

Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales

POR CAROLINA ROBIGLIO (*)

I. Introducción

Con el tema propuesto(1) se denota una vez más que los delitos económicos deben estudiarse como una materia interdisciplinaria. Los penalistas aún tienen en cierta medida la mirada enfocada en las personas humanas, pero éstas, cuando se desempeñan en ámbitos organizados como son por ejemplo las empresas, según la posición que ocupen en su estructura, pierden parte de su autonomía e identidad, de modo que actúan en un contexto que a veces les impone o los alienta a tener comportamientos diferentes de aquellos que tendrían si estuvieran solos(2), y eso, ante la comisión de un

delito, agrega datos que no pueden dejarse de lado en el momento de realizar la subsunción jurídica.

En estos tiempos esa ubicación lateral que tenían las personas jurídicas en el área de lo penal, ha cambiado, y los delitos cometidos en esos ámbitos llaman a estudio a los especialistas en esa rama del derecho, pero también a todos aquellos otros expertos de diversas disciplinas —no solo jurídicas— que se dedican a acompañar desde lo legal la actividad de las empresas.

Procuraremos hacer un aporte útil e interesante para ambos grupos, en torno de la injerencia que, en caso de cometerse un delito, podrían tener en la determinación de la responsabilidad penal de las personas humanas, aquellas disposiciones dirigidas al comportamiento en el ámbito de las empresas, como por ejemplo los programas de cumplimiento.

A ese fin haremos una referencia básica a los principales conceptos relativos a autoría y participación, que está principalmente dedicada a los profesionales ajenos al derecho penal, cuyo objetivo es despejar dudas en torno de qué requisitos es necesario acreditar para atribuir responsabilidad a título de autor o partícipe de

(*) Abogada (UBA). Magister en Derecho Penal (Universidad Austral); Especialista en Tributación (UBA, Facultad de Ciencias Económicas). Especialista en Derecho Penal Económico (Universidad Notarial Argentina). Docente de posgrado de Derecho Penal Tributario (UBA y Universidad Austral). Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y del Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario. Autora de artículos y publicaciones de la especialidad. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

(1) Algunos de los conceptos utilizados en este trabajo se corresponden con los vertidos en “Determinación de autores y partícipes en los delitos cometidos en el ámbito empresarial”, publicado en ROBIGLIO, Carolina (dir.), *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Ad-Hoc, 2017, ps. 427-456.

(2) Se ha sostenido que la integración de un agente a un grupo genera distorsiones en el plano cognitivo y en el volitivo, confr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús y VARELA, Lorena, “Responsabilidades individuales en estructuras de

empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, ps. 265-286.

un delito, aún de aquellos que se cometen en ámbitos organizados, porque en nuestro sistema jurídico no existen responsabilidades objetivas desde que el principio de culpabilidad se ubica en el más elevado nivel de la jerarquía normativa.

Haremos una breve referencia a algunas de las novedades que introdujo la ley 27.401, reseñaremos criterios de determinación de los ámbitos de competencia tratando de evidenciar su función en la determinación de la responsabilidad individual en el marco de delitos empresarios, cuáles son los factores que los definen, si ahí se pueden ubicar los programas de cumplimiento, y si encontramos algún vínculo entre éstos y la determinación de autores y partícipes.

II. Generalidades sobre la responsabilidad de las personas jurídicas

A pesar de las numerosas objeciones técnicas⁽³⁾, muchos exponentes de la política criminal coinciden en la necesidad de implantar donde aún no se haya adoptado, un sistema que permita la imputación de delitos a personas jurídicas.

Las respuestas adecuadas frente a los delitos en el ámbito empresarial deben ponderar particularidades como el ya citado factor criminógeno potenciado por la pertenencia a un grupo, la mayor lesividad, el acceso a más medios y más sofisticados, asesoramiento de expertos, etcétera, 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, especialmente por razones de división y delegación del trabajo en la organización empresarial, y de la fungibilidad de los agentes⁽⁴⁾.

La receptación legislativa de estas responsabilidades penales puede hacerse mediante pre-

visiones especiales para determinados delitos, por ejemplo en algunos ordenamientos está acotada sólo a los delitos económicos —como son los fiscales, aduaneros, financieros o de la competencia—, mediante una previsión específica ubicada en las respectivas leyes penales especiales; otra de las formas de hacerlo, es con la inclusión en la parte general de los códigos penales de una norma aplicable a todos los delitos o restringida a aquellos que expresamente lo prevean en la parte especial. En nuestro país hasta ahora tenemos normas aisladas ya que incluso las que fueron incluidas en el cuerpo del Código Penal, se ubican en la parte especial y están destinadas a ser aplicadas sólo a ciertos delitos⁽⁵⁾.

Por otra parte, el aspecto más discutido en la materia una vez admitida la posibilidad de penar a las personas jurídicas, es si debe imponerse un régimen de responsabilidad del ente societario por el hecho como propio, o un esquema de transferencia de la responsabilidad de las personas físicas actuantes a la persona jurídica que representan.

Silva Sánchez⁽⁶⁾, sintetiza ambas posturas y describe las propuestas de reconocimiento de responsabilidad penal a tales entidades, como un abanico que va desde los modelos de responsabilidad por atribución —en los que la base de atribución de responsabilidad al ente se produce por una transferencia de la responsabilidad originada en el hecho cometido por una persona física determinada—, y los de responsabilidad por un hecho propio —en los que se atribuye responsabilidad a la persona jurídica como tal por sus propias acciones—.

Otras denominaciones con que se alude a una y otra forma de atribución de responsabilidad a la empresa son el castigo vicario, que coincide con el instituto de la responsabilidad por el hecho de otro, y el castigo personal social, en que la sociedad responde por hechos de sus autoridades como propios.

El autor citado individualiza al modelo de responsabilidad por atribución, partiendo de la

(3) Sobre el tema, puede consultarse BACIGALUPO, Silvina, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Hammurabi, 2001; GARCÍA CAVERO, Percy (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004; ABOSO, Gustavo y ABRALDES, Sandro *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*, BdeF, 2000.

(4) RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Económico Comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 252 y ss.

(5) Ver previsiones contenidas en el Título XIII del Código Penal.

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Normas y acciones en derecho penal*, Hammurabi, 2003, p. 69 y ss.

comisión de un hecho u omisión punibles por una persona física que integra la empresa, que representa el criterio y voluntad de ésta, y respecto de quien se evalúa la concurrencia de las categorías de acción y culpabilidad tradicionalmente conflictivas en el marco de la persona jurídica, y luego la responsabilidad de ese sujeto se transfiere a la persona jurídica en función de la relación que tiene con ésta, la cual a su vez lo convalida.

El otro modelo, de la responsabilidad por el hecho propio, no admite transferencia alguna de la responsabilidad de las personas humanas a la jurídica, sino que aún sin identificarse al autor individual, sería viable aplicar sanciones al ente como respuesta a un hecho cometido por éste, en función de su propia personalidad. En esos casos mayormente se sostiene la culpabilidad por defecto de organización o en base a la actitud criminal del grupo como fundamentos de atribución del hecho a la persona jurídica.

En este último caso, no se presenta la dificultad procesal derivada del frecuente inconveniente que se da cuando se trata de acciones cometidas en el seno de grupos de personas para poder individualizar al autor material, ya que aún con ese déficit, acreditado un resultado, se puede sancionar al ente si el hecho fue cometido en su nombre o en su beneficio y los órganos societarios no lo impidieron, o lo convalidaron. Ambas posturas cuentan con frondosa fundamentación desarrollada a partir de distintos puntos de partida y posturas filosóficas y jurídicas.

Si bien en el plano teórico son claramente diferenciadas, sin embargo no pueden descartarse los casos mixtos en las legislaciones positivas, como se puede ver en el art. 31 bis del Código Penal español, que a la vez que atribuye al ente responsabilidad por el hecho de ciertas personas físicas que detentan su representación, también prevé la responsabilidad independiente de uno y otras. Algo similar advertimos en la ley 27.401.

III. Planteos formulados a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.401

Aunque todavía en la actualidad cuando se habla de responsabilidad penal de las perso-

nas jurídicas se evidencian oposiciones sólidas a que eso sea posible y a que sea necesario, lo cierto es que hace ya muchos años la doctrina primero y algunas normas —aisladas en nuestro país y más numerosas en otros—, dieron lugar a estas responsabilidades y en la actualidad se ha impuesto de manera más profusa.

A lo largo de ese tiempo nuestra legislación fue diversa, distintas normas dispusieron responsabilidad penal de empresas, aunque con diferentes redacciones, generando a su vez interpretaciones variadas sobre las intenciones de los legisladores en torno de si se trata de la responsabilidad propia de la persona jurídica o de una responsabilidad transferida a ésta por lo actuado por determinadas personas físicas (7).

