

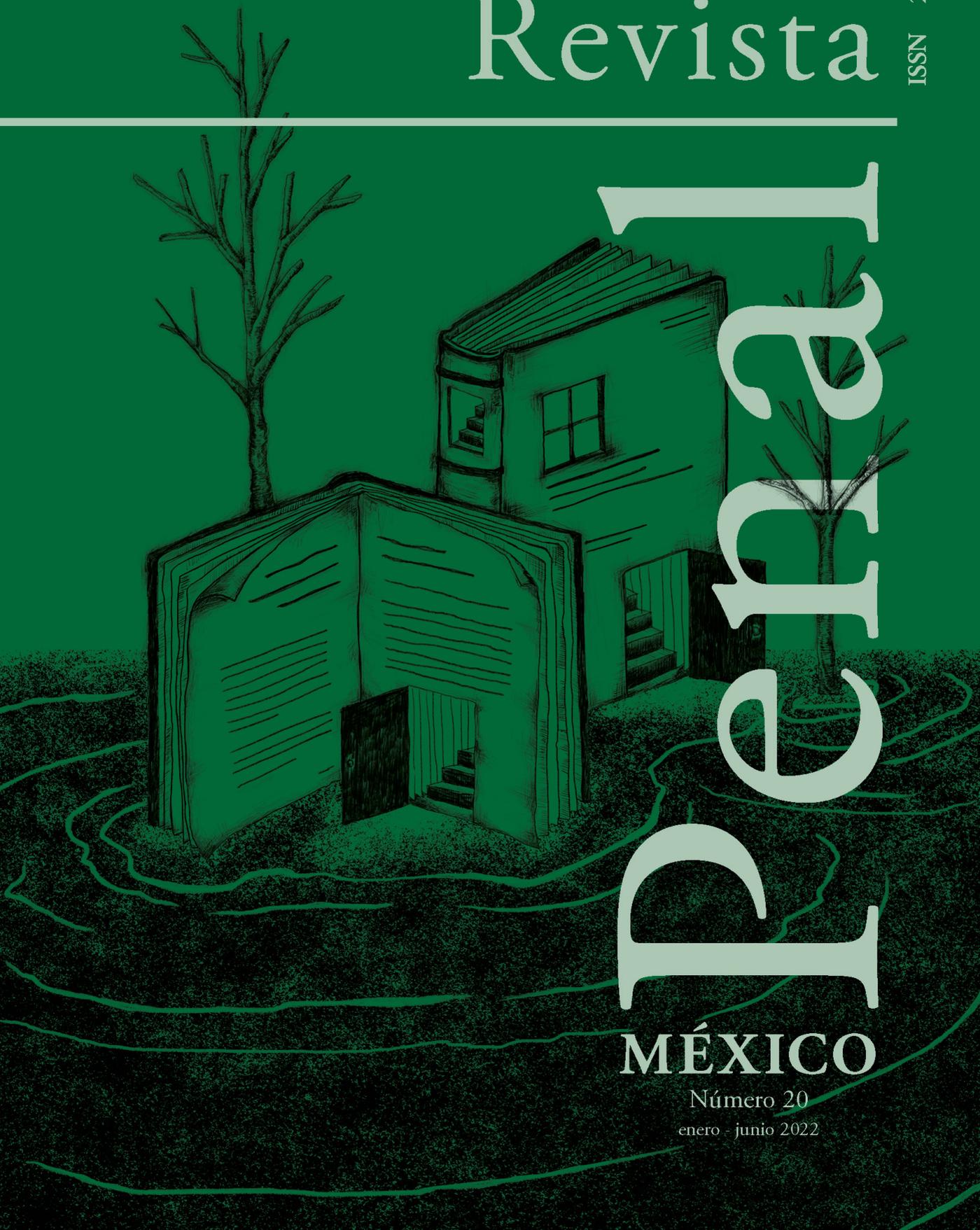
Revista

ISSN 2007-4700

l  
e  
r  
n  
e  
r  
o

MÉXICO

Número 20  
enero - junio 2022



## Apuntes sobre responsabilidad penal y *compliance* en el Uruguay: una discusión pendiente\*

**Pablo Galain Palermo**

*Investigador y docente de la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. Doctor europeo en Derecho (Universidad de Salamanca). Director de OLAP e investigador de la ANII (Uruguay).*

**Sofía Lascano**

*Abogada por la Universidad de la República, Uruguay. Especialista en Cumplimiento Normativo Penal por la Universidad de Castilla La Mancha, España, y maestranda en Derecho Empresario por la Universidad de San Andrés, Argentina. Investigadora de OLAP y CRIMINT (Centro Internacional de Investigación Aplicada en Derecho Penal).*

**RESUMEN:** El artículo se dedica al tratamiento de las innovaciones más importantes en materia penal en el Uruguay, como es la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance* criminal.

**PALABRAS CLAVE:** Uruguay, Personas jurídicas, Responsabilidad penal, Criminal *compliance*.

**ABSTRACT:** The article is dedicated to the treatment of the most important innovations in criminal matters in Uruguay, such as the criminal liability of legal persons and criminal *compliance*.

