

## **PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA\***

**Javier Augusto De Luca<sup>1</sup>**

### **1. Estudios e ideas**

Los temas que comprenden los delitos económicos siempre fueron de difícil precisión para los penalistas, porque allí aparecen bienes jurídicos colectivos y diferentes formas de afectación que se alejan del núcleo individual y de lesión de las figuras tradicionales. Los delitos económicos son actos lesivos al interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico. Hechos de dimensiones que afectan la productividad del sistema económico protegido por el Estado. Todo lo demás serán sólo faltas administrativas. Por eso, el DPE protege siempre intereses colectivos, bienes supraindividuales aunque además, muchas veces lo haga también con los individuales.

En la etapa de la criminalización secundaria, la delincuencia económica no tiene rechazo social, y por ello no hay proceso de estigmatización, ni autoimagen negativa de delincuente.

La imagen del estado poderoso que esquilma a los ciudadanos se fue transformando en otra mucho más compleja, porque los perjuicios devastadores a

---

\* Nota del editor: agradecemos al autor el envío de este trabajo —elaborado bajo el formato propio de una ponencia que, como tal, presentó en el marco de la actividad evocada al inicio del texto—. Con las adecuaciones que correspondan, la labor será publicada en el futuro por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. UBA. Profesor regular asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA. Miembro fundador y ex presidente de la AAPDP. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Docente de grado y posgrado de varias casas de estudio. Autor de diversas publicaciones de la especialidad. Miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal 2006. Responsable del Área Penal del Digesto Jurídico Argentino. Director y tutor de tesis doctorales, de maestrías y de trabajos de investigación. Fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal. Jurado de concursos para seleccionar magistrados en distintos poderes judiciales de Nación, de provincias y Ciudad de Buenos Aires, y de los Ministerios Públicos.

las economías y la corrupción no provienen solamente de pésimos gobernantes que actúan desde el sistema público, sino de particulares que logran desviar en su provecho las políticas de gobierno o conformarlas a su propia medida. Los grandes grupos económicos nacionales y transnacionales producen daños masivos a las economías de los países muy superiores a las consecuencias de todos los demás delitos y, todo ello, con total impunidad.

Por ello, deberíamos repensar el principio de última ratio del Derecho Penal, y considerar si no merece alguna aclaración en función de los destinatarios del castigo estatal.

Asistimos a un fenómeno novedoso en términos históricos, ya que en los últimos años se produjo una globalización mundial de la economía y la tecnología al servicio de ella, y además proliferaron los organismos internacionales colocados por encima de los estados, que dictan políticas, obligan a seguirlas y controlan su ejecución. Pero ninguno de esos sistemas funciona satisfactoriamente, porque subsisten los paraísos fiscales y los centros financieros extraterritoriales (CFE) facilitan los movimientos de flujos de capitales no regulados e ilícitos, por su secretismo. Expresamente se decidió excluir a la ONU como organismo de control, y así resultó que la aplicación de medidas concretas quedó en manos de un pequeño grupo de economías unidas por la mentalidad de libre mercado. En 1990 el GAFI elaboró 40 recomendaciones para la Lucha contra el Blanqueo de Capitales. Los atentados terroristas del 11/9/11 ampliaron las competencias del GAFI.

Se ha verificado que este poder es el real, y que no opera de manera directa, ni a nivel político, ni académico, ni institucional, sino que lo hace a través de operadores o agencias indirectas. Esos poderes financian Universidades, Investigaciones, Publicaciones, Viajes, Congresos, Editoriales. Y así determinan las políticas legislativas. La mayoría de las últimas reformas penales en la Argentina vinieron de recomendaciones del FMI, GAFI, OMC, OCDE. Desde allí se baja línea. Se dice de qué hay que hablar y se escriben los proyectos de futuros tipos penales o dispositivos de la parte general o métodos de investigación.