Las consecuencias distintas de una u otra postura son importantes; por ejemplo, como dijimos, en el caso de la responsabilidad propia del ente, podría condenarse por la comisión de un delito a una persona jurídica sin que se identificara y sometiera a ese mismo proceso penal a una persona humana, ya que esa clase de responsabilidad se basa en los defectos de organización del ente y no en la existencia de una persona física que con su obrar penalmente relevante sumado a la existencia de un beneficio para la empresa más la convalidación de lo actuado por parte de ésta, acarrea la responsabilidad del ente.

De la lectura de la ley 27.401 parecería surgir una doble previsión o sistema mixto al disponerse responsabilidades de más de una forma según surge de su art. 2º, cuando el delito se realiza con intervención de la empresa o en su nombre, ese resultado disvalioso se habría alcanzado por su organización defectuosa, en tanto que al referirse a los hechos realizados en su interés o en su beneficio o si los realiza un tercero sin atribuciones de representación pero con ratificación aún tácita por parte de la empresa, parece tratarse de una responsabilidad propia. Esta última interpretación se vería ratificada con el texto del art. 6º de la ley, según el

(7) Ver una reseña en ROBIGLIO, Carolina, "El art. 304 del Código Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BERTAZZA, Humberto J. y D'ALBORA, Francisco J. (h), *Tratado de Lavado de Activos y Financiación del terrorismo*, La Ley, t. I, 2012.

cual la persona jurídica puede ser condenada aunque no se haya identificado o juzgado a la persona humana que intervino siempre que pueda establecerse que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos societarios(8).

Ese aspecto de la cuestión excede la propuesta de este trabajo, pero como síntesis de esas disposiciones, creemos que la ley 27.401 ha significado una modificación al régimen de imputación penal de las personas jurídicas respecto de lo que regía en nuestro sistema jurídico hasta su sanción; a diferencia de lo que ocurría hasta ahora, en los casos alcanzados por la ley 27.401 podría recaer una condena respecto de la persona humana sola, de la persona jurídica sola, o de ambas.

Estos sistemas mixtos se ven más admitidos por la doctrina recientemente. Sin embargo, no debe olvidarse que en la actualidad se encuentra en plena actividad la “Comisión para la reforma del Código Penal” integrada por juristas de gran prestigio, que ha sido creada con el fin de redactar un anteproyecto de ley para reformar integralmente el Código Penal(9), por lo que no debe descartarse que en el futuro se incluyan disposiciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte general del Código Penal, que por tanto, serían aplicables a todos los delitos o a todos aquellos que lo admitan expresamente, por lo que habrá que prestar atención oportunamente para ver cómo se armonizan las distintas previsiones con las contenidas en las leyes especiales.

IV. Autoría y participación

El análisis de la autoría y la participación de personas humanas en los delitos cometidos en el marco de empresas es más complejo que en los delitos comunes por diversos factores. Sin embargo es imprescindible reseñar los principales conceptos que conforman las reglas generales.

IV.1. Dificultades para aplicar las reglas generales de la autoría en el ámbito empresarial

Dependiendo de su tamaño, una empresa es una organización con ciertas complejidades, con multiplicidad de personas que detentan cargos y jerarquías diversos y funciones reales no siempre acordes con aquellos, con facultades restringidas o muy amplias —que no están reguladas—, así como tareas delegadas y divididas; en nuestra materia, a ello se agrega el ingrediente propio de la disciplina tributaria que exige conocimientos técnicos; esa combinación de circunstancias, de acuerdo a las tipificaciones y la forma de organización del trabajo en la administración del ente, lleva a que sea frecuente encontrar formas de participación que se manifiestan mediante acciones aparentemente inocuas, o a través de omisiones, e incluso en muchos casos con aportes atomizados o prestados por empleados de escasa jerarquía que pueden ser reemplazados sin modificarse el resultado. Todo eso presenta alteraciones frente a las reglas tradicionales de autoría aplicadas en los delitos comunes.

Una vez realizado el injusto, la tarea investigativa para la determinación de los autores, suele comenzar orientándose hacia quienes detentan cargos con mayor jerarquía por tratarse de quienes cuentan con poder suficiente para la toma de decisiones y manejan la información sensible necesaria a tal fin; pero si como veremos más abajo, es autor quien realiza la acción o tiene el dominio de la misma, aún si es quien tiene sobre sí la obligación emanada de las normas no penales que imponen cumplir ciertos mandatos, en el contexto antes descripto, es fácil encontrar situaciones en que aquellas personas podrían haber sido parte en la toma de la decisión pero no haber realizado ninguna acción por sí mismos.

A la inversa, hay accionares desplegados entre varias personas, o llevados a cabo por una de esas personas (por ejemplo la carga de datos contables incluyendo apócrifos), pero probablemente lo hagan en cumplimiento de órdenes de sus superiores, sin margen para desatenderlas, desconociendo las consecuencias, y sin beneficiarse de ellas(10).

(8) YACOBUCCI, Guillermo J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, en LL del 27/11/2017, 1, cita online AR/DOC/3034/2017.

(9) Decreto 103/2017, publicado en el BO el 14/2/2017.

(10) Sobre los sesgos cognitivos desde la perspectiva individual véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús y VARELA, Lore-

Entre ambos extremos existen una cantidad de agentes de diversas jerarquías, con funciones variadas, por ejemplo en los niveles gerenciales, que eventualmente sin tener el contacto directo con la toma de la decisión —que se efectúa por encima de su jerarquía—o con la llevanza material de libros contables o con la confección de las liquidaciones impositivas —que se realizan por los profesionales y auxiliares contables—, tienen su ámbito operativo en esa área, dentro de la cual manejan toda la información necesaria y distribuyen las tareas que en definitiva están en condiciones de culminar con la producción del resultado ilícito, por lo que quedarían ubicados en una cierta situación de garantes de evitarlos, de modo que de acontecer, podrían tener algún grado de responsabilidad.

Ahora bien, hecha esa descripción acerca de distribución de tareas y toma de decisiones dentro de la empresa, que Feijoo Sánchez denomina “peligros de desorganización” como consecuencia del reparto de trabajo, delegación de funciones en cascada, descentralización empresarial o compartimentación de tareas(11), es necesario lograr un encuadre en términos más técnicos para la delimitación de la responsabilidad penal de cada uno de ellos.

Las personas con más altas jerarquías, tienen mayores responsabilidades en general, pero no por ello sin más se deriva directamente su eventual imputación ante un ilícito penal, ni se descarta la de otros; basta con adentrarse en las estructuras derivadas del principio de culpabilidad penal para comprender por qué no existe lo que podría describirse como una “responsabilidad objetiva” que derivaría de atribuir esa responsabilidad a un sujeto por el mero hecho de detentar un cierto cargo jerárquico en la empresa.

El elevado cargo va acompañado de responsabilidades y poderes suficientes para tomar decisiones, así como del acceso a la información relevante a ese fin, lo cual genera una obligación de desplegar alguna estrategia de

contención de riesgos, y tiene importancia en el momento de la imputación, pero sin embargo, no es el factor excluyente. Esas personas con gran poder dentro de la estructura empresarial en ocasiones están distantes de la toma de decisiones menos generales o abstractas, por ejemplo, relacionadas con un delito en particular. Esto varía de acuerdo al tamaño de la empresa ya que probablemente cuanto más pequeña sea, menos estancos serán los sectores en que esté dividida, lo que a su vez determina que más sujetos dentro de la empresa cuenten con conocimientos relevantes para la toma de las decisiones relevantes y por lo tanto haya más personas en situación de evitar el acaecimiento del resultado.

También es habitual en los distintos niveles de la organización interna de las empresas que por motivos de especialización, haya reparto de tareas y que quien se ocupa de ciertas áreas, por ejemplo las productivas o las comerciales, carezca de conocimientos e injerencia en lo que acontece en el área de administración, a pesar de tratarse de ejecutivos con elevadas categorizaciones internas.

Cuando existe distribución de tareas, no podemos dejar de hacer referencia a lo que en derecho penal se denomina ‘principio de confianza’, que se basa en el de autorresponsabilidad, según el cual cada uno debe responder por su propio ámbito de competencia, por sus propias conductas; vale decir que, como punto de partida, se responde por el hecho propio ya que el derecho no espera que todos intenten evitar todos los daños posibles, incluidos los causados por terceros(12). A tal fin, se espera que cada uno oriente su conducta de modo de no lesionar bienes ajenos. Para Jakobs se trata de un principio esencial por el cual cada uno debe ocuparse de sus propias competencias. Sin embargo, el principio de confianza cede cuando se adviertan circunstancias que hagan dudar sobre si el otro sujeto va a cumplir con las expectativas que derivan de su rol, por ejemplo si se advierte que no está cumpliendo con las prestaciones debidas, si deja de cumplir normas que rigen la actividad sectorial en la que se encuentra, o si se observa directamente

na, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, cit.

(11) FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, BdeF, 2009, p. 28.

(12) JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 21 y 29.

que va a cometer un delito (13). En caso de que acontezca alguna de las circunstancias que determinen que caiga el principio de confianza, la responsabilidad penal puede renacer en cabeza de quienes se amparaban en la intervención del otro responsable.