**KEY WORDS:** Uruguay, Legal persons, Criminal liability, Criminal *compliance*.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. *Compliance*, derecho penal y su relación con la teoría del delito. ¿Quién es responsable?. 3. *Compliance* y el ordenamiento jurídico uruguayo. 4. La función de los programas de *compliance* en Uruguay. 5. A modo de conclusión.

Rec: 07-09-2021 | Fav: 22-10-2021

\* Esta contribución corresponde a un extracto, forma parte de Ontiveros/Rodríguez (Eds.), *Tratado anglo-iberoamericano en compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 833-874.

## 1. Introducción

El *compliance* penal es un tema reciente en la discusión académica. Este artículo se refiere a la funcionalidad del sistema de *compliance* en el ordenamiento jurídico penal uruguayo, cuestión que por el momento no ha sido explorada por el legislador. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento son temas ajenos al derecho penal, pero ello no quiere decir que ambas cuestiones sean desconocidas para el ordenamiento jurídico uruguayo, que las vincula principalmente a la prevención del lavado de dinero<sup>1</sup> y la financiación del terrorismo.<sup>2</sup> Asumiendo que nos vamos a referir a una cuestión meramente doctrinal o de *lege ferenda*, esperamos que esta contribución sirva como aporte o disparador para un análisis futuro que debe hacerse con relación a la necesidad y, en su caso, las condiciones en las que introducir los programas de *compliance* y la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del sistema penal,<sup>3</sup> bajo el supuesto de que el derecho penal pueda cumplir con expectativas concretas de prevención. No obstante esto, auguramos que esta discusión no tardará en tener lugar a nivel político y legislativo, pues se anuncia que Uruguay tiene intenciones de ingresar como miembro pleno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en el futuro cercano.<sup>4</sup> Si este proceso político de integración avanza, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como la corrupción entre privados serán dos temas que muy pronto ocuparán la atención de la doctrina nacional.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Hefendehl, Roland y Galain Palermo, Pablo, *El derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2021.

<sup>2</sup> Sobre estos temas, Galain Palermo, Pablo, "Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay", en Ambos/Malarino/Steiner (eds.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pp. 277-318.

<sup>3</sup> Sobre el tema, Galain Palermo, Pablo, "Empresas, derecho penal y derechos humanos: la necesidad de un concepto amplio de sanción", Galain Palermo/Saad-Diniz (Eds.) *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*, Santiago: Tirant lo Blanch, en prensa; Galain Palermo, Pablo, "Ámbito corporativo y ¿violación de los derechos humanos? En América Latina, Saad-Diniz/Vitti (Coords.), *Corrupção, direitos humanos e empresa*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pp. 53-82.

<sup>4</sup> Extraído de: <https://www.elpais.com.uy/economia-y-mercado/cerca-ocde-uruguay.html>, visitado el 13.07.2020.

<sup>5</sup> Sobre la corrupción en Uruguay, Galain Palermo, Pablo, "Análisis de la política criminal contra el problema de la corrupción en Uruguay", en Olásolo (Ed.) *La respuesta al fenómeno de la corrupción desde los ámbitos iberoamericano e internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 383-442; "Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo

La doctrina acepta que el *compliance* se relaciona con los delitos del denominado derecho penal económico y, en particular, de los delitos cometidos por empresas.<sup>6</sup> En Uruguay el desarrollo del derecho penal económico es escueto, y el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apenas ha sido discutido; sin embargo, la doctrina mayoritaria es consistente en no admitirla. Desde hace años algunos autores consideran que no es admisible la responsabilidad penal de la persona jurídica fundamentándose en que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad está ligada a la persona física, tal como surge de las normas de nuestra Constitución, especialmente del artículo 72. También se argumenta que no lo permite el artículo 30 del Código Penal uruguayo (CPU) sobre la imputabilidad y el artículo 18 del mismo cuerpo normativo sobre la culpabilidad. Sin dichas cuestiones saldadas, es muy difícil imaginar sistemas de *compliance* penal correctamente estudiados y regulados. Por ello, a través de la norma administrativa se encuentra hasta el día de hoy la forma más oportuna de sortear los *obstáculos* de la teoría de la imputación por medio de la aplicación de normas penales sucintas, con el inconveniente de las lagunas y vacíos que ocasiona un sistema basado en un *compliance* en manos de privados. De esta forma, en Uruguay se opera a través de un sistema mixto, en donde la administración de justicia y los sujetos obligados del sector privado trabajan en conjunto frente a determinadas operaciones financieras que por su magnitud e impacto deben ser especialmente analizadas, con la salvedad de que en muchas ocasiones la administración pública, por un lado, y los privados, por el otro, no comparten los mismos incentivos.

## 2. *Compliance*, derecho penal y su relación con la teoría del delito. ¿Quién es responsable?

Los términos *compliance programs*, *risk management*, *corporate governance*, *business ethics*, y *codes of conduct* están relacionados entre sí y describen nuevos conceptos de dirección empresarial y de *compliance* específicamente. En este trabajo usamos el término *compliance* o programa de *compliance* en

del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguayo?", *Revista Política Criminal*, Chile, en prensa.

<sup>6</sup> Por todos, Rotsch, Thomas, "Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal *compliance*", *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 3, 2015, CEDPE, Lima, pp. 15 y s.

forma alternativa para referirnos al mismo concepto. Estos programas surgen como consecuencia de graves escándalos financieros en los que estuvieron involucradas importantes empresas y que provocaron enormes daños sociales (y reputacionales para las empresas involucradas). En lo que refiere al sistema penal la discusión es reciente y nace vinculada a los delitos cometidos en el sistema económico-financiero por las empresas y por el personal que trabaja en ellas. La complejidad de estos delitos ha llevado a que el propio Estado tenga interés en el desarrollo de estos programas para trasladar de alguna manera a los privados tareas relacionadas con la prevención del delito. De este modo, tanto las empresas como también los sistemas legales pensaron en estos nuevos conceptos con el fin de mejorar la dirección de la empresa a través de medidas de orientación a la dirección empresarial hacia valores éticos y de prevención,<sup>7</sup> al mismo tiempo de mejorar la prevención del delito. Los programas de *compliance* en la mayoría de los ordenamientos en los que ya han sido reconocidos se adscriben principalmente a la política criminal de lucha contra el lavado de activos y la corrupción. En este marco, entre los deberes principales contenidos en dichos programas ocupan lugares esenciales el deber (omisivo) de “no ejecutar” y el deber (activo) de “informar” aquellas operaciones inusuales que puedan ser catalogadas como “operaciones sospechosas”.<sup>8</sup> Lo interesante de este sistema de “contralor” y “prevención” es que su contenido es determinado por la propia empresa en lo que se denomina un sistema de autorregulación regulada o coregulación, pues, a su vez, dicha empresa es controlada por la regulación del Estado (heterorregulación).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Sieber, Ulrich, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 64.

<sup>8</sup> Bermejo, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 244.

<sup>9</sup> Cufre, Denisse/Raskovsky, Rodrigo/Lascano, Sofia/Botero, Santiago, “Autorregulación empresarial”, Böhm, Maria Laura (Dir.), *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina. Para una visibilización de la violencia invisible*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2020, pp. 47 y ss. Estos programas contienen generalmente normas de gestión del riesgo, códigos de conducta, identificación de líneas de responsabilidad, sistema de información, normas de evaluación y control e incentivos eficaces para el cumplimiento de las normas. Bermejo, Mateo, *Prevención y castigo*, cit., p. 272,

En nuestro tiempo el derecho penal reactivo construido sobre la base del delito doloso y con fines preventivos especiales o generales positivos o negativos está en cuestionamiento. La dogmática construida durante el siglo XIX y gran parte del XX con base en la disputa de la imputación explicada por la causalidad o la finalidad (ambas con raíz en la realidad o en estructuras lógico-objetivas como si fueran verdades que el legislador solo puede valorar y recoger en los tipos penales) viene siendo fuertemente controvertida por una dogmática funcionalista que requiere “sustituir” lo ontológico por lo normativo, los “conocimientos” y “voluntades” de los imputables por “deberes” que pre-constituyen “roles” y “esferas de competencia”. En su versión moderada esta propuesta normativista introduce en las categorías de la teoría del delito las variables político-criminales que también influyen en la fundamentación y determinación del sentido, fin y medida de la pena. La política criminal hoy en día asume la preocupación sobre el control preventivo de disfunciones sociales relacionadas con la criminalidad económica, el lavado de activos, el tráfico de drogas, la responsabilidad por productos defectuosos o por el daño al medio ambiente, provocando una crisis en la propia función del bien jurídico que ya no protege las esferas personales de libertad.<sup>10</sup>

El denominador común de todas estas preocupaciones es que todas ellas son cometidas principalmente por empresas.<sup>11</sup> La potencialidad de daño para los más valiosos bienes jurídicos es muy grande, y la acusación de daños irreversibles para las personas y el medio ambiente depende en gran parte de la exclusiva voluntad de las empresas más poderosas en la conducción de sus operaciones. A la gravedad y el peligro constante relacionado con la extracción de materias primas hay que sumar la ausencia o escaso control (prevención y represión) por parte de las autoridades

<sup>10</sup> Hassemer, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP*, 10, 1992, pp. 378-383; Prittwitz, Cornelius, “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 427-446. En relación con los delitos económicos, Aires de Sousa, Susana, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 193 y ss.

<sup>11</sup> Heine, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, en Hurtado Pozo/Del Rosal/Simons, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49-72.

Apuntes sobre responsabilidad penal y *compliance* en el Uruguay: una discusión pendiente

estatales, cuyas economías se ven notoriamente impulsadas por estos grandes emprendimientos.<sup>12</sup>

Como aconteció a fines del siglo XIX, esta nueva política criminal busca construir un sistema penal preventivo, como si se quisiera reconstruir aquella “defensa social” que vuelva a poner la mira en el peligro que representan determinados autores y en la construcción de un catálogo de sanciones “a la medida” de las necesidades del caso concreto<sup>13</sup> para la lucha o combate contra determinados fenómenos que la “comunidad internacional” entiende ponen en “peligro” a los intereses fundamentales de una “sociedad global”, que es ahora la que dicta las normas de la “convivencia” globalizada. Las exigencias de esta nueva política criminal parecerían conducir a repensar las categorías de la dogmática penal para poder hacer frente a las necesidades preventivas de este tiempo. Ahora bien, hasta que esta nueva dogmática sea construida y globalizada, cada ordenamiento jurídico penal hace sus intentos de prevención y reacción ante las nuevas formas de criminalidad consideradas peligrosas, esto es, aquellas escogidas primero por el legislador y luego por los operadores de la administración de justicia.