Esto produce paradojas que obligan a recalculer políticas. Precisamente, quedar exentos las consecuencias del formidable sistema de control internacional y evitar que recaiga sobre ellos, aparecen desde el mismo poder económico obstáculos

para que no se les vuelva en contra, como el conseguir que los gobiernos sancionen moratorias, blanqueos de capitales, amnistías fiscales, o impongan sanciones económicas a las personas jurídicas que ya tienen incluidos en sus costos esos montos, sin sanción a sus miembros; el pago de las pretensiones fiscales para declarar extinguidas las acciones penales en los delitos tributarios; la actualización de montos de las condiciones objetivas de punibilidad con la consecuencia de la impunidad por retroactividad de la nueva ley más benigna para los hechos cometidos durante la vigencia del monto anterior; la instauración de procedimientos administrativos previos a las causas penales que operan como cuestiones prejudiciales, donde se produce una selectividad grosera, etcétera.

Entre nosotros, algunas particularidades locales un tanto grotescas, como la de la ley 27260, art. 87, con la que la Unidad de Información Financiera se excusa para no revelar, nada menos que a los jueces penales federales, la identidad de sus fuentes de información<sup>2</sup>, con lo cual, es incontrolable para las defensas y fiscales, con el conocido riesgo de que toda la información que sí circula, pueda ser “pescado podrido” o ser

---

<sup>2</sup> Ley 27260, artículo 87: La obligación de guardar secreto establecida en el artículo 22 de la ley 25.246, incluye la reserva de la identidad de los sujetos reportantes y reportados durante todo el proceso de análisis a cargo de la Unidad de Información Financiera y la prohibición de revelar la fuente de su información en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 13, inciso 3 y 19 de la ley 25.246.

La declaración voluntaria y excepcional que presente un contribuyente así como toda la información y documentación que aporte, las consultas que efectúe y el contenido de todos y cada uno de los trámites conducentes a la realización de dicha declaración, están alcanzados por el secreto fiscal y regulado por lo dispuesto en el artículo 101 de la ley 11.683 (t.o. 1998) y sus modificaciones.

Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos. Igual obligación existirá para todo tercero respecto de cualquier documentación o información de cualquier modo relacionada con las declaraciones voluntarias y excepcionales reguladas por esta ley que fueran presentadas por cualquier contribuyente.

Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, los declarantes del Título I del libro II de la presente y terceros que divulguen o reproduzcan documentación o información de cualquier modo relacionada con las declaraciones voluntarias y excepcionales reguladas por esta ley incurrirán en la pena prevista por el artículo 157 del Código Penal.

Los periodistas y comunicadores sociales, así como los medios de comunicación y sus responsables legales, por motivos de interés público estarán exceptuados de lo antedicho.

Ley 27260, artículo 88: No habrá ninguna limitación en el marco del presente régimen a la capacidad actual del Estado de intercambiar información, reportar, analizar, investigar y sancionar conductas que pudiesen encuadrar en los artículos 303 y 306 del Código Penal.

La Unidad de Información Financiera podrá, a su discreción, comunicar información a otras entidades públicas con facultades de inteligencia o investigación.

parcial, y estar solamente direccionada hacia los grupos económicos que han caído en desgracia política. La consecuencia visible es que se denuncian infinidad de hechos sin sustento probatorio alguno.

Son vías de fuga del sistema punitivo, lo cual no ocurre con los otros delitos.

No es cuestión de dedicarse exclusivamente a la corrupción. La noble idea de reprimir a los funcionarios corruptos no nos debe llevar a legitimar propuestas que tiendan a minar la autoridad o poder de los estados, porque desde el sector privado ya se vio claramente que los Estados son (o eran) los únicos que pueden (o podían) contrarrestar el poder real de las corporaciones multinacionales.

Pero la idea de la fe en el autocontrol y no control del Estado, es falsa. El dinero que se lleva la corrupción funcionaria es infinitamente menor que el que se llevan los delitos económicos de las grandes corporaciones que, por supuesto, no necesariamente son cometidos con la intervención de funcionarios<sup>3</sup>.

La situación de control mundial es aceptada por los representantes, políticos y gobernantes sin tamices, y así se genera un incremento de la normativa de un sinnúmero de actividades económicas y financieras. El resultado es que los estados ya no son enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económicas y criminales.