No obstante, aún mediando división de tareas, no se da esa situación de estar cubierto por la confianza en que el otro va a cumplir con sus deberes, cuando justamente lo que caracteriza al rol de un sujeto sea vigilar a otras personas que están bajo su dependencia (14), o si el sujeto se encuentra en una posición de garantía cuyo fin sea evitar que ese bien jurídico resulte dañado.

De esta manera nos acercamos al concepto de ámbito de competencia que mencionamos al comienzo como patrón de medida para determinar la participación criminal en la empresa. Intercalamos a continuación algunos datos generales sobre autores y partícipes y luego retomamos el análisis de los ámbitos de competencia.

IV.2. Autoría y Participación

Algunas de las características de las leyes penales derivadas directamente del principio de legalidad, determinan que deben ser claras y ciertas, y la inaplicabilidad de la analogía en esta materia, todo lo cual implica que en el marco de un concepto restrictivo de autor, ateniéndonos a la letra de los tipos penales definidos en la parte especial del Código Penal o en las leyes especiales, solamente quedarían alcanzadas las conductas propias del autor del hecho. Esto es así porque las figuras de orden general como participación, tentativa, prescripción, justificación, inculpaibilidad, que son aplicables a todos los delitos, se encuentran previstas en la parte general de los códigos penales.

Luego, para ser factible la incriminación de sujetos que no han detentado el rol de autores en la comisión de un delito, pero han colaborado, el derecho penal se extiende mediante

previsiones legales expresas, pero de carácter general, contenidas en la parte general de los códigos penales, que complementan cada tipo, y extienden la punición a otras situaciones. En palabras de Roxin, quien quiera informarse sobre determinado delito, encontrará la descripción de la conducta y la pena, previstas en la parte especial, pero también debe tener en cuenta la parte general, cuyas previsiones se aplican a todos los delitos (15).

De no existir estas previsiones en la parte general, no sería factible aplicar penas a los partícipes, en función de los principios antes comentados, que impiden aplicar penas en forma extensiva a casos no previstos expresa y taxativamente.

Veamos cuáles son las generalidades en el campo de autoría y participación, y qué previsiones tiene nuestro Código Penal.

IV.2.1. Conceptos de autor y partícipe

Para aplicar una pena de manera legítima por un delito cometido, en un juicio deben probarse todos los elementos del tipo en el que esa conducta se subsuma y de la antijuridicidad, y también debe establecerse qué personas se vinculan a la comisión de ese hecho de manera tal —elementos de la culpabilidad— que merezcan una pena —elementos de la punibilidad—. Puede ocurrir en algunos casos, que no haya ninguna duda, por ejemplo si una sola persona hubiera realizado la totalidad de los actos necesarios para producir el resultado. Sin embargo en el ámbito de los delitos económicos, como es sabido, no suele ser así, sino que por el contrario, la consumación del hecho ilícito frecuentemente resulta de la sumatoria de varios aportes de diferente naturaleza, efectuados por distintas personas, que han obrado movidos a veces por intereses diferentes, algunos de los cuales probablemente sean autores y otros, partícipes.

De acuerdo al concepto restrictivo de autor, que se corresponde con la actual legislación argentina, los tipos de la parte especial del Código Penal y los contenidos en las leyes especiales, por ejemplo la ley penal tributaria, describen

(13) *Ibid.*, p. 31.

(14) LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 127.

(15) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 47.

solamente la conducta que despliega el autor de un hecho, por tanto, las previsiones sobre participación contenidas en la parte general del código penal, conforman el mecanismo que permite extender la punibilidad a otros sujetos que intervienen en otros roles (16).

En la doctrina se ha definido la participación como el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno, consistente en un aporte al mismo, hecho en la forma de instigación o de complicidad (17). Vale decir que el autor constituye la figura central del hecho, y los partícipes son responsables en función de la extensión de la responsabilidad que surge de las previsiones contenidas en la parte general del Código Penal, por lo que la participación se caracteriza por su accesoriedad respecto del hecho atribuido al autor. En otras palabras, esto significa que para responsabilizar penalmente a un partícipe, es necesario que por ese hecho exista imputación a un autor (18).

De tal manera, como destacan los autores citados (19), la accesoriedad cumple una función de garantía limitadora contra la extensión de la punibilidad; entienden, siguiendo a Stratenwerth que la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto y se dirige contra el mismo bien jurídico que el delito del autor, sólo que en forma mediata, a través de éste. De allí se deriva que para imputar al partícipe la intervención en un delito especial, no sea necesario que reúna las calidades requeridas para el autor. Por ejemplo, se dice que el delito de libramiento de cheques sin fondos es especial porque el tipo exige que quien lo comete sea el titular de la cuenta corriente o alguien autorizado expresamente a operar en ella. Sin embargo, cualquier

persona que no reúna esa característica puede cometer el delito a través del hecho del autor.

Tanto la instigación como la complicidad son formas legales de extensión de la punibilidad a sujetos que no poseen el dominio del hecho, pero ponen una causa eficaz para que el mismo se realice, por lo que se dice que cocausan el resultado.

IV.2.2. Formas posibles de participación

Es instigador quien en forma dolosa determina directamente a otra persona a la comisión de un delito también doloso. La característica de la instigación, es que hace surgir la decisión delictiva en quien no la tenía.

Por otra parte, muchos ordenamientos penales, como el nuestro, efectúan una diferenciación entre dos clases de partícipes. Para ser partícipe necesario, el sujeto debe haber prestado al autor una cooperación necesaria. Quienes prestan a los autores una cooperación sin la cual el hecho no hubiera podido realizarse, son partícipes necesarios, vale decir que todo cooperador necesario es cómplice, siempre que no se trate del ejecutor, en cuyo caso será autor o coautor (20). De tal manera, será partícipe quien preste al autor una ayuda sin la cual el hecho no hubiera podido producirse.

La participación secundaria, que puede prestarse aún por omisión, consiste en un aporte causal respecto del resultado, pero no imprescindible. La evaluación de la necesidad del aporte se efectúa imaginando el hecho *ex ante* y teniendo en cuenta el plan concreto del autor (21), ya que dependiendo de las características del plan delineado para ese caso, un mismo aporte puede ser necesario o no.

El aporte del partícipe secundario, puede ser hecho mediante cooperación, auxilio o ayuda, según si fue previamente convenido con el autor, en cuyo caso la ejecución del acuerdo puede tener lugar antes o después del comienzo de ejecución; si no hay acuerdo previo ni simultáneo con el autor, sino que el aporte es hecho *motu proprio* por el partícipe; o cumpliendo con

(16) Cfr. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, 2000, p. 740; RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, Lexis Nexis, 2007, p. 375.

(17) Cfr. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *op. cit.*, p. 758.

(18) No obsta a la imputación del partícipe que el autor no pueda ser juzgado, por ejemplo si falleció o si la acción penal a su respecto prescribió, pero es necesario que exista una imputación a título de autor respecto de un sujeto para ser factible la de los demás intervinientes como partícipes.

(19) Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, ps. 760 y 761.

(20) *Ibid.* p. 756.

(21) *Ibid.* p. 770.

posterioridad al hecho una promesa efectuada antes del mismo, en cuyo caso el acto de participación es la promesa, que debe ser hecha antes de la consumación, ya que de lo contrario se trataría de autoría en el delito autónomo de encubrimiento, y no de participación secundaria en el delito cometido por el autor.

IV.2.3. Previsiones del Código Penal argentino sobre participación

El sistema adoptado por el Código Penal argentino recepta la modalidad de tipificación diferenciada de la responsabilidad de los diversos concurrentes en el hecho, al describir separadamente la intervención de múltiples sujetos en un hecho punible, en los arts. 45 y 46 de la parte general (22), que como dijimos, complementan a cada tipo contenido en la parte especial del código y en las leyes especiales (23).

El art. 47 por su parte, reafirma que es cómplice el que coopera con el autor, lo que permite inferir que en nuestro sistema los partícipes aportan a un delito ajeno, por lo que la ya citada característica de accesoriedad está fuera de discusión. A su vez, el grado de accesoriedad —limitada— se confirma en el art. 48 (24), que contiene lo que se suele denominar la ‘comuni-

cabilidad de las circunstancias’. En nuestro ordenamiento legal, la participación guarda con el injusto del autor una accesoriedad limitada, por su dependencia y vinculación, de donde se sigue que la acción del partícipe será punible siempre que además de los elementos del tipo de participación, se acrediten ciertos elementos en la acción del autor.

Siguiendo la teoría de la participación en el delito, se ha construido lo que en doctrina se ha denominado el ‘tipo de participación’. De tal manera, para aplicar una sanción penal a un sujeto como partícipe de un delito del que otro es el autor, será necesario analizar la concurrencia en el caso de todos los elementos del tipo de participación.

El hecho principal atribuido al autor, debe reunir todos los elementos del tipo objetivo (25) y subjetivo, ya que el tipo de participación exige que el hecho principal doloso sea típico y anti-jurídico (26), y como la tipicidad de la participación comienza y se consuma simultáneamente con la del hecho principal, no es punible la tentativa de participación, a diferencia de la participación en un delito tentado por el autor, que sí es factible (27).