Si pensamos en Uruguay, que es el caso que nos convoca, nos encontramos con el contrasentido de que para los criminales más poderosos se admitan todo tipo de herramientas de negociación basadas en la “cooperación” o “colaboración” con la investigación que permiten reducir o, incluso, eximir de castigo,<sup>14</sup> pero para los delincuentes comunes que cometen los delitos tradicionales contra el patrimonio o quienes cometen delitos imprudentes el margen de maniobra se acorta. En julio de 2020 una Ley de Urgente Consideración derogó la suspensión condicional del proceso por considerarla demasiado “benigna” (artículo 12) pero amplió la posibilidad de la “colaboración

eficaz” o “delación premiada” para todos los delitos penales competencia de los Juzgados Letrados en lo Penal (artículo 33).

Estas incongruencias intrasistémicas demuestran que la efectividad (concepto en el que cabe incluir la finalidad de lograr un decomiso o una compensación de parte del delincuente dentro de una “negociación”) es la lógica que mueve a la política criminal preventiva en un sistema funcional a dichos objetivos y a una gestión del delito que parece más preocupada en llegar a acuerdos con los delincuentes más peligrosos (o poderosos) y ampliar la pena de privación de libertad para los delincuentes comunes o imprudentes.

Según Tiedemann, a nivel nacional el legislador reacciona contra las empresas con distintas herramientas: *a.* responsabilidad civil (subsidiaria o acumulativa a los delitos cometidos por sus empleados); *b.* medidas de seguridad (del derecho administrativo o de policía, como por ejemplo, la confiscación conocida en el derecho tributario y aduanero); *c.* sanciones administrativas (financieras o *cuasi penales*); *d.* responsabilidad penal (vicarial, de la empresa y de las personas físicas); *e.* medidas mixtas (penales, administrativas, civiles, como la disolución, la intervención por síndicos, administración forzosa, etc.).<sup>15</sup> El número de Estados que castigan penalmente a las empresas a nivel nacional aumenta exponencialmente e, incluso, se discute la posibilidad de una responsabilidad penal internacional, para lo que se han construido distintas teorías que posibilitan la imputación por “atribución” u “organización”.<sup>16</sup>

El modelo tradicional construido para negar la responsabilidad de las personas jurídicas es un modelo de atribución, donde la “actuación en lugar de otro”<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Tiedemann, Klaus, Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad, Grijley, Lima, 2007, pp. 92 y s.

<sup>13</sup> Ambos, Kai, “Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12, 2018, pp. 583-603; Demetrio, Eduardo, “Presentación: Vulneración de derechos humanos por empresas multinacionales: ¿De un derecho penal económico transnacional a un derecho penal internacional económico?”, Demetrio/Nieto (Dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-23.

<sup>14</sup> Este era el modelo de responsabilidad único que estaba vigente en España hasta la reforma del Código Penal de 2010 que introdujo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Ver De la Cuesta, Jose Luis/Perez Machio, Ana, “O direito penal das pessoas jurídicas: a reforma do Código Penal de 2010”, Terra de Oliveira et al. (Orgs.), *Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, LiberArs, São Paulo, 2013, pp. 319-347.

<sup>12</sup> Ver Böhm, Maria Laura, “Criminal Business Relationships Between Commodity Regions and Industrialized Countries: The Hard Road From Raw Material to New Technology”, *Journal of White Collar and Corporate Crime*, Vol. I, 2020, pp. 34-49; “Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 13, Octubre, pp.41-65.

<sup>13</sup> Prins, Adolphe, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2010.

<sup>14</sup> Galain Palermo, Pablo, ¿“Un sistema penal construido sobre la base de la delación? Los arrepentidos que colaboran con la administración de la justicia penal”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Da Costa Andrade*, Vol. II, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 385-405

se basa en la teoría de la identificación,<sup>18</sup> esto es, la empresa solo puede ser responsable si es identificada con las personas que actúan por ella. El segundo modelo de responsabilidad es el de “organización deficiente”, donde se reconoce una culpabilidad por la conducción del negocio por el manejo deficiente del riesgo que permite la realización típica del mismo.<sup>19</sup> La fórmula alemana de la “irresponsabilidad organizada”, que se adjudica a Ostermeyer a principios de los 70, demuestra las dificultades para imputar a personas físicas en grandes empresas con división de tareas e información compartimentada que conducen a la irresponsabilidad colectiva y legítimas esferas de impunidad. Por eso, la organización deficiente se comprueba cuando se demuestran las deficiencias organizativas, como cuando falla el deber de vigilancia, a lo largo de la conducción en la vida<sup>20</sup> (y no cuando se puede probar la responsabilidad individual) que permita demostrar en una “dimensión temporal” una “culpabilidad por organización”.<sup>21</sup> El dominio del hecho aquí se analiza como dominio de la organización, del que se desprende un dolo o culpa colectivo de la empresa, que nos deja como cuestión problemática la delimitación concreta de aquellos actos generadores de la responsabilidad.<sup>22</sup> Por ello, Heine prefiere una