---

<sup>3</sup> Recién después de la lista de delitos económicos vienen los delitos corrupción, con funcionarios ubicados en determinados puestos de gobierno para atender de los dos lados del mostrador, al servicio de los negocios particulares. Puedo pronosticar que el delito estrella en la Argentina los próximos diez o veinte años, será el de negociaciones incompatibles, generados en la enorme cantidad de conflictos de intereses entre funcionarios y empresas. La actuación de estos funcionarios genera una gran cantidad de situaciones en las que la línea entre lo que es delito y lo que no lo es, se torna gris. Así, los que otorgan excepciones reglamentarias para la construcción de inmuebles; los que arman licitaciones a medida de las empresas amigas sin una razón valedera; los que permiten que una empresa se subdivida en varias para atender varios rubros de una gran licitación y así participar en todos; los que privatizan servicios públicos que deberían quedar reservados a las instituciones de todos los poderes de los estados, como por ejemplo, las comunicaciones y cuidado de documentos oficiales; los que son conscientes de los pools o *trusts* que se arman para repartirse las licitaciones y eliminar la competencia; los que permiten la exportación de las ganancias o les permiten aplicar o contratar con el estado pese a que están radicadas en paraísos fiscales, o se trata de capitales anónimos; los que designan o aceptan cargos públicos a sabiendas de sus compromisos con determinados sectores privados, con la excusa de que su situación no está expresamente prohibida por la ley (por ejemplo, porque su relación es con la empresa controlada, pero no con la controlante; o porque los verdaderos dueños de una sociedad no están a la vista, pero él los conoce), o porque inventan una excusa habilitante, tales como la declarar que se excusarán cuando les toque intervenir en asuntos de tal o cual grupo empresario, etc. etc. Es decir, todas medidas tomadas a cara descubierta y en expedientes formados al efecto. Y nadie lo ve como delito, porque pasa a formar parte de la cultura. Nos toman el pelo en la cara por saberse impunes.

Se generan antinomias, mensajes contradictorios. Aparecen superposiciones de planos entre las normas del derecho administrativo y económico, que son preventivas, y las penales, que deberían ser represivas, lo cual conduce a la tendencia de emplear las últimas como refuerzo de las primeras. Por ejemplo, las reglas de Lucha contra el Blanqueo de Capitales (LBC) están convirtiendo a los empleados bancarios en detectives privados, con grave afectación al derecho a la intimidad de los clientes. Esto genera la elaboración de informes defensivos de las entidades financieras para evitar posibles sanciones. Y el resultado es que existe una avalancha de informes de operaciones sospechosas, siendo que la inmensa mayoría en realidad son lícitas o de escasa gravedad. Pero ese aluvión produce su imposible procesamiento, con lo cual, las ilícitas terminan quedando encubiertas en semejante universo.

Las instituciones financieras dejan de ser actores pasivos y pasan a ser proactivos. Las entidades bancarias elaboran informes de riesgos, muchas veces, en base a sus propias reglas internas. El “conozca a su cliente” se ha transformado en un nuevo paradigma. Se puede decir que el aparato regulador intrusivo de los sistemas financieros mundiales es un aparato de espionaje mundial.

Nadie parece advertir que este sistema de control administrativo preventivo aparece como simbólico, dirigido a objetivos distintos de los que declama. Una especie de Panóptico más sofisticado. Es un poder positivo configurador. Con el pretexto de alcanzar unos objetivos declarados, se habilita un poder mucho mayor, el poder de control a todos los habitantes del mundo entero<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> En la realidad las empresas y empresarios no hacen las cosas como está previsto en las leyes que autorizaron su creación y funcionamiento, es decir, las que generan situaciones que pueden interesar al derecho penal. Además, han aprendido la lección y hoy no necesitan más ser socios de dictaduras o eludir o estar en contra de políticas de muchos gobiernos democráticos bien intencionados y ocupados por el bienestar público, porque las empresas más importantes hoy en día *son* los gobiernos. Forman, ponen o compran funcionarios a lo largo de todo el orbe. Las multinacionales especialmente, con sus socios o subsidiarias locales, ponen y sacan gobernantes a su antojo y logran que éstos gobiernen en su provecho y, como ya ha explicado la criminología, en el ámbito económico la distinción entre lo lícito y lo ilícito es borrosa porque las que en un momento se consideran prácticas prohibidas y castigadas, en otro pasan a estar fomentadas y el entramado de normas de todo nivel que regulan sus actividades es enorme, desordenado y contradictorio. Esas son algunas de las causas del fracaso total de las políticas criminales llamadas de lucha contra determinadas formas de criminalidad, o mejor dicho, del desenmascaramiento de su falsedad, como ya se sabe con el tema de la lucha contra las drogas, inventada por los asesores de Nixon para ir contra los negros y opositores a la guerra de Vietnam. La inserción en las empresas de preventores de delitos y vigilantes

