4630>

GOMEZ JARA DIEZ, Carlos. **Una teoría del delito para la persona jurídica**, en AA.VV., Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas, 2ª ed., Eds.: Bajo Fernández, Feijoo, Gómez-Jara Diez, Civitas, Madrid: 2016.

GOMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona: 2015.

GONZÁLEZ BAUTISTA, Emanuel. ¿Programas públicos de cumplimiento? Hacia la prevención de los delitos de corrupción mediante el control interno de las organizaciones públicas, Publicado en: DPyC (**Revista de Derecho Penal y Criminología-La Ley Argentina**) 2019 (febrero).

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Temis, Santa Fe de Bogotá: 1999.

KUHLEN, Lothar. **Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal**, trad. Alberto Nanzer, en AA.VV., Compliance y teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Fundamento y límites del deber de garantía del empresario**, EN AA.VV., Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Madrid: 1995.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Edunisc, Santa Cruz do Sul: 2013.

LOZANO CONTRERAS, José Fernando. **La noción de debida diligencia en Derecho Internacional Público**, Atelier, Barcelona, 2007.

MARTÍN-ORTEGA, Olga, **La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsa-**

bilidad, en Papeles el tiempo de los derechos, 2013, nro. 9, ISSN: 1989-8797, en: http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/59-la-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-derechos-humanos.html

MARTINEZ OSORIO, David. **Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis de contextos (DINAC)**, de la Fiscalía General de la Nación, Colombia, 2014, p. 10, en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf>

NIETO MARTÍN, Adán. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa**, en AA.VV., Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, ISSN-e 0718-3399, N°. 5.

PARK, Tido, **Kapitalmarktstrafrecht**, Kommentar 5. Buch. Rund 1526 S. Hardcover, Nomos, 2019.

PRITTWITZ, Cornelius, **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**, trad. Nuria Pastor Muñoz, en AA.VV., Compliance y teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad de riesgo y derecho penal**. Trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, en AA.VV., Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Coord.: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN Adán, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

QUINONES, Eney, **L'évolution du droit international en matière de corruption: la convention de l'OCDE**, *Annuaire français de droit international*, vol. 49, n° 1, 2003.

RAGUES i VALLÉS, Ramón. **Whistleblowing**, Marcial Pons. Madrid: 2013.

REI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. **Revista Brasileira de Administração Pública**. Rio de Janeiro: v. 30, 1999, n.3, pp. 103-115; en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>

ROTSCH, Thomas. **Compliance y derecho penal**. Trad. Jaime Winter Etcheberry, en AA.VV., Tratado de Compliance, Dir: Raúl R Saccani y Gustavo Morales Oliver, La Ley, 2018, tomo II.

ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft**,

Herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Nomos, 2013.

SAAD DINIZ, Eduardo, **Compliance en la perspectiva de la criminología económica**, Publicado en: DpyC (Revista de Derecho Penal y Criminología-La Ley Argentina) 2019 (abril).

SIEBER, Ulrich. **Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität**. In U. Sieber, G. Dannecker, U. Kindhäuser, J. Vogel, & T. Walter (Eds.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas**, en AA.VV., Cuadernos de derecho judicial, Número 2. Dedicado a: Empresa y delito en el nuevo Código Penal Empresa y delito en el nuevo Código penal, Dir.: Enrique Bacigalupo Zapater, Madrid, CGPJ, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, **Deberes de vigilancia y compliance empresarial**, en AA.VV., Compliance y teoría del derecho penal, Eds: Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Expansión del derecho penal**, BdeF, Montevideo - Buenos Aires: 2011.

VAUGHAN, Diane. **The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster**, en Annual Review of Sociology, Vol. 25, 1999.

VÍTOLO, Daniel Roque. **Penas y sanciones**, en AA.VV., Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, Dir.: Daniel Roque Vítole, Rubinzal Culzoni, Santa Fe: 2018.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La empresa como sujeto de imputación penal**, en LA LEY 2017-F, 798 (República Argentina) • DPyC (Revista de Derecho Penal y Criminología-La Ley Argentina) 2018 (marzo).

_____. **Modelos de atribución penal en la empresa**, en AA.VV., Derecho penal empresarial, Dir.: Guillermo J. Yacobucci, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires: 2010.

**VENDA PROIBIDA
IMPRESSO COM
RECURSOS PÚBLICOS**



Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp

Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará
Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério