

La posible responsabilidad penal del compliance officer

Emilio Cornejo Costas PARA LA NACION

20 de enero de 2019

La ley 27.401 sobre responsabilidad penal de las empresas contempla como elemento clave el nombramiento de un responsable interno o compliance officer (CO) a cargo del desarrollo, la supervisión y el monitoreo del Programa de Integridad (inc. IX del artículo 23). Con lo cual, su existencia como garante de la transparencia, generador de un entorno de cumplimiento que dificulte la comisión de conductas ilícitas y en definitiva encargado de la gestión de los riesgos penales dejó de ser una opción para pasar a ser una necesidad enfatizada en los Lineamientos de Integridad de la Oficina Anticorrupción (punto 3.10), que detallan sus características y sus funciones.

Como consecuencia de ello, surge la inquietud sobre su eventual responsabilidad penal por el incumplimiento en sus funciones y más concretamente, por no impedir algún delito que pudiera cometer la empresa a través de uno de sus miembros.

Lo primero que conviene aclarar es que un mero incumplimiento formal o infracción en los deberes de vigilancia en el desempeño de sus funciones no conlleva sanciones penales ni administrativas (como sí sucede en otros países -Alemania-, o en otras leyes, por ejemplo, la ley de lavado de dinero, que prevé sanciones administrativas ante incumplimientos formales). Recién es posible comenzar a discutir su eventual responsabilidad penal a partir de la existencia previa de un delito que sea atribuible a la empresa y luego de ello habrá que analizar si dicho ilícito le puede ser endilgado a título individual.

Ahora bien, excluyendo del presente análisis los delitos cometidos de propia mano por el CO y aquellos en los que participa con intención de favorecer delitos ajenos, debemos comenzar señalando que los comportamientos con relevancia penal en nuestro ordenamiento pueden presentar dos aspectos diferentes:

1) Hacer algo causando un resultado, denominado delito de comisión-

2) No hacer lo debido para evitar un resultado, denominado delito de omisión.

La gran mayoría de los delitos de nuestro Código Penal pueden ser cometidos de una u otra modalidad (incluso el homicidio: por ejemplo, el guardavidas que no socorre a quien se está ahogando mata por omisión).

Claro que para que una omisión pueda ser punible, deviene necesario que el sujeto que omite la conducta debida se encuentre en lo que en derecho penal se denomina posición de garante; es decir, que sea la persona encargada de velar o proteger el bien jurídico que se lesiona -sea por ley, por un contrato o por propia asunción-.

La posición de garante originaria para evitar cualquier curso lesivo que surja de la actividad empresarial lógicamente le cabe al Órgano de Gobierno, que a su vez, al designar un CO y dotarlo de medios y recursos necesarios para ejercer adecuadamente su función, le delega el compromiso de contener aquellos riesgos penales que pueda generar la empresa, conservando el delegante lógicas responsabilidades residuales de vigilancia y supervisión de la labor del delegado.

En tal caso, pasará a ser el CO quien asume voluntariamente la función de prevenir y controlar que la empresa no cometa delitos ni se beneficie de ilícitos cometidos por algún representante, siempre y cuando sea revestido por el Órgano de Gobierno de los medios y recursos necesarios para gestionar adecuadamente los riesgos penales. Ante la comprobación de un delito atribuible a la empresa, es posible que el primer sujeto que deba dar respuesta en sede penal en carácter de imputado, sea el compliance officer.

No obstante, la mera posición de garante no es suficiente para atribuirle un delito al CO. Hay dos elementos o requisitos jurídicos que deberían verificarse sí o sí:

a) Que el resultado -el pago de una coima, por ejemplo- sea consecuencia de la omisión del debido control por parte del CO; en otras palabras, si una debida y razonable vigilancia habría evitado el resultado.

b) La presencia de dolo en el accionar del CO.

El problema es que el dolo se identifica cada vez más con el deber de conocer. Y en ese orden de ideas, la doctrina viene sosteniendo que actúa con dolo eventual quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, aquel que no sabe aquello que puede y debe saber. De acuerdo con este criterio, en ciertos casos existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante circunstancias sospechosas, y por ende, el dolo también está presente en quien actúa con esa ignorancia deliberada.

En síntesis, nuestro Código Penal prevé delitos dolosos y delitos imprudentes. Los delitos contenidos en la ley 27.401 son todos dolosos, ergo su comisión imprudente no es punible. Por lo tanto, para responsabilizar al CO habrá que demostrarle el conocimiento previo de la conducta delictiva. Sin perjuicio de resaltar que cada vez toma más fuerza aquel criterio que considera doloso el accionar de quien se coloca en ignorancia deliberada o ceguera ante los hechos. Por lo tanto, ante un delito cometido por la empresa o en su beneficio (vale mencionar que el proyecto del nuevo Código Penal que ingresará al Congreso en unos meses prevé una lista extensa de delitos empresariales), el CO podría ser responsable en aquellos casos en los que se verifique la ausencia de la conducta debida para evitar la comisión del delito y a dicha omisión se le añada su desconocimiento por indiferencia o por haberse colocado voluntariamente en una situación de ignorancia.

Abogado a cargo del Departamento de Derecho Penal Económico del Estudio Lisicki Litvin & Asociados -Miembro de la World Compliance Association- Capitulo Argentino

Por: Emilio Cornejo Costas

Fuente: *www.lanacion.com.ar*