Esta conclusión deriva de la accesoriedad y dicho en otras palabras, para ser punible el partícipe, el autor debe haber iniciado la ejecución del hecho, es decir que debe haber cuanto menos entrado en la etapa de la tentativa.

Art. 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

(25) Que son sujeto activo, eventual posición de garante, sujeto pasivo o víctima, núcleo del tipo o comportamiento típico, elementos descriptivos y normativos, referencia a la existencia del resultado, relación de causalidad e imputación objetiva, en la que deben acreditarse la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del peligro en el resultado.

(26) Vale decir que no esté amparado por ninguna causa de justificación.

(27) Cfr. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, p. 762; RUSCONI, “Participación criminal”, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs.), *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 174.

(22) Art. 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Art. 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

(23) En virtud del art. 4º del Código Penal, que dice: “Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”.

(24) Art. 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

En el plano de análisis del tipo subjetivo, debe decirse que no existe la participación en delitos culposos ya que en esa categoría, dada la estructura de su tipo, solamente puede darse intervención a título de autoría, por lo que los distintos intervinientes serán coautores. Sin embargo esta última distinción no es relevante en el ámbito de los delitos tributarios, toda vez que la ley penal tributaria no tipifica delitos culposos o imprudentes.

De tal modo, sólo será típica la conducta del partícipe si es dolosa y si accede a un hecho doloso del autor. Además del conocimiento del tipo subjetivo del autor, el partícipe debe también conocer todos los elementos del tipo objetivo, comprensión sobre la que se basa el restante aspecto del tipo subjetivo, que consiste en querer el resultado lesivo del bien jurídico (28).

El dolo del partícipe debe incluir no solamente el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que configuran la ilicitud del comportamiento del autor (29), incluyendo el resultado constitutivo de lesión para el bien jurídico, sino también el conocimiento de su actuar entendido como colaboración.

Siendo requisito del tipo subjetivo de participación el obrar revestido de dolo, al no efectuarse distinciones, y no escapando el dolo eventual del concepto de dolo, se sigue que es factible que el partícipe obre con dolo eventual (30). Vale decir que basta que el partícipe se imagine el resultado como posible consecuencia de la acción del autor, a la que aún así, opta por agregar su aporte.

La acción del partícipe atenta contra el mismo bien jurídico que la del autor; tanto la

acción del partícipe como la del autor deben ser dolosas; el accionar del partícipe no es punible hasta tanto el autor haya cuanto menos comenzado la ejecución del hecho típico y antijurídico; en caso de que el hecho principal quede solamente tentado, se aplicará al partícipe la doble reducción de las penas prevista en el art. 47 del Código Penal; y por último, que el partícipe carezca de las calidades requeridas para el autor si se trata de un delito especial, no obsta a su imputación (31).

En síntesis, las reglas generales del código penal determinan la extensión de la punición penal a personas que no son autores de delitos pero que han contribuido, actuando de alguna forma para que el resultado aconteciera.

IV.3. Actuar en lugar de otro

En los delitos especiales, existe una exigencia típica por la que el autor debe revestir determinada calidad impuesta por el legislador, sobre la base de su cercanía al bien jurídico o de su particular posición de poder respecto de este, que le permite disponer del mismo (32).

La dificultad se presenta cuando quien realiza la acción típica no reviste dicha cualidad. En la parte general de algunos códigos penales se ha dado respuesta a esa situación mediante previsiones de extensión de la autoría (33), por ejemplo el Código Penal español en su art. 31 dispone: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de de-

(28) Otras posturas más recientes sobre el dolo, efectúan variaciones respecto de sus elementos. Por ejemplo, conf. RAGUES I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado, Bogotá, 2002.

(29) Confr. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal*, Ad-Hoc, 2009, p. 438.

(30) Como explica Esteban RIGHI en *Derecho Penal*, p. 214, cabe recordar que el dolo eventual reúne las mismas características del dolo directo, con la única diferencia de que el resultado no es de producción necesaria, vale decir que el sujeto dirige voluntariamente su accionar tomando ese resultado como posible consecuencia de su obrar.

(31) Confr. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996, ps. 177 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, 1997, Apartados 21, 22, 23 y 24; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, BdeF, 2005, Lecciones 14 y 15; STRATENWERTH, *Derecho Penal I*, Hammurabi, 2005, Sección 12; ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *op. cit.*, Capítulo XXIV.

(32) Por ejemplo en el delito de falso testimonio, solamente el testigo puede ser autor. En la ley penal tributaria vemos alusiones a los autores como "el obligado", "el agente de retención o percepción", "el empleador", etc.

(33) Sobre el tema, puede verse GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

lito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Como se ve, mediante ese tipo de previsiones se sorteaba el obstáculo que impediría imputar como autores a quienes realizan la acción típica, pero carecen de la cualidad especial requerida. De todas maneras cabe la aclaración de que nada impide que faltando una disposición como la transcripta, esos sujetos pueden responder a título de partícipes, en tanto otro sujeto que sí cuente con la cualidad, haya realizado la acción como autor.

Respecto de las fórmulas de responsabilidad penal denominadas “actuar en lugar de otro”, explica Yacobucci que se utilizan para alcanzar al sujeto individual buscando solucionar un problema de tipicidad e imputación en el ámbito de la empresa, ya que se recurre a esta figura cuando se pretende alcanzar con la imputación penal a algún directivo por un delito especial en que el sujeto físico no posee las características indicadas en el tipo penal para responder como autor, pero sí se presentan en la empresa o en otro sujeto. Esto se observa no sólo en el citado art. 31 del Código Penal Español, sino también en el parágrafo 14 de Código Penal Alemán (34).

El Código Penal argentino no cuenta con una previsión general de esa clase en su actual redacción, pero nuestra ley penal tributaria (35) tiene una disposición similar en el párr. 1º del art. 14, por el que se establece que “Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de

vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

Esto significa que la cualidad especial propia de la persona jurídica se extiende por disposición de la ley a quienes actúen por ella o en su beneficio, siempre que hayan intervenido en el hecho. De tal manera, entendemos que la previsión del art. 14 no implica una excepción a las soluciones del derecho penal general común, no modifica las reglas de la participación contenidas en los arts. 45 y 46 del Código Penal.

Normas similares a la del párr. 1º del art. 14 de la ley penal tributaria transcripto, se observan en el art. 57 de la ley de residuos peligrosos y en el art. 32 de la ley de riesgos del trabajo (36).

IV.4. La omisión

Zaffaroni, Alagia y Slokar (37) explican la diferencia entre la estructura típica omisiva y la comisiva destacando que ésta última describe una conducta prohibida mientras que en la omisión hay tipicidad cuando la conducta realizada no coincide con la debida.

Para que una omisión sea penalmente relevante, brevemente cabe repasar, debe verificarse la concurrencia de varios elementos. En el plano objetivo de los tipos omisivos, en primer lugar existe una situación objetiva típica que es aquella de la que surge el deber de realizar determinada acción. Puede tratarse de una situación descripta en la propia norma penal –delitos omisivos propios– o ser directamente la afectación de un bien jurídico –delitos omisivos impropios–. Luego se observa la realización de una conducta distinta de aquella debida en función de esos deberes, que no esté orientada a cumplir su fin.

(34) YACOBUCCI, Guillermo J., “III Corso Internazionale: La Responsabilità al Interno de la Empresa - La Delegación de Funciones”, disponible en <http://www.austral.edu.ar/web/derecho/FOTOS/III%20CORSO%20INTERNAZIONALE.PDF>.

(35) La ley penal tributaria establecida en el art. 279 de la ley 27.430 (BO 29/12/2017) sustituyó a la ley 24.769, que fue derogada.

(36) Véanse comentarios al respecto en KRASCHINSKY, Alex, “Problemas probatorios y sustantivos de la intervención criminal de los extraños a la organización de la empresa. Un antes y un después de la responsabilidad de la persona jurídica” en CASTEX, Francisco (dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTÍNEZ, Sebastián (coords.), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ad-Hoc, 2018, ps. 181-195.

(37) ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *op. cit.*, p. 542.

Es necesario también que el sujeto haya estado en situación material de realizar la conducta debida, ya que de lo contrario, se le estaría imponiendo una obligación imposible de cumplir.

Por otra parte, se requiere la concurrencia de un nexo entre el resultado y la potencialidad de la conducta ordenada en aras de evitar que acontezca el resultado típico. Esto se relaciona con la posibilidad de que la realización de la conducta debida —omitida— hubiera permitido evitar el resultado y debe comprobarse evaluando si interponiendo la conducta debida el resultado desaparecería; en caso de que el resultado igual se hubiera producido, no habría tipicidad omisiva.

En esta clase de delitos, cuando se trata de una omisión propia, cualquier persona puede ser su autor, toda vez que la obligación de actuar de determinada manera surge de la propia ley y pesa sobre cada persona, en función de un deber general de solidaridad; en cambio en los delitos impropios de omisión, es autor quien se encuentre en la situación típica (38), porque tiene un particular vínculo con el bien jurídico protegido, que le impone a ciertas personas—no a cualquiera—, un determinado deber de actuar y por tanto quedan ubicados en esa posición de garantes.