responsabilidad vicarial donde pueda imputarse según las esferas de responsabilidad a la empresa y a las personas físicas que actúan por ella, según corresponda, en un modelo que en cuanto a las consecuencias se asemeja a un modelo de medidas de seguridad.<sup>23</sup> La persona jurídica es pasible de imputación y reproche (culpabilidad, responsabilidad) porque también a efectos punitivos puede ser considerada “persona” en tanto es portadora de un papel o rol en activo en el seno de la sociedad en la que interactúa (contrae obligaciones) y a la que se le pueden atribuir distintas competencias. Siguiendo estos lineamientos los programas de *compliance* parecen encajar en un sistema de imputación para las empresas que pueda reaccionar mediante penas y medidas, aunque también podría hacerlo mediante una tercera vía mediante la reparación del daño.<sup>24</sup> Hace tiempo que parte de la doctrina reclama un derecho penal de la empresa y que esta pueda ser una solución más eficaz para el problema de la criminalidad económica.<sup>25</sup>

El derecho penal alemán es el más reticente a aceptar que las categorías como la acción, la culpa y la pena puedan ser aplicadas a las personas jurídicas.<sup>26</sup> Para el castigo de estas se construyó todo un sistema de contravenciones al orden (*ordnungswidrigkeiten*) donde se sustituye la palabra culpa/culpabilidad (*schuld*) por reproche/reprochabilidad (*vowerfbarkeit*), esto es, donde ya no se habla de culpabilidad sino de reprochabilidad o donde no existen penas de multas (*geldstrafe*) sino multas administrativo-penales (*geldbusse*), a pesar de que estas persiguen fines retributivos y preventivos (reproche ético y moral)<sup>27</sup> y superan en millones de euros a las penas de multa calculadas por el sistema de días-multa que considera la capacidad patrimonial del condenado.<sup>28</sup>

<sup>18</sup> El art. 14 StGB extiende la autoría para que abarque a aquellos que realizaran los elementos del tipo (en delitos especiales) cuando las características exigidas allí recayeran en persona distinta de la que lo ha ejecutado produciendo un desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo (representante). Ver Abanto, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del derecho penal?”, *Derecho&Sociedad*, 35, 2010, pp. 191-211.

<sup>19</sup> Tiedemann, Klaus, “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, 1988, pp. 1169-1173. Tiedemann sugiere que hay una tendencia a nivel comunitario de reconocer la culpabilidad de la empresa mediante la comparación con otras empresas del mismo tamaño y situación paralela, lo que surge de “doctrinas penales que basan el concepto de la culpa en la comparación con el cumplimiento de deberes por personas calificables como ‘razonables’”. *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), ppu, Barcelona, 1993, p.233.

<sup>20</sup> Lampe, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106, 1994, p. 732.

<sup>21</sup> Heine, Günter, “La responsabilidad penal”, cit, pp. 59 y 68.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 60. “Por ejemplo, un dominio funcional-sistemático de la organización reemplaza el dominio del hecho individual. Este dominio de organización de la empresa es deficiente, si la empresa omite la posibilidad de remediar a tiempo y de manera adecuada el peligro, y si descuida de planificar e invertir en programas de prevención. Los deberes pueden además ser precisados a nivel de cada división particular de la empresa de acuerdo a las funciones de la misma”. De esta manera hay dos ámbitos de responsabilidad distintos, uno colectivo y otro de los individuos. *Ibidem*, pp. 70 y s.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>24</sup> Roxin, Claus, “Zur Wiedergutmachung als einer ‘dritten Spur’ im Sanktionensystem”, *Arzt et al. (Hrsgs.) Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag* 22. Juni 1992, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 243-254; “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en AA. VV., *Determinación judicial de la pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 15-49.

<sup>25</sup> Por todos, Tiedemann, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico*, cit, p. 232.

<sup>26</sup> En profundidad, Engelhart, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Duncker&Humblot, Berlin, 2010.

<sup>27</sup> Tiedemann, Klaus, *Derecho penal*, cit., p. 98.

<sup>28</sup> Sobre el tema, Abanto, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit, p. 192.