También están otros temas: como el siempre vigente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la intervención de las corporaciones en las serias violaciones a los derechos humanos que se dan a nivel mundial, el recupero de activos (procedentes de actividades delictivas), los estándares empresariales para la evitación de riesgos (de prevención de delitos, que se conocen como *criminal compliance programs*), los programas de cooperación internacional entre empresas para ese mismo objetivo, los problemas del crimen organizado, el mayor o menor intervencionismo estatal en las economías y su correlato penal, la influencia de las finanzas internacionales, la (des)regulación de los mercados, los conflictos de intereses entre funcionarios y miembros o directivos de empresas que ya no son solamente nacionales, las legislaciones que admiten el anonimato de sus dueños, etcétera.

Pero el problema no es del mundo normativo, sino del real: su impunidad. No hay casi lagunas de punibilidad, sino enormes de impunidad.

Ya está descubierto que las llamadas crisis económicas en realidad, no surgieron por generación espontánea, sino que tienen nombres y apellidos, más allá de las dificultades para detectar y procesar la cantidad de delitos cometidos por la complejidad de su comisión y el poder de sus autores.

Desde no hace mucho tiempo se suma una nueva mirada, consistente ya no sólo en propiciar el castigo de la complicidad de las corporaciones en delitos internacionales, sino en determinar si algunas de sus prácticas constituyen crímenes internacionales en sí mismos, serias violaciones a los DD.HH. Se trata de conductas más sutiles que las tradicionales contribuciones y apoyos a regímenes que cometen homicidios, torturas y desapariciones.

Entre otros asuntos, se demanda la tipificación expresa de todas las formas de imputación hacia adentro de las corporaciones, para evitar violaciones al principio de legalidad. Especialmente en los casos de miembros que no intervinieron activamente en la toma de decisiones sino que, pudiendo y debiendo hacerlo, no se opusieron a su comisión de manera consciente o por negligencia o desinterés. Se propicia la sanción a personas físicas por su intervención omisiva (que debería ser

---

internos y externos puede esconder otros propósitos. Los fines declarados no son los realmente perseguidos.

objetiva y subjetiva) en actos realizados a través o desde la persona jurídica, pero se exige estén previstas expresamente en la ley penal como omisiones, sean dolosas y/o culposas, y todo ello, para evitar y dar por terminadas las disímiles interpretaciones sobre la omisión impropia y las cláusulas generales de equivalencia de algunos códigos penales, que no logran sortear el problema de que terminan trazando líneas de imputación derivadas de posiciones de garantía que sólo aparecen en otras ramas del derecho, donde expresamente se prevén las respectivas consecuencias, ajenas al Derecho Penal.

La ley debe ser una herramienta útil para los fiscales y jueces, y dada en un lenguaje inteligible por cualquier fiscal o juez de todo el mundo, en tanto estamos hablando de actividades transnacionales. Recordemos que en cooperación internacional, rige el principio de doble incriminación, en el país requirente y en el requerido, de modo que la descripción normativa es sumamente relevante.

La propia realidad impone sus reglas: es sencillo evadir la responsabilidad individual e invisibilizarse dentro de una persona jurídica, con el auxilio de testaferros, prestanombres, apoderados que en realidad son dueños, empleados jerarquizados y profesionales a sueldo que son contratados como terceros, pero responsables de áreas o proyectos, etc. Por eso, aunque se acepte la responsabilidad penal del ente colectivo ideal, ello no debería agotar la de los miembros que tomaron decisiones o que las propiciaron, aunque ellos no estén visibilizados.

En ese punto, no está muy claro cuál sería el rédito para el derecho penal de la figura del *Compliance*. Al presentarse como un sistema para prevenir delitos, nos ubica en el terreno de la prevención, siempre resbaladizo y oscuro al derecho penal tradicional que debería ceñirse al ámbito represivo.

