

DERECHO PENAL Y DIRECTIVOS DE EMPRESAS

Por

Dr. Juan María Rodríguez Estévez

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal

Universidad Austral, Argentina

Sumario: I. Introducción. II. Empresarios y deber de vigilancia sobre la actividad. III. Organización empresarial diligente y principio de confianza. III. Organización empresarial diligente y principio de confianza. IV. Programa de cumplimiento de la ley. V. Concepto de compliance penal. VI. Responsabilidad del compliance officer por infracción de sus deberes. VII. Responsabilidad por toma de acuerdos en órganos de administración colectivos. VIII. La discusión judicial en España sobre las empresas y el Derecho penal. IX. Extinción de responsabilidad penal. X. Garantías para la persona jurídica. XI. Las empresas off shore y el riesgo penal por lavado de dinero y delitos tributarios. XII. Algunas consideraciones al elemento subjetivo: ¿dolo o ignorancia deliberada? XIII. Conclusiones.

Resumen: *En el presente trabajo se aborda la problemática del compliance u oficial de cumplimiento como un factor de imputación de responsabilidad penal corporativa. Esto es, que al optarse por un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por hecho propio y no como un modelo de responsabilidad penal derivada por hecho de su directivo, el compliance aparece como una figura clave para la imputación penal de la entidad. En este sentido, se abordan a continuación los distintos argumentos por los cuales un adecuado programa de cumplimiento de la ley debe actuar como eximente de responsabilidad penal para las empresas y no solamente como un atenuante de la pena que finalmente se les atribuya a las corporaciones. De allí, la discusión pasará por los requisitos que deberán tener los programas de cumplimiento y los órganos de control societario, para prevenir el riesgo penal tanto de la entidad como de sus directivos.*

Palabras Clave: imputación corporativa - compliance - persona jurídica - responsabilidad penal.

Abstract: *In the following presentation the problem of the compliance or compliment officer like an imputation factor of corporate criminal liability is approached. This is, when opting for a model of criminal liability of the legal person for their own facts and not a model of criminal liability derived from their executives facts anymore, the compliance appears like a key figure for the criminal imputation of the entity. In this way, different arguments whereby an adequate program of law enforcement must act as an exoneration of criminal liability for the companies and not only like an extenuating of the penalty that will finally be attribute to the corporations are board. From there, the discussion will go through the requirements that the fulfillment programs must have and the bodies of corporate control, in order to prevent the criminal risk of both the entity and its managers.*

Keywords: corporative attribution - compliance - enterprise - corporate liability.

I. Introducción

Cada vez existe menos margen de libertad en materia penal empresaria. Veamos algunos ejemplos: responsabilidad penal del Directorio por omisión de sus deberes de vigilancia sobre la actividad empresarial y el comportamientos de sus trabajadores; traslado de la función pública del Estado al empresario en materia de prevención de delitos complejos como ser el lavado de dinero; responsabilidad individual de los directores

de personas jurídicas por su intervención en decisiones en acuerdos societarios; responsabilidad penal para las empresas en delitos contra la administración pública en casos de soborno trasnacional; la existencia de empresas *off shore* como un indicador objetivo de riesgo penal corporativo; modificación al concepto tradicional de dolo entendido como conocimiento y voluntad para dejar paso a una responsabilidad penal con fundamento en un deber conocer.

Estos son solo algunos puntos claves que configuran la actualidad del Derecho penal corporativo y que nos obligan a generar un espacio de intercambio de ideas entre los diversos países para poder trabajar sobre soluciones concretas y posibles que permitan construir respuestas uniformes que afiancen la seguridad jurídica en un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

II. Empresarios y deber de vigilancia sobre la actividad

Si bien es cierto que el administrador de una empresa asume un deber de control y vigilancia sobre el correcto funcionamiento de la actividad, ello no implica que esa posición lo haga responsable por cualquier delito que comentan sus trabajadores⁴⁹. De manera más concreta, es preciso constatar situaciones específicas de garantía a partir del ámbito de responsabilidad asumido por el titular de la empresa para poder definir cuando tendrá responsabilidad penal por esa falta de control o vigilancia⁵⁰.