La capacidad de actuar no resulta difícil de aceptar siempre que pueda especificarse a través de qué órganos se forma la “voluntad colectiva” que se traduce en “actos”, de modo que la “capacidad de obrar” sienta las bases para la “capacidad de culpabilidad” y la “capacidad de punibilidad”.<sup>29</sup> Una vez que se determina el modo en que la empresa se manifiesta y obra, quedan sentadas las bases para la responsabilidad de esta (con independencia de la responsabilidad individual de quienes actúan por la empresa, donde habrá que ver si existen justificaciones, excesos, exculpaciones, etc.).<sup>30</sup> Parece claro que las infracciones o delitos cometidos por empresas no deberían ser consideradas como “culpabilidad moral” sino que tiene que tratarse como una “culpabilidad normativa” que reproche a las entidades jurídicas por descuido intencional o imprudente de su responsabilidad social en el cuidado de los bienes jurídicos vinculados a sus competencias, principalmente cuando se trata de actividades que impliquen el dominio sobre determinados riesgos.<sup>31</sup>

La culpabilidad de la empresa (acción organizacional) no guarda relación con el principio de dignidad humana, sino que radica en la decisión contraria al derecho a pesar de que existía la posibilidad de actuar de otro modo.<sup>32</sup> Las empresas son capaces de contraer obligaciones y se benefician en términos económicos cuando se aprovechan de su mala organización y mal uso de la *due diligence*. Estas conductas pueden ser reprochadas, y tales sanciones tienen la potencialidad

de cumplir con todos los fines preventivos y funciones retributivas adjudicados a las penas.<sup>33</sup> La urgencia de prevenir lesiones al medio ambiente que ponen en riesgo mediato la vida o la salud de las personas legítima el uso de sanciones contundentes aplicadas a la propia empresa, aun cuando no se pueda demostrar la culpabilidad individual de quienes hayan actuado por ella. La posibilidad de imputar una lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos a una empresa de forma directa, esto es, sin que se tenga que imputar a las personas físicas que actúan en su nombre o en “lugar de ella” es negado principalmente por la doctrina alemana. Se dice que la persona jurídica no puede ser castigada penalmente porque el principio de identidad o personalidad de la pena está íntimamente relacionado con el principio de culpabilidad y, por tanto, los castigos no pueden ser transferidos y asumidos por terceras personas, como sí sucede cuando se aplica una multa como sanción administrativa que puede incluso ser trasladada a una compañía de seguros.

En lo que refiere a la imputación, la doctrina alemana exige identidad entre quien comete el delito y quien recibe la pena, de modo que la pena (por ejemplo, de multa) no podría ser trasladada a los accionistas.<sup>34</sup> El principio de identidad de la pena y su relación con el principio de culpabilidad no se rompe porque el monto de una multa, la reparación del daño, la suspensión de actividades de la empresa o el propio cierre de esta afectan a sus accionistas, pues son ellos quienes también deben sufrir las consecuencias de los “defectos” en la conducción de esta. Un derecho penal económico centrado en la responsabilidad de las personas físicas que actúan por las empresas sería insuficiente desde el punto de vista preventivo.<sup>35</sup> Debemos tener en cuenta que la culpabilidad no es la única estructura de responsabilidad jurídicamente aceptada, en lo que respecta a las personas jurídicas tradicionalmente se han aplicado medidas de seguridad, si bien ellas han respondido a una finalidad de contención de la “peligrosidad” que no puede ser extendida de tal forma que pueda ser considerada como un verda-

<sup>29</sup> La doctrina reconoce que tanto el ilícito penal como el administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica, pero solo se admite la extensión de algunos principios fundamentales del derecho penal a las infracciones administrativas. Ver De Palma, Ángeles, El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, Tecnos, Madrid, 1996, p. 27. De lo que se trata es de encontrar los principios propios que fundamenten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no tienen por qué coincidir exactamente con los principios desarrollados para la imputación y castigo de las personas físicas.

<sup>30</sup> Roth, Robert, “Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión”, en Hurtado Pozo/Del Rosal/Simons, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 194 y ss.

<sup>31</sup> Silva Sánchez niega esta posibilidad porque la persona jurídica no tiene libertad ni autoconciencia, por lo que no reúne las características mínimas de la acción humana que permitan la imputación subjetiva y la culpabilidad, porque no se puede reprochar jurídicamente a un sujeto que carece de conciencia y libertad. Silva Sánchez, Jesús, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2ª ed, Edisofer, Madrid, 2016, p. 311.

<sup>32</sup> Ortmann, Günther, “Für ein Unternehmensstrafrecht. Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung”, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 6, 2017, pp. 245 y ss.

<sup>33</sup> Tiedemann, Klaus, *Lecciones*, cit, p. 234; *Derecho penal*, cit, pp. 101 y ss.

<sup>34</sup> Montiel, Juan Pablo, “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal*, VI, 9, 2019, pp. 78-102.

<sup>35</sup> Roth, Robert, “Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión”, cit., pp. 177-224.

dero juicio de responsabilidad.<sup>36</sup> Para las empresas puede construirse un injusto de tipo “colectivo” (que no dependa de la sumatoria de injustos individuales de personas que “actúan” en su nombre) basado en “—defectos organizativos no reconducibles a injustos individuales— que radican en el nivel estructural-colectivo y no en el individual”,<sup>37</sup> de modo que la responsabilidad surge de un “contexto estructural” que puede ser considerado en sí mismo criminógeno.