Se destacan también hoy la extraterritorialidad, la globalidad, el anonimato, la participación en grandes empresas donde los miembros ni se conocen, y no quieren saber qué hacen los ejecutivos para obtener ganancias (ceguera voluntaria ante los hechos), la capacidad de lobby sobre funcionarios y parlamentarios, cuando éstos no son sus reales representantes o empleados que dictan las políticas económicas, etc. Se trata de una serie de circunstancias que superan la capacidad de actuación de los penalistas bien intencionados.

Muchas corporaciones pueden estar involucradas en conductas que dan lugar a serias violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales como resultado de sus negocios, sean éstos riesgosos o como consecuencia de sus actividades rutinarias (como producción industrial o de servicios financieros) y, especialmente, el creciente carácter transnacional de estas actividades.

En el mundo jurídico internacional se reconoce que muchos sistemas penales domésticos adoptaron el principio de responsabilidad criminal o cuasi criminal de las corporaciones; pero las discusiones sobre ese tema se dejan libradas a la academia. No importa si las consecuencias para las personas jurídicas son consideradas penales o administrativas. Pero sí que, independientemente de la responsabilidad corporativa, la respuesta penal debe dirigirse necesariamente hacia los individuos que actúan dentro de ellas, como los ejecutivos, oficiales, dirigentes, representantes, dueños, etc. .

Allí aparece el asunto de los “actos neutrales”, que contribuyen a las acciones de determinados regímenes, nacionales o extranjeros (por ejemplo, provisión de bienes legítimos y servicios a regímenes genocidas, criminales de guerra, violadores sistemáticos de DD.HH., etc.). Se tiene en cuenta que deben ser castigadas las actividades ordinarias que, en realidad, sirven de escudos a los actores corporativos que apoyan las serias violaciones de derechos humanos.

Existe un intento de trasladar las enseñanzas de estructuras tales como la del sistema organizado de poder y así, propiciar el castigo de quienes tengan el control sobre el sistema, por supuesto, respetando el principio de culpabilidad, porque en el ámbito empresarial se puede llegar a supuestos de responsabilidad objetiva, debido a los problemas que señalara el mismo autor de la teoría, Roxin.

También se propicia la aplicación de la teoría de la empresa criminal conjunta, definida por cierta jurisprudencia internacional, pero con la prevención de que sólo podrá ser aplicada de acuerdo con los principios generales del derecho penal, en particular el principio de legalidad y el de culpabilidad, para evitar caer en casos de responsabilidad colectiva o por la mera pertenencia a un grupo, como la vieja responsabilidad tribal.

También se está pensando en aplicar la teoría de la responsabilidad del superior, positivizada para los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma, es

decir, se estudia si puede ser aplicada a los miembros de las corporaciones, siempre que tuvieran control efectivo sobre sus empleados u otros subordinados y que los demás requisitos de esta construcción estuvieran dados. Como sabemos, en este punto se discute si se trata de una responsabilidad por un delito propio, como autor, o por su intervención (como autor mediato, coautor, partícipe, etc.) en los hechos que ejecutan los subordinados, que en este caso serían los de la empresa<sup>5</sup>. La idea es romper la accesoriedad de un hecho con el otro, aunque no la conexión. Por eso se cita el art. 28 del Estatuto de Roma, y no el 25.

En el presente se están intentando trasportar muchos de estos postulados de los delitos internacionales a los de la responsabilidad de las empresas y sus miembros<sup>6</sup>.

En cuanto a los programas corporativos de *compliance* y las reglas de *governance*, se aclara que éstos deberán incluir la obligación de respetar los estándares internacionales de derechos humanos y, por supuesto, de los derechos penales locales. Es decir, no es viable mostrarlos como causales de exención de responsabilidad ab initio, porque éstos son instituciones de derecho privado. Para

---

<sup>5</sup> Ambos, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*, Duncker & Humbolt-Konrad Adenauer-Temis, Montevideo, 2004, capítulo 9, págs. 295 y ss.