Es decir, los deberes jurídicos de control del empresario sobre la actividad y sus empleados no son ilimitados. Es precisamente en este ámbito concreto donde debe analizarse el estándar normativo de imputación de responsabilidad penal del administrador a partir de los aportes que ha brindado la imputación objetiva del comportamiento. A modo de ejemplo, se ha sostenido en España con motivo de la responsabilidad penal del empresario en el ámbito de los derechos de los trabajadores -concretamente con relación a la prevención de riesgos laborales-, que una vez que los empleadores han proporcionado los medios necesarios de prevención, la circunstancia de que finalmente nazca el peligro grave para la vida y el resultado que se quería evitar, sólo les será imputable si por su conducta activa o pasiva vino a hacer ineficaz los medios existentes para prevenirlos⁵¹.

III. Organización empresarial diligente y principio de confianza

Si el esquema que rige la imputación de responsabilidad penal corporativa tiene su fundamento prioritario en la obligación de organizar un riesgo de modo diligente, la propia organización interna de la corporación será

49 Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 111.

50 Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 110.

51 Cfr. SAP-Barcelona, Sección 5ª, 30-VI-2008.

un indicador objetivo de su posicionamiento frente al riesgo penal.

En este sentido, se ha sostenido que lo primero que debe considerarse penalmente es que esa división y delegación de funciones en sí misma no genere riesgos jurídicamente desaprobados. Con otras palabras, antes de imputar responsabilidades dentro de la estructura es bueno evaluar si la propia división de funciones en una empresa no constituye, en concreto, un riesgo mayor que el aceptable⁵². Así, la falta total de un programa de cumplimiento de la ley para enfrentar los riesgos penales que la propia actividad puede generar constituye un indicio de pasividad frente al delito que puede comprometer la responsabilidad penal del ente como de sus Directivos.

Estas consideraciones también inciden en el plano de la imputación objetiva del comportamiento dentro de la empresa con especial referencia al principio de confianza. En efecto, sin programa de actuación empresarial para prevenir la comisión de injustos dentro de la entidad, ningún interviniente podrá ampararse en aquel principio. A tal punto llega tal perspectiva de análisis que con relación a los deberes de vigilancia en estructuras verticales se ha sostenido que una vez implantado un programa de cumplimiento razonablemente eficaz *ex ante*, el principio de desconfianza que rige tales relaciones se ve sustituido por el principio de confianza⁵³.

También es importante señalar que el empresario puede delegar en un subordinado el control sobre la actividad y sus trabajadores para la prevención de comisión de delitos por parte de ellos. Sin embargo, no cualquier delegación es eficaz, sino sólo aquella que cumpla con los siguientes requisitos para evitar que se configure un supuesto de delegación defectuosa: a) debe recaer sobre una persona que cumpla con los requisitos de idoneidad para el cargo; b) debe contar con autonomía para poder desarrollar su tarea; c) debe ser generalmente instrumentada por vías formales. Sin cumplir estos requisitos, la responsabilidad recae sobre el Directivo de empresa quien no podrá descargar en el delegado su deber originario.

Es en este ámbito de delegación de funciones de contralor donde la figura del *compliance* penal o

52 Cfr. Hernán BLANCO, *Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de un deber*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, 191.

53 Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, "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, 79-102.

criminal compliance cumple una función esencial en la evitación de riesgos de responsabilidad penal, tanto de la empresa como de sus directivos. Más concretamente, y de modo especial con relación al deber de vigilancia en la empresa, este nuevo sujeto del Derecho penal empresario debe analizarse desde la perspectiva de adopción de todas las medidas penales necesarias dirigidas a la evitación de los hechos delictivos cometidos por los propios empleados⁵⁴.

IV. Programa de cumplimiento de la ley

Un programa de cumplimiento no es solo un conjunto de medidas tomadas por la empresa para la prevención de la comisión de delitos en su interior, sino que también funciona como un esquema de detección y reacción frente a la comisión de aquellos. De allí que las actividades proactivas de la empresa frente a la alerta de comisión de un comportamiento delictivo en su esfera de competencia puede configurar un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal del ente, tal como se aprecia mediante la reforma española operada por la LO 1/2015⁵⁵.

Ahora bien, el punto central será determinar en qué medida la existencia de dichos programas de cumplimiento de la Ley incidirán en los casos concretos como eximentes o, por el contrario, permitirán configurar el juicio de imputación de responsabilidad penal de la empresa.