En realidad, más allá de matices, la doctrina favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas acepta que se trata de una responsabilidad por defectos organizativos, cuando debió mantenerse otro tipo de *due diligence* o de cuidado respecto al cumplimiento de normas de conducta relacionadas con determinados bienes jurídicos, que pueden ser imputados. En relación con la persona jurídica ya no estaríamos en el plano del dolo o la imprudencia (aplicable a las personas físicas),<sup>38</sup> sino en la comprobación de criterios objetivos como el riesgo permitido y otros criterios similares a los subjetivos como la “gravedad del defecto estructural”.<sup>39</sup> La realidad parece sugerir que hay dos planos distintos de deberes, sujetos obligados y de imputación: uno para las personas jurídi-

cas (en su ámbito de responsabilidad) y otro para las personas físicas que cumplen determinados roles en la empresa (en su ámbito de responsabilidad). Entre ambos planos de responsabilidad habría comunicación, que influye en la medida de responsabilidad sobre “el grado de influencia del defecto estructural en la acción delictiva”.<sup>40</sup>

Ahora bien, como no estamos en el campo de la culpabilidad tampoco estaríamos en el de la pena, sino de algo intermedio entre las medidas de seguridad y las penas, si bien quienes han desarrollado su pensamiento en este sentido sostienen que se cumplen con todos los fines preventivos generales,<sup>41</sup> que, por cierto, parecen situarse con mayor comodidad entre las consecuencias jurídicas del derecho administrativo sancionador. Claro está, para un sector de la doctrina la solución administrativa sancionadora es insuficiente por carecer de un fuerte reproche social, siendo preferible: “un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas suficientemente preventivo y que no dependa de la culpabilidad, sino que constituya una responsabilidad propia y autónoma que tampoco tenga que denominarse ‘pena’”.<sup>42</sup>

### 3. Compliance y el ordenamiento jurídico uruguayo.

Existe en la actualidad, y en Uruguay concretamente, poca discordancia en cuanto a que el delito de lavado de activos y sus precedentes (sin perjuicio de la discusión acerca de cuáles debieran integrar esta categoría), por ejemplo, narcotráfico, estafa, defraudación tributaria, entre otros,<sup>43</sup> deben ser conductas perseguidas no solo por la normativa administrativa sancionatoria (que permite obligar a sujetos intervinientes en negocios “de riesgo” prevenir que cometan o faciliten dicha actividad delictiva), sino también por el derecho penal. Se argumenta que es necesaria la po-

<sup>36</sup> Cigüela Sola, Javier, “El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica”, *InDret*, 1, 2016, p. 7. Este autor aboga por un concepto filosófico de “responsabilidad sin culpabilidad” que deja de lado la idea de reproche, pero no la de sujeto obligado. “En otras palabras, no es posible hablar de una culpabilidad colectiva, ni de una culpabilidad por hechos de otros, pero sí, en cambio, de una responsabilidad de la organización, de algún modo conectada al comportamiento de sus miembros, disociada de la idea de reproche.” *Ibidem*, pp. 7 y s.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>38</sup> Sobre las categorías de imputación subjetiva basadas en el comportamiento imprudente, ver la reciente monografía de Andrea Perin, donde exige un “riesgo calificado” para determinar la presencia del dolo (en cuanto a lo objetivo), pero también la valoración de elementos psíquicos-volitivos que si pueden faltar en la imprudencia. Perin se posiciona contra toda propuesta de normativizar y objetivar las categorías de imputación subjetiva (o culpabilidad), principalmente, porque “Qualunque presunzione sarebbe comunque incompatibile con il dettato dell’art. 43 c.p., che, allo stato attuale, definisce il dolo come ‘previsione e volontà’ dell’evento pericoloso o dannoso”. Perin, Andrea, “Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giudizio”, *Collana della Facoltà di Giurisprudenza* 29, Trento, 2020, pp. 387, nota de pie 3.

<sup>39</sup> Estos criterios co-explican el delito: “es más grave un defecto organizativo que afecta a la vida y la integridad física de las personas que uno que afecta a derechos patrimoniales restituibles; del mismo modo que es más grave un defecto estructural prolongado en el tiempo que uno de carácter puntual”. Cigüela Sola, Javier, “El injusto estructural de la organización”, cit., p. 16.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> Nieto Martín sostiene que los fines de las medidas preventivas de autorregulación exigidos a las personas jurídicas influyen en el comportamiento de las personas físicas que integran la persona jurídica. Nieto Martín, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 266 y ss. Cigüela se refiere a que la sanción a la empresa implica “un refuerzo preventivo que se añade a la responsabilidad individual”, Cigüela Sola, Javier, “El injusto estructural de la organización”, p. 17.

<sup>42</sup> Abanto, Manuel, “La responsabilidad”, cit., p. 211.

<sup>43</sup> Ver listado en Ley uruguayo N° 19.574 publicada el día 10 de enero de 2018.

testad reactiva del derecho penal en la detección del fenómeno y la aplicación de penas severas en función del bien jurídico protegido. Las discrepancias surgen cuando se piensa en aquellas áreas donde transmitir o imponer a dichos sujetos una responsabilidad penal puede resultar excesivo, ya sea porque no lo amerita ninguna necesidad o urgencia relacionada con su actividad de contralor, o porque no lo aconsejan los principios de *ultima ratio* y de subsidiariedad. El recurso al derecho penal debe estar plenamente justificado, su utilización debe ser cuidadosa y de excepción, cuando no son suficientes otros instrumentos jurídicos y cuando no alcanza con el recurso de un “derecho de policía administrativa” u otro menos gravoso en cuanto a las garantías del proceso judicial o el tipo de sanción, entre las principales cuestiones para tener en cuenta al momento del diseño de la política criminal y de la resolución del caso concreto.