<sup>6</sup> Ver distintas conclusiones de seminarios de Amnesty International y de la International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), así como sus predecesoras de la Comisión Internacional de Juristas. *Complicidad de las Empresas y Responsabilidad Legal. Derecho Penal y Crímenes Internacionales*. Ginebra, Suiza, 2008. [www.icj.org](http://www.icj.org).

Para el informe de expertos de la Comisión Internacional de Juristas, la negligencia al preservar sus obligaciones como superior para prevenir o castigar la conducta delictiva de sus subordinados y las personas bajo su control, le debe ser reprochada. La responsabilidad del superior no sólo se limita a los crímenes cometidos por sus subordinados en persona, sino que también abarca los actos de complicidad o colaboración de éstos con el perpetrador. Los elementos esenciales de la responsabilidad del superior son:

- a) Una relación de jerarquía, entre el acusado (responsables de la empresa) y el perpetrador del crimen (subordinado en el caso). Es decir un efectivo ejercicio de poder o control de uno sobre el otro, una posición de autoridad.
- b) El acusado sabía o tenía razones para saber que el crimen fue cometido o estaba siendo cometido. Esto es el elemento “mental”. El superior tiene en su poder información que lo ha puesto en conocimiento de los delitos que se cometieron.
- c) El acusado omitió en emplear los medios que necesaria o razonablemente debían tomarse para prevenir el delito, detenerlo o castigar al culpable. Sin embargo, tampoco se le podrá exigir un imposible.

En hechos de graves violaciones a los derechos humanos, la Comisión toma como parámetro los escenarios fácticos. Son las “zonas de riesgo” en el derecho penal respecto de situaciones de las empresas que han participado en grandes violaciones a los DDHH. La Comisión señala algunas en particular: la provisión de bienes y servicios a aquellos que cometen los crímenes, la provisión de información para el mismo fin, utilizar suministros que provengan del delito y la comisión de éstos a través de la contratación de servicios de seguridad.

determinar la responsabilidad individual penal de los ejecutivos y dueños de las corporaciones, por su participación en crímenes de todo tipo, sus deberes y prohibiciones están definidos en las leyes, especialmente las penales y, solo después, podrán ser reglamentados en normas internas privadas los asuntos de detalle para el eficiente funcionamiento de la empresa, pero ello siempre debe serlo de acuerdo con el derecho nacional, y no al revés.

Es que las reglas de incriminación penales no pueden depender de los contratos o reglas privados, tales como los protocolos de actuación de las empresas para prevenir daños, la designación de oficiales de control y prevención, ya sean externos o internos de las sociedades, etc. etc. Esos programas de *Compliance* no podrán tener más entidad que la de describir la casuística de cada caso particular, las circunstancias de hecho y, así, la de ser indicios de formas de actuación o detalles sobre el cumplimiento o no de los deberes y prohibiciones que vienen descritos en las leyes. En muchas propuestas de este tipo subyace la atrevida pretensión de una suerte de privatización de la justicia penal.

En mi opinión, expresiones tales como el defecto de organización, empleada para describir la culpabilidad de una corporación, no aportan nada a esta cuestión. Una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber cometido o generado la comisión de delito alguno. Y viceversa, puede contar con la perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal<sup>7</sup>.

La idea es que las investigaciones y persecuciones penales no se detengan en los agentes formales, sino que buceen en la realidad de los hechos porque, como se adelantó, existen muchísimos supuestos de testaferros, hombres de paja, sistema de cajas chinas de empresas que controlan otras, sociedades de dueños anónimos, empresas de *Compliance* externas contratadas para asumir las responsabilidades, incluso penales, etc. etc.

---

<sup>7</sup> Seguramente esta opinión está influenciada o sea consecuencia de nuestra concepción del ilícito penal, para la cual, la culpabilidad no es fundante de la incriminación, sino que el castigo se legitima solamente ante la lesión o puesta en peligro de los derechos de terceros (art. 19 CN). Luego, la culpabilidad de las personas físicas o de las jurídicas, serán límites a sortear para llegar a la atribución de responsabilidad, pero no su fundamento.