La responsabilidad penal de las empresas tiene su principal fundamento en la falta de control o control defectuoso de la actividad. En este orden de ideas, se ha afirmado que el sentido de la reforma introducida en el artículo 31 bis del Código penal español no tiene otra justificación que "...llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del debido control, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal"⁵⁶.

54 Cfr. Dennis BOCK, "Compliance y deberes de vigilancia en la empresa", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Ínigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 107-107.

55 Cfr. Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, "Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo", InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril 2016, 2, disponible el 13-VI-2016 en <http://www.indret.com/pdf/1218.pdf>.

56 Cfr. LO española 1/2015, 30 de marzo.

V. Concepto de compliance penal

Los programas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. Más concretamente, se ha afirmado que 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 culpabilidad⁵⁷.

Desde esta perspectiva puede sostenerse que la responsabilidad penal de las empresas puede ser considerada como un incentivo por asegurar la expectativa social de vigencia de las normas dirigidas a las corporaciones. Por otra parte, las normativas de cumplimiento corporativo tienen su impacto en la compra y venta de empresas. Así, en el mundo económico se ha extendido la práctica de la *due diligence*, mediante la que se comprueba cuál es el nivel de cumplimiento de una empresa que se va a adquirir o con la que se va a realizar una *joint venture*⁵⁸.

La figura del *compliance* se vincula de modo muy estrecho con la responsabilidad penal de las empresas. Se ha sostenido que una correcta organización interna con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos puede exonerar de la sanción o servir para una fuerte reducción de la pena que le correspondería a la corporación⁵⁹. No todo delito cometido en el marco de actuación de una persona jurídica generará por esa mera circunstancia, responsabilidad penal del ente. Se requiere algo más: que la infracción se vincule con el incumplimiento de deberes de control y vigilancia.

Constatada la realización del hecho delictivo, lo que ha de demostrarse en el proceso penal como parte de la imputación es que la persona jurídica de manera continuada no había adoptado medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido⁶⁰.

57 Cfr. Adán Nieto MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Ínigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 21-21.

58 Cfr. Adán Nieto MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Ínigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 21-23.

59 Cfr. Adán Nieto MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Ínigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 21-26.

60 Cfr. Adán Nieto MARTÍN, "Problemas fundamentales del

VI. Responsabilidad del compliance officer por infracción de sus deberes

Es indiscutible que el oficial de cumplimiento tiene una especial obligación de vigilancia sobre el programa empresarial de cumplimiento de la Ley para gestionarlo y corregirlo ante la presencia de indicios objetivos de su funcionamiento incorrecto. Asimismo, también resulta claro que tiene el deber de transmitir a sus superiores la información obtenida sobre conductas incorrectas o sobre un estado defectuoso de cosas peligrosas. Sin embargo, un punto clave es establecer si aquel incumplimiento de dichos deberes específicos le genera al *compliance officer* un riesgo concreto personal de responsabilidad penal.

Al respecto se ha postulado que la infracción de los deberes que le incumben al oficial de cumplimiento no generan necesariamente su responsabilidad penal individual por un determinado hecho delictivo cometido desde la corporación empresaria. Debe existir la comisión de un delito doloso cometido por un interno y que el *compliance* haya obrado, también, dolosamente⁶¹. Ahora bien, la cuestión es diversa si se trata de un delito culposo cometido desde el seno de la empresa por un funcionario de aquella y el oficial de cumplimiento también actuó culposamente.

Por otra parte, ya en el plano institucional de la persona jurídica, en España por ejemplo, la omisión imprudente de vigilancia por parte del *compliance officer* podría generar responsabilidad penal para la empresa siempre que se trata de un supuesto típico con capacidad de generar responsabilidad penal para el ente⁶². Las diversas iniciativas legales de la Argentina y de Chile van en esa dirección.

VII. Responsabilidad por toma de acuerdos en órganos de administración colectivos

Un tema no menor con relación a la determinación de responsabilidades individuales por delitos cometidos desde la empresa y su relación con la función de prevención de riesgos penales del *compliance* viene dado por la determinación de responsabilidades

penales individuales de los miembros del órgano de Administración o Dirección colegiados. Esto es, en aquellos grupos de casos donde la decisión corporativa respecto de la puesta en marcha de un riesgo penal relevante es tomada por varias personas mediante un sistema de acuerdo.