Para transpolar estos conceptos a los delitos empresarios, cabe destacar el criterio de Schünemann (39), según el cual, sin perjuicio de existir otras posturas dogmáticas, la posición de garante dentro del ámbito de la empresa se funda sólo en el principio de dominio, y los delitos especiales —entendidos como delitos de garante regulados por el legislador—, pueden derivar del dominio del control sobre la fuente de riesgo o del dominio de la protección sobre el bien jurídico; luego, la responsabilidad del agente que actúa en la empresa, puede entenderse a partir de una transferencia y aceptación por parte de éste, de la posición de garante, a

través de la cláusula de actuar en nombre de otro.

De tal manera en estos casos, el sujeto activo será, de los agentes de la empresa, el que omita realizar la conducta debida encontrándose en posición de controlar los riesgos o de proteger el bien jurídico. Cabe recordar que el garante no solamente debe evitar lesionar el bien jurídico, sino que también debe procurar evitar que otros lo hagan, dados los deberes de cuidado que pesan sobre él.

Como se puede apreciar, la figura de la posición de garante es esencial en términos de definir la autoría en casos de omisión, pero como destaca Sánchez Vera Gómez Trelles, la teoría de infracción de deber referenciada más arriba, genera importantes aportes no sólo en el ámbito de la omisión, sino también para la teoría de la participación delictiva (40).

Creemos que la delimitación de posiciones de garante en cada situación —aun no siendo casos cometidos estrictamente bajo formas omisivas—, es una herramienta invalorable para definir ámbitos de competencia en el marco de organizaciones complejas.

V. Los ámbitos de competencia

V.1. La responsabilidad penal de la empresa no excluye la responsabilidad penal individual

Los legisladores y algunos autores pueden haber entendido que mediante la modificación legislativa por la que se sanciona a las personas jurídicas, además de penarse a éstas, a la vez, se solucionaría la dificultad ya descrita en torno de la identificación y atribución de responsabilidad de las personas humanas intervinientes en la comisión de ciertos delitos.

Sin embargo, aún así, los problemas tradicionales para atribuir responsabilidad a título de autor y de partícipe en delitos cometidos en contextos de grupos de personas cuyo aporte al hecho no es siempre nítido, como ocurre dentro de las empresas, no están resueltos; se agrega

(38) *Ibid.*, p. 547.

(39) SCHÜNNEMANN, Bernd, “Sobre el Estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en SCHÜNNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*, Editorial Idemsa, Lima, 2006, ps. 247-273, p. 271.

(40) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, 2002, p. 183.

que ahora puede sancionarse también al ente pero sólo en ciertos casos.

Adelantábamos que de acuerdo a la interpretación que creemos ajustada a la letra de las diversas normas aisladas que preveían hasta ahora responsabilidad penal de los entes, se había adoptado un sistema de responsabilidad transferida, por lo que correspondía aplicar penas a la persona jurídica en la medida que se hubiera determinado la responsabilidad de personas humanas y acreditado unas circunstancias adicionales, tales como el haber actuado en nombre o beneficio de la empresa y que los órganos de ésta hubieran convalidado lo obrado.

Con la ley 27.401 se permiten otras situaciones en que corresponderá la punición de empresas por la comisión de cierta clase de delitos en ella enumerados taxativamente. Sin embargo, aún con su novedosa redacción, de verificarse uno de esos delitos, en algunos casos será necesario determinar quiénes han sido sus autores y partícipes para luego establecer la responsabilidad del ente, pero en todos los casos, resulta imprescindible efectuar esa determinación porque esas personas físicas deben responder penalmente por su propia responsabilidad derivada de su intervención en el hecho, independientemente de todo lo que se relacione con la pena que eventualmente le pueda o no corresponder a la persona jurídica.

En síntesis, sea que corresponda o no aplicar una pena a la empresa, es necesario individualizar ajustadamente las responsabilidades individuales.

Ante un homicidio, el punto de partida de la imputación es el mandato de no matar y no se presentan dificultades —a lo sumo serán probatorias— para la atribución de responsabilidad a una persona física por el resultado, pero en los delitos económicos cometidos en ámbitos de actuación complejos y regulados, probablemente sea necesario realizar una investigación previa sobre las obligaciones y deberes no penales de cada uno dentro de la empresa y he ahí la referencia a los ámbitos de competencia.

Se trata de la búsqueda del equivalente al mandato general de no matar del ejemplo ante-

rior, que en este caso es un mandato personalizado para cada agente o para cada categoría de ellos dentro de la empresa y permite establecer en cada caso en particular qué funciones, conocimientos y facultades tenía cada persona física y por tanto qué podía esperarse de él, que debía hacer y qué podía hacer en cada circunstancia, para luego comparar lo que se encuentre acreditado que ese sujeto hizo u omitió en el caso concreto, y así realizar la subsunción legal y determinar la responsabilidad, mediante la aplicación de las reglas generales establecidas en los arts. 45 y 46 del Código Penal.

Veamos ahora cómo se conforman esos ámbitos de competencia.

V.2. Factores que definen los ámbitos de competencia en la empresa

a) Infracción de un deber. Dijimos que algunas formulaciones dogmáticas han procurado dar respuestas a los interrogantes que se plantean en torno de la participación criminal en los delitos vinculados a los negocios, en función de algunas de sus características principales como son sus aspectos altamente técnicos, el hecho de que suelen ser cometidos con el aporte de varias personas y que sobre algunas de éstas recaen ciertas obligaciones emanadas de disposiciones no penales.

Como quedó ya reseñado, se han efectuado importantes desarrollos sobre la autoría entendida como la infracción de un deber extrapenal, y aún siendo evidente la utilidad de esta figura en los delitos del ámbito empresarial y de los negocios, no parece tratarse de un criterio que pueda aplicarse solo y que excluya a los demás. En este sentido es interesante la advertencia que efectúa Pizarro Beleza⁽⁴¹⁾ cuando señala que el sujeto que cuenta con la condición especial requerida para ser autor de un tipo especial —*intraneus*—, puede ser partícipe del delito.

(41) PIZARRO BELEZA, Teresa, “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?”, en AA.VV., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, JM Bosch, Barcelona, 1995, p. 349. Ver también el desarrollo del tema en GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, *Delitos de infracción de un deber*, Ad-Hoc, 2006, p. 24 y ss.

Esto, a su juicio, demuestra que la condición de titular del deber extrapenal no permite atribuir al sujeto interviniente directamente la autoría del hecho; será autor, si además de tener la cualidad, obra con dolo y domina o codomina la ejecución de la acción, lo que lleva a esta autora a concluir que para delimitar el concepto de autor en los delitos especiales de infracción a un deber, es necesario utilizar conjuntamente los criterios de la titularidad del deber extrapenal y del dominio del hecho.

Dicho esto, en la labor de evaluación de las competencias dentro de la empresa, existe la formulación dogmática por la cual se intenta definir al autor en función de ser titular de un deber extrapenal, pero ese parámetro solo no bastaría si se procura efectuar una imputación respetuosa del principio de culpabilidad. Es necesario complementar la titularidad del deber extrapenal con otros elementos.

Cabe acotar otra consecuencia de la existencia de deberes extrapenales, esta vez en el ámbito de la ya aludida figura que en doctrina se conoce como principio de confianza, que es propia de las actividades llevadas a cabo entre varias personas. Por el principio de confianza, un sujeto puede pretender sostener la inexistencia de su responsabilidad penal sobre la base de que existe alguna otra persona que tiene a cargo atender las obligaciones incumplidas que derivaron en el ilícito. Pero, tratándose de un ámbito muy regulado, frecuentemente en este ámbito, dicho principio de confianza no existe o cede, justamente en virtud de existir obligaciones normativas propias sobre esos sujetos, que son indelegables.

Entonces, dado un resultado ilícito en el contexto complejo descripto, ponderando por un lado la naturaleza del delito cometido, y por otro, los cargos y facultades derivadas de cada jerarquía, conocimientos generales o especiales con que cuenta cada uno de los sujetos, tareas que pueden tener asignadas en particular, capacidad para tomar decisiones, o impedimentos para obstaculizar o cuestionar directivas que se concreten en aportes a un ilícito, se aprecia la necesidad de determinar dentro de

la estructura empresaria cuál es el ámbito de competencia de cada una de esas personas (42).

En síntesis, como señala Feijoo Sánchez (43), en los hechos delictivos de empresas, lo decisivo no es quién ejecuta de propia mano las acciones ni quién tiene mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial, sino que debe atenderse a la asignación material de competencias. Más aún, no existen diferencias materiales entre supuestos en que administradores o trabajadores de una empresa realizan la conducta delictiva en relación a los deberes de la empresa, sean positivos o de no hacer, en un caso ha de establecerse quién era el responsable de evitar que se produjera ese resultado, y en el otro quién tenía a su cargo el deber de cumplir con ciertos deberes especiales, por ejemplo con las obligaciones tributarias formales y materiales, con las derivadas de las normas sobre riesgos de trabajo, de prevención de blanqueo de capitales, etcétera.