Por ello también se puede admitir la delegación de poder dentro de una corporación, como una herramienta capaz de atribuir responsabilidad criminal, siempre que se cumplan ciertas condiciones, por ejemplo que la delegación sea parcial, precisa, específica y necesaria para desarrollar el negocio, y los delegados estuvieran en posición para realizar las actividades que le fueran transferidas, y que el delegante no pierda no la pierda así como así. Se basa en el principio de desconfianza, para que la delegación no sea una pantalla que desligue al delegante completamente de responsabilidad, porque el delegante conserva un deber de supervisión respecto de la facultad delegada y la responsabilidad que acarrea. Pero eso tiene que estar legislado.

## **2. Algunas reflexiones más**

Debemos tener cuidado con una especie de fe en el castigo. Los planos de la realidad y el jurídico son distintos y, no tener en cuenta ello, genera frustración ante la no realización de nuestras creaciones normativas.

Es difícil llegar a soluciones satisfactorias desde nuestra rama del saber, si quienes dictan las reglas son los que manejan la economía. Los miembros de las corporaciones se transforman constantemente y siguen haciendo negocios con los gobiernos de todo signo, tiempo y lugar, sean democráticos o no lo sean, bajo el principio, falso por supuesto, de la filosofía de mercado, que pretende que los negocios son políticamente asépticos o neutros.

Especialmente en los crímenes económicos de consecuencias masivas, los perpetradores y sus cómplices emplean todo tipo de técnicas de neutralización de su culpabilidad o responsabilidad. Los hombres de negocios, no se preocupan por considerar que en realidad están ayudando a otros a cometer delitos o que directamente los están cometiendo sus empresas, porque ellos entienden o se convencen a sí mismos de que sólo están interesados en hacer dinero, que tienen que hacer funcionar sus compañías lo mejor posible y que la responsabilidad no es de ellos, sino de los funcionarios. Ellos dicen, “ese no es nuestro problema, es de ellos, que son quienes están a cargo”.

Y ahí aparece una cuestión cultural. Tanto antes como ahora, los hombres de negocios, los fiscales y los jueces pertenecen a los mismos círculos sociales. Los

hombres y mujeres que han colaborado o ayudado o dado soporte a los grandes delincuentes económicos o que directamente han cometido ellos delitos económicos de toda laya, no son vistos como criminales. Aun en la suposición de que un juez o un fiscal hayan tomado conciencia de la falacia que subyace en esta imagen, es muy dificultoso y pesado para ellos ir en contra de esta visión. Quienes lo hagan, se quedarán sin el apoyo de sus propios colegas, amigos y familias.

### 3. El lavado de dinero en especial

Hoy la estrella es el delito de lavado de dinero. Desde el punto crítico, la consagración de este delito es la demostración del fracaso de toda política criminal y de persecución penal para detectar los delitos base.

Se castiga el auto-lavado, con el que no se sabe muy bien qué hacer desde el punto de vista dogmático penal<sup>8</sup>.

Para minimizar ese fracaso se crean nuevas instituciones, en otras ramas del derecho. Así, la designación de algunos empresarios y profesionales como “sujetos especialmente obligados”, a quienes se convierte en garantes con consecuencias punitivas, y como ello no bastará, se le suman los soplones, los informantes y los arrepentidos. Los *Compliance* pueden ser agentes que actúan internamente en las empresas y desde allí dirigir las investigaciones, violar todos de los derechos de los empleados para ello, encubrir evidencia, y presentar a las autoridades informes de gestión sesgados donde muestren que el defecto estuvo en otro lado o que fue menor o imprevisible, etc.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Si es un acto co-penado, si es una etapa de agotamiento del delito anterior, si ya está incluido en el castigo del lavado (concurso aparente de leyes), o es un caso de concurso real de delitos porque su criminalidad puede ser diferenciada del delito base, si su castigo no sería una forma de generar situaciones de autoincriminación y violatorias de la defensa en juicio, etc., etc., etc.

<sup>9</sup> Los manuales de comportamiento inducen al control y denuncia de los hechos intra-empresarios y al aporte de pruebas en su propia contra. Es una forma de privatización del proceso penal. Es una especie de alianza estratégica entre la empresa y el Estado, pero con serias lesiones de principios constitucionales y tergiversación del fundamento y fines del castigo estatal. La investigación interna permite esquivar controles judiciales, y sin necesidad de autorización judicial, se pueden revisar los correos electrónicos de los empleados, los datos de tráfico, su contabilidad, etc. Interrogatorios a los trabajadores sin defensor, bajo la velada amenaza del despido y contratos de trabajo que obligan a poner en conocimiento del empleador todos los hechos y develar su privacidad.