Ante la pregunta sobre si todos los integrantes del órgano en cuestión responden de modo idéntico o no, la respuesta es negativa⁶³. Es decir, rigen en el caso todos los aportes de la imputación objetiva del comportamiento y los principios fundamentales del Derecho penal, como ser el que impide fundamentar un reproche penal por hecho ajeno.

A modo de ejemplo, basta mencionar el caso de aquel miembro del Directorio que contribuye a la formación del *quórum* sabiendo desde el principio que la mayoría va a votar de modo favorable al delito, pese a que luego él vote en sentido negativo. Al respecto, se ha sostenido que la mera contribución a la conformación del *quórum* constituye un acto estándar, neutro. De modo más directo, quien contribuye a formar el *quórum* necesario para la constitución del órgano y luego vota en contra no responde penalmente por su contribución causal a la producción del acuerdo antijurídico ni siquiera aunque conozca perfectamente que éste se va a producir⁶⁴.

Es importante destacar desde una perspectiva de imputación de responsabilidad penal individual en el marco de actuación conjunta del órgano societario, que causalidad y previsibilidad por sí solas no fundamentan responsabilidad, cuando se trata de comportamientos estándar del sujeto que no reorganiza⁶⁵. Sin embargo, el punto clave es determinar si es posible afirmar una responsabilidad por omisión de los miembros del órgano colegiado por la no evitación del acuerdo, en cuya génesis activa no han intervenido. Si bien el tema es muy discutido y requiere un análisis detallado de los diversos grupos de casos posibles, lo cierto es que los criterios materiales deben primar por sobre concepciones formalistas para dar lugar a diversas maneras de intervención omisiva en el hecho -comisión por omisión en calidad de autor o partícipe-; o bien ya sea como instigador o autor mediato.

cumplimiento normativo en el Derecho penal", en en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL y Inigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds), Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, 21-39.

61 Cfr. Jesus María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 200.

62 Cfr. Jesus María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 200.

63 Cfr. Jesus María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 120.

64 Cfr. Jesus María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 123.

65 Cfr. Jesus María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer S.L. y Bdef, Madrid, 2013, 124.

VIII. La discusión judicial en España sobre las empresas y el Derecho penal

La discusión sobre el carácter penal de la responsabilidad de las empresas se está despejando en España. En este sentido, se ha afirmado por Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo -Ponente Manuel Marchena Gómez-, que las sanciones contempladas para las personas jurídicas en el Código Penal español son de naturaleza penal y toda tendencia a enmarcarla en otro ámbito extra penal configura un criticable fraude de etiquetas⁶⁶.

Asimismo, en dicha Decisión se ha señalado que el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el Código Penal español, pero además deberá acreditarse que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención de delitos exigibles a toda persona jurídica, a partir de la reforma de 2015. La empresa sólo responde penalmente cuando se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso.

La necesidad de adaptar el esquema de imputación de responsabilidad penal para las empresas es una tarea irrenunciable y constituye un desafío ineludible para asegurar una correcta imputación que respete los principios penales y las garantías, tanto de fondo como procesales.

Al respecto puede verse lo expreso en el ámbito jurídico español por la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015, de 2 de septiembre -Ponente Manuel Marchena Gómez- cuando mencionó que ya se opte al amparo del artículo 31 *bis* del CP por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal.

En esta misma línea se ha señalado que a las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son

66 Sobre mis críticas con relación al recurso del Derecho administrativo para enmascarar sanciones de carácter materialmente penal contra las empresas puede verse, Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, Bdef, Buenos Aires, 2015, 87 y siguientes.

distintas. En efecto, que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos⁶⁷.

Ciertamente, el Derecho penal positivo conoce múltiples supuestos de responsabilidad propia con relación a la acción de otros a través de instituciones dogmáticas como la comisión por omisión o la participación delictiva omisiva. El sistema legal argentino no es ajeno a este tipo de casos. Los fundamentos de imputación de responsabilidad penal del criminal *compliance* y por ende su eficiencia como nexo de imputación de responsabilidad penal propia de la empresa, pueden encontrar allí su razón de ser.

Todas estas consideraciones son plenamente aplicables para supuestos donde la responsabilidad del ente se delega en el sistema administrativo sancionador, como podría ser el caso de Italia, hasta donde alcanzo a comprender. Ello por dos motivos fundamentales: a) el sistema administrativo sancionador -en su perspectiva material- limita de modo muy cercano y difuso con el Derecho penal empresarial, con lo cual, todas las garantías de fondo y procesales de éste último deben trasladarse al primero a partir de una cada vez mayor uniformidad de criterios y principios del Derecho Público; b) que le legislador denomine una sanción de modo penal u administrativo no implica poder modificar su esencia y naturaleza.