De tal forma, como dijimos, delimitar ese ámbito de competencia es el paso previo y punto de partida necesario para tornar factible la atribución de responsabilidad aplicando las reglas generales de autoría y participación.

b) Principio de confianza. Antes de avanzar en la formulación de los elementos que conforman el ámbito de competencia, señalamos que el principio de confianza cede o no se verifica en los casos en que haya obligaciones legales que son indelegables. Al respecto cabe hacer un paréntesis para destacar que la delegación de funciones y tareas dentro de la empresa no releva de la responsabilidad de controlar, ni excluye la responsabilidad del delegante, toda vez que quien delega, conserva la condición de destinatario de la norma que impone la obligación. En esos casos, sea que haya un reparto de las tareas o que éstas se encuentren derivadas para que las realicen otros agentes, cada uno debe, dentro de su competencia realizar todo cuanto le corresponda para evitar que el bien jurídico se vea lesionado, porque conserva el deber de control sobre aquello que ha delegado (44).

(42) FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, ps. 27 y ss.

(43) *Ibid.*, p. 267.

(44) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 117 y ss.

En tales casos, continúa pesando sobre quien delegó, el deber de controlar el resultado, vale decir que aún si encomienda realizar ciertas tareas a sus subordinados, debe coordinar y controlar lo que éstos hacen, como también queda dentro de su esfera la selección de personas idóneas a quienes delegar, capacitarlas, ponerles a disposición los elementos necesarios para realizarlas, etcétera.

c) Estructura de los tipos de omisión impropia. Algunos autores consideran que en el contexto descripto, la imputación de delitos en el ámbito empresario debe realizarse utilizando la estructura de los tipos de omisión impropia. Se trata de casos, como se vio más arriba, en que la indicación de autoría está dada en principio por la ubicación en posición de garante, aún cuando no se trate de los delitos comúnmente identificados como “especiales”, ni necesariamente cometidos mediante omisiones.

Esa posición deriva en principio de las ya abordadas obligaciones extrapenales, y también, en gran medida, de los deberes de supervisión dentro de la empresa y de los sistemas de control de los riesgos empresarios que con el paso del tiempo se adicionaron a los tradicionales controles sobre los riesgos de gestión, y que son fuente de responsabilidad por omisión en el derecho penal económico (45).

Un ejemplo de este fenómeno son los oficiales de cumplimiento creados por la ley 25.246; excede este trabajo evaluar cuál es su omisión penalmente relevante, es decir si para cumplir con su deber y evitar la responsabilidad penal basta con que informen a sus superiores o a los encargados de determinadas áreas de la empresa acerca de las conductas sospechosas detectadas, o si se espera de ellos que hagan algo más, por ejemplo que realicen alguna acción positiva para evitar la comisión del posible delito.

Entonces, para la determinación de los ámbitos de competencia dentro de la empresa, no son un concepto ajeno lo que en los delitos de omisión denominamos deberes de garantía; aún en supuestos de conductas activas, el rol que hasta ahora se vinculaba con el concepto

de la figura del garante en los delitos omisivos, es de gran utilidad.

Ahora bien, es necesario determinar cómo está conformado el entramado normativo que configura las posiciones de garante dentro de la empresa ante las obligaciones de distinta naturaleza y delimita esos ámbitos de competencia. A tal fin de echarse mano de los regímenes específicos de la actividad en cuestión, por ejemplo para los casos de evasiones tributarias, en nuestro sistema procedimental tributario — que da contenido a muchos de los elementos normativos de los tipos de la ley penal tributaria—, existen una cantidad de previsiones que colocan a sujetos que revisten determinadas ubicaciones en las empresas contribuyentes en posición de garantes del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Por ejemplo, los arts. 5 y 6 de la ley 11.683 definen a los obligados por el pago al Fisco de los tributos propios y de terceros, y para este último caso, específicamente dispone que han de afrontarlos con los recursos que administran, perciben o de los que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables, bajo riesgo de ser pasible de las sanciones previstas en esa ley.

d) Reglamentos internos. Reiteramos que la atribución legal de obligaciones no es suficiente por sí sola para determinar la autoría de un ilícito, pero contribuye para la delimitación de los ámbitos de competencia. Si bien cada ente cuenta con una cierta libertad de organización, además de las normas generales, debe existir algún orden interno que le permita a la empresa cumplir con sus objetivos comerciales y además ser redituable, por lo que para delimitar tales ámbitos de competencia de cada agente en un caso dado, será necesario establecer cuáles son las características de esa organización interna.

De tal manera, para realizar la mentada investigación previa a la determinación de los autores y los partícipes, se torna necesario evaluar en cada caso cómo es la distribución de tareas y responsabilidades conjugando todas las normas que rigen la actividad, pero también

(45) *Ibid.*, p. 119.

otros factores que no se encuentran regulados legislativamente.

Debe partirse del hecho de que para que una empresa pueda funcionar, sus responsables han de adoptar algún sistema de organización interna y tienen obligaciones y compromisos hacia el Estado —nacional, provincial y municipal—, hacia los entes y personas con los que interactúan y también hacia los agentes del interior de la empresa, todos, generadores actuales o potenciales de responsabilidades.

Quedó expuesto el ejemplo de la normativa tributaria y procesal fiscal como fuente de responsabilidades. De idéntica jerarquía son las normas mercantiles y societarias, tales como aquellas que imponen a los directores el deber de cumplir con el objeto social de la empresa y por lo tanto reenvían al contrato social o estatuto; además, junto con los miembros de los órganos de control de las sociedades anónimas pesa sobre ellos el deber de lealtad (46), que se vincula directamente con el deber de actuar en cumplimiento de las leyes, el acatamiento del estatuto social y de las decisiones de la asamblea. Estos deberes se refuerzan con las previsiones del Código Civil y Comercial, relativas a la culpabilidad en el derecho privado (47).

De tal forma, al aceptar ocupar cierto cargo en el órgano de administración de una empresa, se asume una obligación de adoptar precauciones. Tomar estas cautelas, en nuestro

ordenamiento no es algo optativo, ya que no hacerlo determina el nacimiento de responsabilidades patrimoniales; y tampoco es algo que actualmente pueda hacerse de forma intuitiva, sino que existen métodos de gestión en procura de lograr la máxima eficiencia, sistemas de auditorías internas y externas, acceso al asesoramiento, mecanismos de controles internos, estándares para las buenas prácticas profesionales y técnicas, y una cantidad de institutos propios de la disciplina de administración de empresas y de auditoría que están orientados a que esas precauciones sean eficientes.

En este punto es necesario hacer una referencia a los reglamentos internos de las sociedades comerciales, que se definen como un conjunto ordenado de preceptos complementarios del contrato o estatuto, establecidos con el objeto de regir el funcionamiento de los órganos sociales en aspectos no previstos en la ley ni en dichos cuerpos normativos (48). Para las empresas no es obligatorio dictarlos, pero se encuentran mencionados en la ley general de sociedades comerciales (49), y se considera que son fuente de obligaciones para los órganos societarios, ya que los reglamentos establecen la obligatoriedad de su régimen para los directores y síndicos, y en algunos casos, para los socios (50).

Del juego de todas esas normas surge el deber de los directores y de los administradores de desempeñarse dentro de la ley y en beneficio de la empresa y de los intereses de los accionistas, lo cual excluye realizar y consentir, dentro de su ámbito de competencia, actos que impliquen lesionar los intereses de la sociedad, de sus socios o de terceros ante los que habrá de responder —y por tanto implican un daño para el ente societario—, y obviamente, incurrir en ilícitos, sea por acción o por omisión.

(46) Bajo el título “Diligencia del administrador: responsabilidad”, el art. 59 de la Ley General de Sociedades 19.550 dispone que “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

(47) El art. 1725 del Código Civil y Comercial dispone: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

(48) MARINELLI, José Luis, *Reglamentos internos de las sociedades comerciales*, Ad-Hoc, 2007, p. 19.

(49) Ver arts. 5º, 167, 251, 274, 275, 294 inc. 9º, 296, 297, 302, 303 de la ley 19.550.

(50) MARINELLI, José Luis, *op. cit.*, p. 25. Según el autor citado, la obligatoriedad surge al establecerse responsabilidades y sanciones por su violación, principalmente de los arts. 251 y 274 de la LGS.

Vale decir que de acuerdo al juego de esas normas, se tornan en sujetos que deben velar por los intereses de la empresa y de los accionistas, lo cual los ubica en ciertos casos en la mentada posición de garantes; su deber es entonces, no solamente no cometer delitos, sino también evitar que otras personas los cometan en el contexto de la empresa (51).

Creemos que se deriva sin esfuerzo que estas disposiciones contribuyen a conformar los ámbitos de competencia de los sujetos que conforman los distintos estamentos de personal de la empresa.

