
MEMORANDUM

Asunto: Desayuno JMRE / 18-VII-2014, 8.30 AM

Referencia: "Prevención penal empresaria"

Participantes:

Gerardo Ganly, abogado a cargo de la Jefatura de Denuncias y Fiscalización de Entidades Civiles de la IGJ;

Esteban Gramblicka, abogado especialista en Derecho Bancario y Financiero, Socio del Estudio BULLÓ-TASSI- ESTEBENET- LIPERA-TORASSA;

Luis Lucero, abogado especialista en Derecho corporativo, con especial foco en Energía, Recursos Humanos y Minería, Socio Estudio MARVAL, O´FARREL Y MAIRAL;

Patricio Petersen, abogado especialista en Derecho del Seguro, Socio ESTUDIO PETERSEN & ASOCIADOS;

Javier Salerno, abogado especialista en Derecho Comercial, Socio ESTUDIO SALERNO;

Coordinación:

Juan María Rodríguez Estévez

Principales puntos de reflexión:

1. La actual tendencia de expansión del Derecho penal sobre la actividad empresarial de las personas se evidencia en el ámbito de implementación de las multas que viene imponiendo la Unidad de Información Financiera en el marco de la legislación que regula la prevención del lavado de dinero, especialmente, con relación a la omisión de denunciar determinadas operaciones sospechosas por parte de los sujetos obligados.

El fundamento de dicha expansión del Derecho penal presupone que el Estado no puede controlar toda la actividad económica y que el empresario es quien tiene contacto directo con determinadas situaciones irregulares o sospechosas que pueden evidenciar maniobra de lavado de activos. De allí, la exigencia normativa a los sujetos obligados de informar tales operaciones para su debido control por parte de los órganos específicos destinados a tales fines por el propio Estado.

Ahora bien, en este contexto de implementación, se aprecian ciertas incoherencias al momento de su concreción, ya que la misma Administración se encuentra en mejores condiciones, en coordinación con otros entes y organismos públicos, para cruzar la totalidad de la información y evitar de esta manera una exigencia -en ciertos casos desproporcional- para con el ciudadano privado. Esta tendencia al traslado de funciones pública de prevención a los particulares corre el riesgo de terminar congestionando el sistema ante la obligación de denunciar cualquier tipo de maniobra para preservar el riesgo futuro de incurrir en responsabilidad por omisión de denuncia.

Esta cuestión no resulta ajena a la cuestión política, donde las constantes presiones de organismos internacionales han fomentado, en algunos ámbitos concretos, una sobreactuación de los organismos de control, cuestión que no debería ser la regla general.

2. Desde una perspectiva sociológica, se aprecia un sobredimensionamiento del rol de Director de empresa, cuando, en rigor de verdad, la realidad corporativa de nuestro país demuestra que el Directorio, en general, no cuenta con un acabado conocimiento de la situación del negocio, con motivo de la delegación de facultades en organismos intermedios de la administración de la empresa, como ser las gerencias administrativas.

Sobre el particular, no debe perderse de vista que el concepto de garante sobre el cual se fundamenta la responsabilidad penal del Directorio, si bien acepta la delegación de funciones del superior hacia el inferior, no implica la delegación de la responsabilidad, ya que queda en cabeza del primero -delegante-, un deber de control y vigilancia sobre el subordinado, cuya desatención podría generar responsabilidad penal en un esquema de dolo entendido como conocimiento que se imputa y no tanto como voluntad que se prueba.

En efecto, con relación a los deberes residuales del garante, se ha señalado que al delegante le incumben una serie de deberes con objeto diverso, tales como la correcta selección, formación e información del delegado; la dotación a este de los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de los diversos delegados; y sobre todo, el deber de vigilancia¹. La figura del oficial de cumplimiento surge con motivo de la exigencia normativa de instrumentalizar estos deberes de vigilancia.

Al respecto, son interesantes las líneas de acción que se han implementado en materia de prevención penal empresaria donde la clara definición de responsabilidades y áreas específicas de competencias -cristalizadas en manuales de procedimiento- operan como claros marcos reguladores de responsabilidades y pueden bloquear el riesgo penal del Directorio. Ello, teniendo siempre presente que en Derecho penal no es posible fundamentar un juicio de reproche por responsabilidad objetiva que se derive de la mera posición jurídica. Incluso, en el ámbito propio del Derecho administrativo sancionador, debe asegurarse la intervención en el hecho por parte del Directivo y su poder concreto de evitabilidad del resultado.

Juan María Rodríguez Estévez

¹ Cfr. Jesús María SILVA SANCHEZ, "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Ínigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 79-81.