#### **4. La impunidad por falta de investigación eficiente**

Y ahí viene el problema nodal de los delitos económicos: su investigación. No me refiero al derecho procesal. No vale la pena detenerse en éste, porque es ridículo, grotesco: se sienta a la persona jurídica en el banquillo para que declare por ella su representante e, inmediatamente después, esa misma persona física debe declarar en el mismo banquillo, por las mismas imputaciones, pero dirigidas a él como persona física. Me pregunto cómo haría una persona jurídica arrepentida para delatar a alguno de sus miembros titulares o representantes.

Sigo, me refiero a su impunidad por deficiencias en las investigaciones. Generalmente no se atiende o acude a los organismos especializados para hacerlo, como las distintas procuradurías del Ministerio Público Fiscal, que están interconectadas en verdaderas redes de información y cooperación nacional e internacional. Inclusive, que emplean con ingenio las instituciones vigentes para lograr a detección y el recupero de activos producto de delitos. El problema esencial de los delitos económicos no es la falta o deficiencias de la legislación, sino la impunidad, producto de las deficientes investigaciones y de falta de toda estrategia por ignorancia de los operadores judiciales.

Este tema hace a la criminalística, a la técnica de investigación y acreditación del crimen, no al derecho penal. Es un tema que debido a que es fascinante, se come a todos los demás. Pero no debemos perder de vista que se trata de asuntos que son más detectivescos que jurídico penales.

#### **5. La última ratio del DP y el Delito económico político**

A partir de la crisis económica europea de 2008, y de EE.UU. de 2007-2010 con los créditos hipotecarios, se viene gestando otro fenómeno. Esas crisis pusieron de manifiesto que el sistema financiero mundial no estaba amenazado por un siniestro grupo de delincuentes, sino por grupos de banqueros y magos financieros. Son bancos legítimos y la industria de los servicios financieros. No fueron fallas del sistema, sino delitos perfectamente punibles.

Las características de las investigaciones frente a estos hechos es que están destinadas a un fracaso total o parcial, no sólo porque se carece de recursos materiales y de personal especializado para investigarlas, sino porque para hacerlo

es indispensable la colaboración de los mismos implicados en las maniobras, que son los saben cómo hacerlo. De ese modo, el poder de los bancos, aseguradoras, *brokers*, calificadoras de riesgo, etc. subsiste. Ellos se hacen indispensables para la estabilidad del sistema. Los estados terminan rescatando a los bancos, es decir, la fiesta la pagamos todos.

Los delitos político-económicos tienen las características de todos; la defensa de la libertad individual contra todo poder avasallador proveniente de otro. Son el paralelo del Derecho Penal Internacional diseñado ante la criminalidad estatal.

Según Naucke el delito económico político consiste en la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos. Conductas económicas capaces de destruir la economía. Un delito económico político es aquel que con ayuda de una organización económica, destruye la libertad y las instituciones jurídicas que la protegen. Es un poder no controlado por el Estado ni la legislación vigente.

El descontrol proviene del hecho de que las personas que toman las medidas son las que se encuentran en situación jurídica poderosa, del mismo modo que se encontraban los jefes de estado hasta la mitad del siglo XX antes del DP Internacional. Los funcionarios económicos y técnicos financieros con sus decisiones marcan global y nacionalmente la vida de muchos ciudadanos, es decir, entramos en el terreno de la política, pero ellos no se consideran alcanzados por los mecanismos de control del estado democrático moderno. Eso es también una forma de ejercicio criminal del poder.

## **6. Final**

Están pasando muchas cosas en el ámbito que se genera con la intersección de la política económica, el rol mundial de las corporaciones y el derecho penal y el procesal penal. Solo los estudios de la realidad que permitan conocer los fenómenos de manera imparcial, bien intencionada y desprejuiciada, nos permitirán diseñar instituciones y normas del derecho penal y el procesal penal a la altura de las circunstancias de este nuevo mundo globalizado y tecnológico.