V.2.1. Programas de cumplimiento

Otras elaboraciones doctrinarias se abocarán al análisis del concepto y características de los programas de cumplimiento en profundidad, pero en este pasaje, creemos necesario hacer unas observaciones desde la óptica del derecho penal, sobre lo que podríamos ubicar como el inc. e) de la enumeración del acápite anterior —que no es taxativa—.

En efecto, los programas de cumplimiento nacieron como instrumentos relacionados con reglas de actuación y con la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica; sin embargo, constituyen un elemento útil para la determinación de ámbitos de competencia dentro de la organización societaria, que a su vez, como dijimos sirven para evaluar la responsabilidad individual de los sujetos.

Por eso, no podemos dejar de hacer referencia a las reglas de cumplimiento —que adicionalmente también tienen valor para evaluar la concurrencia de dolo en el obrar de los sujetos dentro de la empresa—. La existencia de ese tipo de regulaciones internas, es un elemento relevante en una investigación por la comisión de un delito, para realizar la atribución de responsabilidades en los términos que venimos exponiendo.

Destaca Cigüela Sola (52) que los *compliance programs* forman parte de la práctica empre-

sarial y el estudio de la responsabilidad penal colectiva queda incompleto si no se alude a ellos. Cuando se hace referencia a *compliance* se abarca el concepto genérico referido a las medidas destinadas a fomentar los valores éticos en la empresa llevando a cabo la actividad de manera respetuosa de todas las leyes, y también al intento de establecer un sistema de prevención, control y detección de riesgos penales y de adecuar la estructura de la empresa a lo que exige el ordenamiento jurídico (53).

Bacigalupo advierte que en la teoría, se considera que los directorios de las empresas deben cuidar que éstas y sus órganos actúen en consonancia con el derecho vigente y las reglas de cumplimiento no se limitan al mero deber de observar los mandatos jurídicos, sino a instaurar un departamento especial de control y de vigilancia así como establecer procedimientos dentro de la empresa para asegurar la observancia de los mandatos jurídicos; de tal manera, se entiende que el sistema de *compliance* incluye un abordaje integral de la cuestión, desde el análisis de los riesgos jurídicos, la determinación de actuar contra las irregularidades, adoptar los recaudos para restablecer una organización orientada a ese fin, designar un responsable de *compliance*, fijar una política de capacitación jurídica, documentar las medidas que se adopten, así como las irregularidades descubiertas y el curso de acción ante las mismas (54).

En esta línea, se define a los programas de cumplimiento como el conjunto de esfuerzos sistemáticos realizados por los integrantes de una empresa para asegurar que las actividades de la misma sean llevadas a cabo sin vulnerar la legislación aplicable. El programa de cumplimiento debe tender a que la empresa no reciba sanciones, mediante la reducción de conductas delictivas en el desarrollo de la actividad comercial y se realiza a través de un plan para actuar con estricto apego a la legalidad y estableciendo un adecuado sistema de monitoreo de su cumplimiento (55).

(53) *Ibid.*, p. 342.

(54) BACIGALUPU, Enrique, *Compliance y Derecho Penal*, Hammurabi, 2012, p. 134.

(55) ARTAZA VARELA, Osvaldo, "Programas de cumplimiento", en MIR PUIG, Santiago - CORCOY BIDASOLO, Mirentxu - GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Respon-*

(51) GARCÍA, Luis M. y LLERENA, Patricia, *Criminalidad de empresa*, Ad-Hoc, 1990, p. 47 y ss., también ver FEIJOÓ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 27.

(52) CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal*, Marcial Pons, 2015, p. 341.

Para cumplir adecuadamente con ese objetivo, es conveniente que los programas de cumplimiento sean dinámicos y se actualicen regularmente; tienen relación con la gestión, la administración, organización y control dentro de la empresa y con el manejo de técnicas de control de riesgos, por ello es imprescindible que atiendan la estructura de la empresa y las particularidades de la actividad.

Suelen incluir códigos de ética, mecanismos para promover la cultura de cumplimiento de la ley dentro de la empresa, protocolos de actuación ante determinadas situaciones, reglas para prevención de delitos en particular, capacitación del personal, reglas para la delegación adecuada de los poderes o facultades, controles internos y mecanismos de monitoreo de cumplimiento. En nuestro sistema jurídico, la reciente ley 27.401 en su art. 23 bajo el título ‘Contenido del Programa de Integridad’, enumera algunos de los elementos que debe contener.

Estas reglas, tanto procuran evitar la comisión de infracciones como detectarlas y actuar en consecuencia, sea revirtiendo los efectos, identificando a los responsables o formulando denuncias. Pero, a la vez que evitar la comisión de delitos y prever mecanismos de detección, los programas deben dar respuesta a la compleja situación que deriva de que la empresa es un factor generador de riesgos, pero no admite controles externos directos, ya que el Estado debe aceptar ámbitos de autorregulación organizativa en las mismas (56). De tal manera se deben compatibilizar la efectividad del programa, con la necesidad de que no interfiera en los objetivos comerciales de la empresa y su competitividad.

Sobre programas de cumplimiento hay muchos trabajos valiosos y dada la trascendencia del tema en el interés propio de varias disciplinas, habrá, seguramente, muchos más; pero

por la vinculación y consecuencias con el tema planteado en esta ocasión, debemos reiterar que las herramientas propias de la buena administración de la empresa tienen importancia y utilidad cuando se trata de desentrañar las responsabilidades penales de los agentes que las integran.

En este sentido, se sostiene que la estructura de un código de *compliance* es variable ya que debe corresponderse con la realidad de cada empresa y su actividad, pero se sugiere que tenga contenidos que permitan delimitar adecuadamente las relaciones internas que se esperan dentro de la empresa, por ejemplo que los accionistas, el directorio y los empleados tengan un acápite en el que se indique la conducta esperada de ellos en la organización interna, en el cumplimiento de metas, en las relaciones entre compañeros de trabajo, supervisión, cumplimiento de procedimientos y sistemas de trabajo, búsqueda de la excelencia y el desarrollo personal, etcétera (57), aspectos que conforman los mentados ámbitos de competencia.

Con los sistemas de control interno que se aplican en la actualidad —aunque dependiendo de la envergadura de la empresa—, es posible que las conductas de cada integrante de la persona jurídica queden de alguna manera registradas; eso permitiría advertir e identificar errores —cada vez menos probables— o conductas desviadas respecto de aquellas que conforman el plexo de obligaciones de ese agente en su contexto, aspecto en el cual tienen un rol fundamental los sistemas de *compliance*. En ese sentido se ha sostenido que un programa de *compliance* eficiente debería generar sistemas de control escalonados imposibles de evadir, excepto mediante maniobras complejas; esto lleva a la conclusión de que en tales casos, si se han logrado saltar los sistemas, sin dudas habría sido de forma dolosa (58).

sabilidad de la Empresa y Compliance, BdeF, 2014, ps. 231-271, p. 237.

(56) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, ARA Editores, 2016, ps. 211-272, p. 223.

(57) PUYOL, Javier, *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ps. 119 y 274.

(58) ALESSANDRETTI, Rosario; CONDE - Gabriela; DUBINSKI, Andrés - LORICCHIO, Romina - VILLAR, Martín, “Ignorancia deliberada, compliance y derecho penal”, en CASTEX, Francisco (dir.) - DUBINSKI, Andrés - MARTÍNEZ, Sebastián (coords.), *op. cit.*, ps. 61-93.

Dicho eso reiteramos que además de contribuir a la conformación de lo que sería cada ámbito de competencia, estas herramientas tienen una cierta potencialidad para evidenciar que algunas conductas sólo pudieron haberse realizado de forma dolosa; llevado eso al plano procedimental penal, podemos decir que serían de utilidad para la prueba del dolo, aspecto complejo dentro del universo de la prueba.

En ese orden de ideas, destaca la doctrina que como consecuencia de la implementación de códigos de *compliance*, los agentes de cualquier empresa deben cumplir estrictamente la legalidad, y los directivos están obligados de manera particularizada a conocer las leyes y reglamentaciones que afecten a sus respectivas áreas de actividad, y deben asegurarse de que quienes dependen de ellos dentro de la empresa, reciban la información y la formación que les permita entender y cumplir las obligaciones de su función y cuáles son los procedimientos adecuados para realizar su trabajo (59), como síntesis de lo cual verificado un resultado, es probable que no haya obedecido a un error.

V.2.2. Evaluación de los programas de cumplimiento

En función de la libertad para su diseño y de la complejidad de la administración de cada empresa, es importante, llegado el caso, la valoración judicial que se efectuará respecto de los programas o manuales. Debe tenerse en cuenta que ante la comisión de un delito, la mera existencia de un programa de cumplimiento no habilita a deslindar responsabilidades que en verdad se tienen. Por tal razón en cada caso será necesario ponderar adecuadamente el manual en función de su contenido contrastado con las particularidades de la empresa, ya que, por ejemplo podría haberse adoptado un programa que prevea unos controles sólo aparentes, en cuyo caso, no cumpliría con su cometido y además, en ese caso, su valor como indicador de áreas de competencia sería muy relativo.

