

LOS NUEVOS ESTATUTOS DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

POR CÉSAR ZAMORANO QUITRAL

Abogado, académico, diplomado en Gobierno Corporativo y Compliance, mg. en Derecho Penal

“**G**enco Pura Olive Oil Company” es la empresa de fachada de Vito Corleone. A “el Don”, desde luego, nada puede importarle menos que el cumplimiento normativo.

El cine nos regala otras producciones sobre organizaciones defectuosas: “The Wolf of Wall Street” (2013), “Erin Brockovich” (2000), “The Big Short” (2015), “Thank You for Smoking” (2005), “Dark Waters” (2019) y, por supuesto, el documental “Enron: The Smartest Guys in the Room” (2000).

El derecho de asociarse y de constituir personas jurídicas está garantizado constitucionalmente y no reconoce más límites que su configuración conforme a la ley y que sus objetos no sean contrarios a la moral, el orden público y a la seguridad del Estado. De ahí en más todo queda entregado a la voluntad de sus propietarios, socios o fundadores y a las libertades que ofrezcan los mercados. Además, ya es regla que los gobiernos miden el éxito de su política exterior en la cantidad de tratados de libre comercio que se suscriben.

La globalización y la libre circulación de bienes, la concentración económica, la medición del éxito en posibilidad de consumo y la neutralización valórica de acciones colectivas promueven la corrupción de



agentes y funcionarios, permiten que medicamentos, fertilizantes, pesticidas, alimentos y desechos inaceptables en países desarrollados, sean adquiridos, exportados, consumidos o depositados en las economías o territorios de menor incidencia diplomática o de poder en los términos de intercambio, es decir, los más pobres o con economías subordinadas.

Esa realidad incontrovertible fue puesta en tensión por el Presidente Trump, quien antes de un mes de haber asumido su nuevo mandato, con una mayoría abrumadora, suspendió por 180 días la aplicación de la “Foreign Corrupt Practices Act” (1977) que sanciona



la práctica de acciones de corrupción en el extranjero por parte de agentes económicos norteamericanos. Esa regla, se alinea con la International Anti-Bribery and Fair Competition Act (1998) y la Convención Anti cohecho de la OCDE (1997). Pocos días después el Departamento del Tesoro suspendió igualmente la aplicación de la Corporate Transparency Act, cuyo propósito declarado es evitar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Estas anomalías, no solo porque van a contramano del desarrollo económico, sino también porque mediante decisiones ejecutivas se suspende la ejecución

de leyes aprobadas por el Congreso, han de reforzar el imperativo de sostener y difundir, los avances en sentido contrario de nuestro país.

Giros conceptuales sobre Gobiernos Corporativos, responsabilidad empresarial, en la forma de relacionarse con los empleados y funcionarios y en general con los interesados de cualquier organización han terminado por modelar estatutos nuevos para sancionar penalmente fenómenos que se invisibilizaban por ser cometidos por gente distinta al "delincuente común".

Los riesgos de la actividad empresarial no son solo los comerciales, de inserción y posicionamiento en el

mercado para el desplazamiento de la competencia y la producción de valor para los Shareholders, los propietarios. Tales riesgos pueden verificarse en el proceso productivo, con los accidentes del trabajo, con el resultado del proceso, con la responsabilidad por el producto, con los desechos contaminantes, etcétera y en toda la cadena de suministros o de valor.

No solo los outsiders son capaces de cometer delitos o los "Free Riders" de aprovecharse de él, el entorno empresarial permite o facilita la realización y también la impunidad de los delitos cometidos en su seno.

Múltiples sujetos pueden realizar el todo o parte de conductas delictuales y cuando las empresas se configuran mediante sistemas complejos de distribución de funciones o de manera matricial, determinar la responsabilidad en un delito, puede volverse una misión imposible.

A esas dificultades, debemos añadir la forma en que la cultura corporativa se plantea frente a los riesgos generales y los de naturaleza criminal, en que puede observarse como se justifica la indiferencia o derechamente las conductas ilícitas, configurando una cultura corporativa defectuosa.

Cuando se toman decisiones en grupo existe un proceso de despersonalización, eso permite dejar de lado más fácilmente los posicionamientos morales de cada individuo. Cada uno se responsabiliza de lo que ocurre en su pequeña parcela de actividad, pero nadie se hace cargo del todo.

El modelo implantado en nuestro país desde hace largos años se configura bajo el marco teórico del análisis económico del Derecho. Básicamente se parte del supuesto que toda persona y en lo que nos interesa todo delincuente, es un homo economicus, un sujeto egoísta que decide en función de incentivos y desincentivos, que realiza una elección racional. Con todo, la economía del comportamiento señala que estamos lejos de eso, que nuestras características son: una racionalidad limitada, voluntad imperfecta y auto interés limitado. Así, nuestro proceso de toma de decisiones se ve afectado por diferentes sesgos, como los de exceso de confianza, la ilusión del control, de confirmación, de conformidad, etc. Estos sesgos se utilizan intuitivamente como técnicas de neutralización y se vuelven definiciones favorables al delito, bloqueando el rol de control de las normas éticas y justificando la ejecución de conductas ilícitas.