IX. Extinción de responsabilidad penal

Suele sostenerse que la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión⁶⁸. Ahora bien, el análisis del criterio normativo de adecuado sistema de control no debe ser un juicio abstracto, sino que el mismo debe ser analizado con relación concreta al riesgo que se acreditó en el delito específico cometido a través de la empresa y que está siendo investigado por la justicia. Es decir, se debe evitar que la mera

67 Cfr. Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, "Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo", *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril 2016, 26, disponible el 13-VI-2016 en <http://www.indret.com/pdf/1218.pdf>.

68 Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado de España, 1/2016, 56, disponible el 14-VI-2016 en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%20C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041

existencia de un programa de cumplimiento actúe como pantalla para blindar la responsabilidad penal de la empresa.

Ahora bien, la gran discusión es si la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión, tal como lo establece la Fiscalía de Estado en España. En este esquema de excusa absolutoria, la carga de la prueba incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales⁶⁹.

Lo cierto es que aunque la empresa no cuente con capacidad de acción en términos ontológicos, sí tiene capacidad de auto organización, y por ende, se encuentra en condiciones de respetar las normas penales o, por el contrario, cuestionar su vigencia y correr el riesgo de su restabilización a través de la imposición de una pena.

Resulta interesante señalar que los programas o sistemas de cumplimiento de deberes jurídicos dentro de la empresa para evitar la comisión de delitos viene a reproducir el rol de ciudadano fiel al Derecho que encuentra en el funcionalismo penal un presupuesto básico para la imposición de una pena como respuesta contra fáctica frente a la defraudación de expectativas sociales que genera la producción de un injusto empresarial. Desde una perspectiva de análisis económico del delito se trata de crear incentivos desde el Estado para que la empresa adecúe su actuación a la Ley, es decir, que se comporte como un buen ciudadano corporativo que evite y prevenga la comisión de delitos en su seno. Asistimos en la actualidad a una traslación de las exigencias del estándar de buen comerciante o buen hombre de negocios al de empresario fiel al Derecho.

X. Garantías para la persona jurídica

Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas.

Así lo ha dispuesto, expresamente, la STS 154/2016, 29 de febrero, cuando señala que derechos y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, entre

69 Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado de España, 1/2016, 64, disponible el 14-VI-2016 en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%20C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041

otros amparan también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones⁷⁰.

Esta perspectiva de análisis nos reconduce a un interesante debate en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta cuestión esencial se vincula con la noción misma de sujeto de Derecho de la persona jurídica y su capacidad para constituirse en centro de tutela de Derechos fundamentales

XI. Las empresas off shore y el riesgo penal por lavado de dinero y delitos tributarios

El empleo de empresas *off shore* puede configurar la puesta en marcha de un riesgo socialmente desaprobado y generar, en consecuencia, responsabilidad penal cuando se emplean de modo abusivo y fraudulento. Esta alternativa es respaldada por los tribunales de la Argentina. En efecto, en un supuesto donde se investigaban maniobras de lavado de dinero proveniente del narcotráfico se concluyó que es suficiente con demostrar que la naturaleza de los activos invertidos en el mercado legal es de origen criminal, sin que sea necesario identificar a los autores del delito previo o bien establecer precisamente la relación causal entre los bienes invertidos y el delito precedente.

Con relación al modo de tener por acreditado tal extremo se concluyó que se pudo demostrar que los fondos invertidos provenían de actividades criminales, a través de evidencias directas e indirectas (pero objetivas y suficientes). Estas evidencias recolectadas concluían que: (i) los activos invertidos, claramente, no tenían un origen legal (por ejemplo: una herencia, un préstamo o un regalo); (ii) las transferencias de dinero de un lugar a otro eran injustificadas y no respondían a una práctica habitual del mercado; (iii) los estados contables de los imputados eran inconsistentes, ya que reflejaban aumentos de capital e inversiones injustificadas; (iv) la utilización de 'prestanombres' y sociedades 'off-shore' constituidas en paraísos fiscales era abusiva e inconsistente; (v) los informes socio-ambientales revelan la inexistencia de

70 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español 221/2016, de 16 de marzo -Ponente Manuel Marchena Gómez-, en

actividades legales que respaldaran el nivel de gastos diarios; (vi) y, finalmente, informes de la Embajada Mexicana en la Argentina mostraron el nexo de los acusados con el Cartel de Juárez⁷¹.