Entonces, en materia de investigación de delitos, es insoslayable que la evaluación de cada programa de cumplimiento sea efectuada en concreto, no solamente ponderando su conte-

nido aisladamente, sino relacionándolo en particular con la empresa a la que pertenece.

Existe al menos un caso de reglas dictadas para valorar judicialmente los programas de cumplimiento, que son las emergentes del parágrafo §8.B.2.1 de las *Sentencing guidelines* (60) que, dentro del capítulo destinado al juzgamiento de empresas, dan a los jueces de Estados Unidos, herramientas para evaluar si un programa de cumplimiento en concreto, es idóneo.

En Estados Unidos, reafirma la importancia de estos lineamientos no sólo el hecho de que son los destinados a ser usados por los jueces al dictar sus sentencias, sino también que son tenidos en cuenta por las empresas y sus asesores —junto con otras disposiciones vinculadas al tema, como por ejemplo las emanadas de la *Sarbanes Oxley Act* (61)—, como un marco o modelo para elaborar sus programas de cumplimiento.

De acuerdo a la guía aludida, se consideran efectivos los programas que demuestren diligencia para prevenir y detectar conductas criminales y para promover una cultura empresarial de conducta ética y compromiso con el cumplimiento de la ley.

Según sus diversos apartados, esa diligencia se aprecia en determinadas previsiones, por ejemplo que se prevea que el directorio de la empresa —o su equivalente— tenga acceso

(60) Emanadas de la *United States Sentencing Commission* bajo el formato de *Guidelines Manual*. Disponibles en <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/archive>.

(61) Se trata de una ley dictada por el Congreso de Estados Unidos en el año 2002, denominada de Reforma de la Contabilidad Pública de las Empresas y de Protección del Inversor; por ella se crea una agencia estatal (*Securities and Exchange Commission* —SEC—) destinada a vigilar la información financiera que publican las compañías que operan en mercados regulados por la Comisión de Valores, con el fin de proteger la confiabilidad y transparencia del funcionamiento del mercado de valores, y además se tipificaron una serie de conductas relacionadas con el falseamiento de la información corporativa en los balances; también obligó a las empresas privadas a incrementar y asegurar el correcto planteo de sus controles internos, que a su vez tienen inferencia en los controles que alcanzan, incluso, a sus clientes.

(59) PUYOL, Javier, *op. cit.*, p. 59.

a la información y supervise directamente la implementación y efectividad del programa; que el personal de alto nivel adopte recaudos para asegurarse de que el programa sea efectivo —aún delegando tareas operativas, deben preverse reportes periódicos—; se valora que la empresa ubique en cargos con responsabilidad a sujetos respecto de los cuales no haya dudas de su compromiso con la ley, quienes deben tomar medidas para que efectivamente se cumpla el programa, deben evaluar periódicamente su efectividad, implementar un sistema de denuncias internas —que incluso se admite que sean anónimas—. El cumplimiento del programa debe ser promovido y premiado, y deben evaluarse regularmente los riesgos para ir corrigiéndolo en tanto sea necesario en función de los cambios que se adviertan.

En síntesis, se valora el rol activo de las más altas jerarquías de la empresa en el control de cumplimiento del programa, en realizar monitoreos, en evitar tomar medidas que permitan diluir responsabilidades (como por ejemplo en ciertos casos, la tercerización de algunas tareas), y en ir realizando los cambios necesarios perfeccionándolos y actualizándolos, para que la eficacia del programa sea suficiente y se mantenga. También se valora que los programas se vean acompañados de capacitaciones al personal adecuadas para fomentar el cumplimiento de las leyes; asimismo se aprecia que la elección de los integrantes de los directorios se haga entre personas comprometidas con esos principios.

En esta valoración, el tamaño de la empresa es tenido en cuenta ya que se parte de la base de que una empresa de mayor tamaño tendrá más recursos para destinar a asegurar el cumplimiento de la ley, mientras que una más pequeña puede operar con una informalidad que no sería razonable en una empresa grande.

Como se ve, el concepto de programas de cumplimiento es cada vez más nítido, y ha dejado de ser una idea abstracta, propia exclusivamente de grandes grupos empresarios internacionales.

V.2.3. *Alguna referencia a los programas de cumplimiento en las leyes vigentes*

En la Argentina la mayor experiencia en materia de programas de cumplimiento se origina en las normas relacionadas con la prevención del lavado de dinero, ley 25.246, sobre la que se dispone de abundante bibliografía. Sin embargo hace un tiempo se presentó expresamente la referencia a ellos en la ley penal tributaria, y más recientemente, en la ley 27.401.

La ley penal tributaria tiene una referencia a este tipo de normas internas que entendemos merece un comentario aparte. Según la disposición, una situación de no cumplimiento —*non compliance*— implicaría una mayor penalidad para la empresa en caso de corresponder su condena penal. Se trata de la segunda parte del art. 14 de la ley penal tributaria, en el tramo que dice “...Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes...”

Los programas pueden ser utilizados como un indicador de competencias y por lo tanto, ser un factor de atribución de responsabilidad penal por un hecho a la empresa, o, como venimos diciendo, ser un parámetro para determinar áreas de responsabilidad de las personas humanas; sin embargo, en el caso de la ley penal tributaria, la expresión no está usada en aquella acepción, sino como dice el propio texto legal, como parámetros para la graduación de las eventuales penas a imponer a la empresa en caso de condena.

Esto es así, en nuestra opinión, ya que esa previsión está insertada entre los parámetros para la graduación de las penas, en un texto normativo que parte de que estando acreditado que hubo hechos ilícitos y que fueron realizados por personas físicas, se adicionan luego las sanciones para la empresa si esos ilícitos fueron realizados en nombre, con la intervención o en beneficio de ésta. En consecuencia, las referencias a circunstancias encuadradas en la doctrina como defecto de organización, en esa norma positiva, no tienen otra función que como parámetro para la ponderación de las penas.

Diferente es la situación en la más reciente ley 27.401, que hace expresa alusión a los “programas de integridad”; en el art. 22 prevé que las personas jurídicas alcanzadas por el régimen previsto en la ley podrán implementar programas de esa clase, consistentes en el conjunto de acciones, mecanismo y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. El programa, se aclara, deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica, su dimensión y capacidad económica. Este último párrafo tiene la importancia de desterrar como herramienta de la cual la empresa podría beneficiarse, la mera adopción de un programa de cumplimiento estándar.

Por último como ya dijimos, en el art. 23 de la ley se efectúa una enumeración no taxativa de los elementos que debe contener el programa de integridad, entre los cuales se cuenta un código de ética, procedimientos reglados para prevenir ilícitos, realización de capacitaciones periódicas, etcétera (62).

La importancia adicional del programa de integridad en el caso de esta ley, está dada por los efectos que su adopción y contenido puedan implicar en función de lo establecido en torno de las consecuencias de los acuerdos de colaboración eficaz, cuyo análisis excede estas líneas.

VI. Reflexiones finales

Hemos procurado poner el acento en algunos aspectos principales de un tema que en principio podría parecer ajeno al derecho penal, pero que en realidad tiene injerencia en la verificación de la autoría y la participación de las personas humanas, y también adicionalmente, en la acreditación del dolo.

(62) El decreto reglamentario 277/2018 (BO 6/4/2018), determinó que la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401.

Creemos importante que luego de lo expuesto quede la idea de que aun existiendo previsión legal para aplicar sanciones penales a las personas jurídicas, no se elimina el eventual merecimiento de pena que pudiera corresponder a las personas físicas que hubieran realizado acciones típicas antijurídicas culpables y punibles, aunque lo hayan hecho en el marco de la actividad de una empresa.

La estructura de la empresa como escenario puede dificultar la elucidación de cómo debe ser la correcta atribución de responsabilidad a cada sujeto como autor o como partícipe con las herramientas tradicionales del derecho penal, que fue elaborado principalmente para ser aplicado a los hechos cometidos de manera independiente aún con la intervención de más de una persona, pero no en contextos regulados como es la empresa.

Por este motivo, es nuestra opinión que algunas herramientas propias de la administración de empresas deben incorporarse en los silogismos y razonamientos propios de la tarea de subsunción de hechos en el derecho penal que deben realizar los jueces y los fiscales, al igual que las normas no penales propias del derecho mercantil, societario, tributario, etcétera, en tanto contribuyen a delimitar los ámbitos de competencia de los sujetos.

Creemos que el programa de cumplimiento —junto con otros elementos— tiene ese valor en la determinación de los ámbitos de competencia en la empresa y consecuentemente para la individualización de autores y partícipes de un delito cometido en ese contexto, ya que para estar en condiciones de aplicar las reglas generales de los arts. 45 y 46 del Código Penal, es necesario realizar antes una reconstrucción —que debe ser objeto de prueba en el proceso— que permita definir esos ámbitos de competencia a cuyo fin cabe acudir no solamente a lo que marcan las leyes penales, sino también a los deberes emanados de todo el ordenamiento jurídico, ya que cada sujeto que emprenda determinadas actividades, necesariamente debe asumir los compromisos de control de riesgos que le imponen las normas que rigen su actividad, sean normas de derecho público o privado.