Y en un mercado globalizado, concentrado e hiper especializado, es imprescindible una vinculación funcional de toda la cadena de suministro o la plena integración vertical de los grupos económicos o de las empresas configuradas en cascadas, a veces

con varios grados de separación formal, pero con una única estructura de gobierno o poder central.

En el escenario planteado la difuminación de la responsabilidad y la virtual inexistencia de nexos causales autoevidentes entre la primera acción delictual y el resultado, contribuyen a la sensación de impunidad, porque se abordan aspectos extraordinariamente complejos con categorías penales del siglo XIX.

Por eso surge el Derecho penal económico y luego el Derecho penal económico de la Empresa. Las disciplinas se administrativizan y se separan de los crímenes de sangre. Cada vez más su propósito se vuelve funcional y deriva a la gestión de macro problemas y por ello se eleva a delito la infracción o elusión de las reglas administrativas porque, así planteado, no es delito contaminar, sino hacerlo sin permiso, sin un plan de manejo que controle las externalidades y minimice los riesgos.

Se sanciona la creación de peligro, sin esperar el resultado. La técnica de anticipación se utiliza deliberadamente porque "actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar a posteriori ante errores, omisiones o catástrofes del presente" así el Derecho Penal Económico y Económico de la Empresa se convierte en un Derecho de gestión de riesgos generales.

Se trata de intervencionismo estatal en acciones de naturaleza o contenido económico, pero no relativo a la formación de precios, no es una economía centralmente planificada, sino que establece como su objeto de protección las reglas del juego de las fuerzas económicas en el mercado. Ello tiene por objeto la protección del más débil o, expresado de manera más elocuente aún: el restablecimiento del equilibrio roto por actividades abusivas que resultan intolerables.

Esta concepción abstracta y difusa del Derecho Penal no debe sorprender a nadie: Funcionalización, securitización, anticipación y protección del peligro son teorías que se aplican hace años. "Ventanas Rotas" y "Derecho Penal del Enemigo" han motivado más de una veintena de modificaciones a los Códigos Penal y Procesal Penal. Hoy simplemente es el turno de los delitos de cuello blanco.

En ese escenario, un concepto preliminar de legislación penal económica puede formularse como el conjunto de reglas dotadas de consecuencias jurídico-penales, cuya finalidad es la protección del proceso de producción, distribución y consumo de bienes. Sus características principales son la accesorieidad, la globalización, la anticipación y la acumulación.

El descrito es el entorno sobre el cual se construye el nuevo Derecho Penal Económico y el Derecho Penal Económico de la Empresa, estatutos nuevos que tienen por objeto combatir los denominados delitos de cuello blanco.

En el caso de las organizaciones, concepto que comprende las empresas, Corporaciones, Fundaciones, Universidades Estatales, Partidos Políticos y entidades religiosas de Derecho Público, el Estado constata su incapacidad de ejecutar acciones de prevención y las delega a los propios entes, como generadores de los riesgos, a través de los Modelos de Prevención de Delitos o programas de Compliance Penal, los que si están adecuadamente implementados, pueden hasta eximir de responsabilidad penal.

Nuestro modelo pasó de uno meramente formal, de Compliance y Certificado, que necesariamente derivó en un verdadero mercado de certificaciones y que se llama, despectivamente, "Make-up Compliance Program" o "Windows dress Compliance Program" a uno con énfasis en la protección material, en la internalización del deber de cumplir con las normas, en cada uno de los procesos y en toda la cadena de suministros y de valor.

Ya no basta con pagar el modelo y el certificado, eso no tiene valor en la investigación penal ni en el juicio, debe acreditarse que la organización agotó los medios, ejerció debida diligencia, para crear y mantener una cultura corporativa de cumplimiento. Como ya se señalara, el Estado es incapaz de prevenir los delitos al interior de las organizaciones y como a estas las crea el Estado, a sus cargas previas le agrega el deber de controlar que su organización no sea defectuosa ni mucho menos criminal.

¿Cómo se consigue aquello? Con formación adecuada de su Gobierno Corporativo, con diseño a medida y no 'prêt-à-porter' de un modelo de

cumplimiento, con implementación multi estamental, con capacitación en todos los niveles, con verificación de proveedores y clientes, con registros de la formación y evaluaciones periódicas y controles de conformidad y no conformidad.

Porque ahora es indispensable probar que los delitos cometidos en las organizaciones: un accidente evitable, el intento de soborno de un fiscalizador cualquiera, el "regalito" para el encargado de la licitación, una estafa, el blanqueo de capitales o la adquisición de especies provenientes de delitos, se verificaron por un fraude al programa, porque a pesar de los esfuerzos de la persona jurídica, el delito es un fenómeno consustancial a la sociedad y de aquel ha de responder el sujeto que lo cometió pero no la empresa, porque hizo lo que estaba a su alcance para que ello no se verificara.

En eso consiste el cambio de paradigma y por ello las organizaciones deben invertir en Modelos de Prevención de Delitos porque, siendo una solución cara, es todavía más caro no tenerlos: por la extensión de las multas que son muy altas, porque la empresa puede ser supervisada, intervenida y hasta disuelta y porque los involucrados en la organización que sabían del delito y lo promovieron o simplemente miraron a otro lado, irán a la cárcel. Esa es la regla y no la excepción. **d**