En el caso del conocido futbolista Lionel Messi, condenado por la audiencia provincial de Barcelona, se procedió a desentrañar una compleja red de empresas *off shore* que no tenían otra finalidad que posibilitar una maniobra de evasión al fisco español mediante el recurso a empresas que operaban en diversos países. Concretamente, se imputaba al deportista la comisión de tres delitos de evasión fiscal contra la Hacienda Pública de España por ingresos no declarados obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen, correspondientes a los ejercicios de los años 2007, 2008 y 2009.

Los ingresos de Messi se trasladaban desde las sociedades constituidas en diversos países (Belice, Reino Unido, Uruguay y Suiza), evitando tributar en España, cuando el real beneficiario era Lionel Messi. Para ello, éste procedió a ceder sus derechos de imagen a una sociedad domiciliada en Belice por un plazo de diez años, con una contraprestación única de US\$ 50.000. Además, intervenía una empresa en el Reino Unido y Suiza para que luego los dividendos sean transferidos a otra constituida en el Uruguay. Del total de la maniobra solo se pagaba una comisión por la operatoria llevada a cabo por la empresa ubicada en el Reino Unido, pero en Uruguay no se tributaba nada en perjuicio del fisco español.

Asimismo, como indicio de la maniobra se señaló que las sociedades en cuestión carecían de real infraestructura para llevar a cabo el negocio que aparentaban. Todo apunta a que, como reconoció en el acto de juicio, la intención con el uso de estas sociedades era que los derechos de imagen se mantuvieran en el seno de la familia. Ello, lógicamente, no es ilícito. Lo que sí resulta contrario a Derecho es que se hiciera a través de una red de sociedades que lograran ocultar la explotación de esos derechos y su retribución final al obligado tributario, el acusado Lionel Messi⁷².

Respecto a las características de las sociedades utilizadas, el Tribunal resaltó que Uruguay y Belice -Países A- contaban con legislaciones especialmente laxas que permitían que las sociedades constituidas

allí no tributaran por las rentas obtenidas fuera de su territorio. Las sociedades en cuestión se pueden adquirir allí en despachos profesionales especializados, y no se necesita la presencia física de los titulares; la legislación permite emitir acciones al portador; no se exige la inscripción de accionistas en un registro público; se desconoce la identidad de los titulares de las sociedades y los beneficiarios finales de sus operaciones.

Esta combinación de sociedades radicadas en diferentes países permite que las rentas obtenidas por la suscripción de contratos con sociedades de Suiza o el Reino Unido se remitan directamente a Belice o Uruguay, en donde por ser rentas obtenidas en el exterior no tributan, y en donde también se mantiene oculta la identidad de los socios. Lo único que en definitiva terminaba tributando era la comisión pertinente en Suiza o el Reino Unido.

Se señaló que la utilización para la explotación de los derechos de imagen de sociedades interpuestas con residencia en Gran Bretaña y en Suiza, tenía una clara finalidad defraudatoria para la Hacienda española, porque, de otro modo, no se explica la complejidad de estas vinculaciones societarias y la constante intermediación en la gestión y el cobro de los derechos de imagen del Sr. Messi a través de países fiscalmente laxos, en los términos ya analizados. “Porque lo cierto es que no se ha dado respuesta a la pregunta del motivo por el que se decidió este esquema tan complejo...”. Es decir, el Tribunal toma en consideración que no se dio ninguna explicación alternativa factible de los motivos detrás de la utilización de una estructura comercial tan compleja⁷³.

XII. Algunas consideraciones al elemento subjetivo: ¿dolo o ignorancia deliberada?

Otros de los aspectos claves que nos permite trabajar a partir del caso Messi es aquel que se vincula con las exigencias específicas del tipo subjetivo en supuestos de operaciones muy complejas y la estrategia de la Defensa en negar un conocimiento real y efectivo de los distintos entramados societarios que integraron la maniobra ilícita a modo de excusa.

El análisis de esta cuestión parte de la afirmación de la defensa de que el jugador no conocía los ilícitos que

71 Cfr. C.A.Crim.Correc.Federal, Sala I, 13-II-2002, “N. Di Tullio, A. Carrillo Fuentes”.

72 Cfr. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, 5-VII-2016, disponible el 10-VIII-2016 en https://drive.google.com/file/d/0B2_qF6RAeEdAYWgwYzIXUjNaQ3c/view?pref=2&pli=1

73 Cfr. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, 5-VII-2016, disponible el 10-VIII-2016 en https://drive.google.com/file/d/0B2_qF6RAeEdAYWgwYzIXUjNaQ3c/view?pref=2&pli=1

se realizaban en su interés, ya que había delegado la gestión a su padre y sus abogados, por lo que no tenía conocimiento de la compleja maniobra defraudatoria en la que incurrieron sus gestores.

El Tribunal resalta que, si bien en un principio el imputado era menor de edad, con posterioridad éste prestó su firma como administrador de una de las principales empresas involucradas, ya siendo mayor de edad, y como persona física consintió la cesión de sus derechos. Messi firmó varios contratos con diferentes empresas como persona física a pesar de haber cedido sus derechos, interviniendo a pesar de que su asentimiento no fuera necesario.

El Tribunal recurre al concepto de indiferencia, entendido como la actuación de quien pone la colaboración que se le solicita en la comisión del ilícito, sin preocuparse de sus consecuencias; y el de ignorancia deliberada, como quien no quiere saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia del hecho. Se trata del caso en el que el autor de una conducta ciega voluntariamente sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad. En estos casos, la jurisprudencia interpreta que el sujeto asume y acepta todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder por sus consecuencias.

Afirma el Tribunal que “existe un deber de conocer, que impide cerrar los ojos ante circunstancias sospechosas, y que el dolo está en el hecho, cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación, señalando que en los delitos previstos en nuestro Código, incurre en responsabilidad, también, quien actúa en ignorancia deliberada.”

“Cuando existen indicios de que el sujeto ha sido consciente de determinados elementos en los que no ha querido profundizar: asistiríamos a una realización objetivamente típica sin que el sujeto haya contado en el momento de realización del hecho con los conocimientos exigidos por el dolo del tipo cometido; pero esa falta de conocimiento sería, simplemente, el resultado de una decisión previa, más o menos consciente, de no querer obtenerlo.”

El Tribunal toma en cuenta diversos elementos que indican que Messi podía conocer los elementos del tipo objetivo: intervino en la firma de numerosos contratos; contrató al bufete Juárez, el cual era

conocido por manejarse con este tipo de operatorias fiscales internacionales; las operaciones duraron muchos años; la cesión de derechos se preservó en el ámbito familiar; hubieron diversos litigios sobre sus derechos de imagen, en los que compareció y pudo anoticiarse de ciertas circunstancias básicas (por ejemplo, el real valor de sus derechos de imagen y lo ridículo de la contraprestación de US\$50.000 por su cesión).

Afirma el Tribunal que “el desconocimiento evitable no es error y no puede provocar una descarga de responsabilidad. No puede errar aquel que no tiene interés en conocer (...).

XIII. Conclusiones

Cada año el sistema penal nos sorprende con nuevas intromisiones en la esfera de libertad del ciudadano en materia penal empresarial. Todo parece indicar que esta tendencia expansiva no cederá. Es decir, pese a un discurso académico que alegue a favor de un Derecho penal mínimo o conocido como *última ratio*, la realidad político criminal parece desbordar los límites tradicionales de la dogmática penal clásica y genera nuevos desafíos para los operadores del sistema penal.

En este contexto, uno podría preguntarse cuál será el espacio que quedará para los principios penales liberales de legalidad y culpabilidad penal tal como los hemos conocido. La respuesta podría ser una invitación a no bajar los brazos en la tarea de asegurar siempre la dignidad de la persona frente al sistema punitivo del Estado. Con otras palabras, que el Derecho penal este en crisis permanente no es ninguna novedad, pero sí es importante destacar que en esa tensión connatural que existe entre prevención y garantías, siempre debe primar la búsqueda de un equilibrio razonable entre el interés de la sociedad en que el delito no quede impune y la dignidad de la persona sometida al sistema penal para que el desarrollo de la Ciencia penal pueda ser el reflejo de una sociedad cada vez más justa.

Recibido: 4 de mayo de 2019

Aprobado: 11 de mayo de 2019