Los sistemas de *compliance* existentes en Uruguay se relacionan principalmente con el lavado de activos y la prevención de la financiación del terrorismo,<sup>44</sup> lo cual supone que se encuentren vinculados a un sistema normativo de estructura potencialmente administrativa, en el cual intervienen órganos de contralor especialmente creados por la ley para tales fines y dirigidos a guiar y evaluar el trabajo de los sujetos obligados (también establecidos por ley) y a otros organismos públicos involucrados. Actualmente en el Uruguay contamos con la llamada Ley Integral contra el Lavado de Activos (N° 19.574), la cual trajo una nueva regulación y funciones para dichos organismos; en primer lugar, existe la llamada Comisión Coordinadora (cc) dependiente de Presidencia de la República, con la finalidad de coordinar, promover e implementar una red de información y producción de indicadores entre Poder Judicial, Ministerio Público, Autoridades Policiales, Secretaría Nacional para la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SENACLAFT) y Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero (UIAF). Asimismo, posee la importante potestad de poder proponer al Poder Ejecutivo sanciones respecto de terceros países con riesgo significativo de lavado de activos. En segundo lugar, aquellos organismos dirigidos exclusivamente a su-

jetos obligados, como la SENACLAFT, también dependiente de Presidencia de la República con autonomía técnica para los sujetos no financieros, ejecutando políticas nacionales, coordinando programas de capacitación, controlando el cumplimiento de las normas que se le aplican y ejecutando sanciones de tipo pecuniarias; cabe destacar además, que tienen potestades amplísimas de acceso a la información, relevando el secreto o reserva de ser necesario. La UIAF para los sujetos obligados financieros, como dependencia del Banco Central del Uruguay y creada por resolución del directorio de este, puede solicitar toda la información a los sujetos obligados financieros y organismos públicos que encuentre pertinente y, de requerirse, remitirla directamente a la justicia competente. Puede disponer administrativamente la inmovilización de fondos y cooperar a nivel internacional con autoridades administrativas de otros Estados que tengan competencias similares y previa solicitud fundada. Integra el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera desde el año 2010.

En cuanto a la administración de justicia, existen en el Uruguay Juzgados Letrados Penales Especializados en Crimen Organizado a los cuales la Suprema Corte de Justicia les asignó competencia en los delitos de lavado de activos y terrorismo, entre otros. En la capital existe, asimismo, la Fiscalía Penal de Delitos Económicos y Complejos, mientras que, en los restantes departamentos para cualquier caso vinculado al lavado de activos, intervendrán los fiscales departamentales. Los organismos públicos en general deben colaborar en la lucha contra el lavado de activos y estos a su vez con sus análogos en el resto de los países cooperantes, esa es la pretensión de la ley integral contra el lavado de activos, tal como se establece en la exposición de motivos:

... teniendo en cuenta que, debido a la magnitud de estos delitos y su carácter transnacional, es esencial la cooperación entre las distintas agencias reguladoras, de inteligencia y de aplicación de la ley. Las normas previstas se basan en la recomendación del GAFI N° 40 (Otras formas de cooperación internacional).<sup>45</sup>

En lo que refiere a procesos penales por lavado de activos o sus precedentes, no existe en Uruguay un

<sup>44</sup> Ver Galain Palermo, Pablo, “Terrorismo y financiación del terrorismo”, cit.; Cal, Helena, “El rol del oficial de cumplimiento en las instituciones financieras uruguayas”, [http://fcea.edu.uy/Jornadas\\_Academicas/2016/Ponencias/Administracion/EI%20rol%20del%20oficial%20de%20cumplimiento%20Helena%20Cal.pdf](http://fcea.edu.uy/Jornadas_Academicas/2016/Ponencias/Administracion/EI%20rol%20del%20oficial%20de%20cumplimiento%20Helena%20Cal.pdf)

<sup>45</sup> En línea: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/2283373.PDF>

sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica (“*societas delinquere non potest*”), motivo por el cual la responsabilidad solo puede ser imputada y reprochada en forma individual a los directores, accionistas o al oficial de cumplimiento, de acuerdo con la forma y grado que se determine en su intervención en el ilícito. La Constitución, el Código Penal y las leyes posteriores consagran únicamente la responsabilidad personal, es decir que solo podrán ser responsables las personas físicas mientras que a las personas jurídicas (definición dada por el derecho civil)<sup>46</sup> se les aplica el derecho administrativo sancionador y el derecho civil, que son los únicos que pueden reprochar cualquier tipo de imputación a título de dolo, culpa o incumplimiento de deberes de garantía en relación a bienes jurídicos protegidos normativamente. Por ende, las personas jurídicas no pueden ser castigadas en el sentido simbólico y comunicativo del derecho penal, sino con la lógica y censura de sanciones con una menor carga de reproche en el sentido de la prevención general de tipo normativo o de reafirmación del valor de la norma. La medida de este tipo de sanciones apenas guardará referencia con el daño causado, como una obligación eminentemente restitutiva o compensadora, sin la carga valorativa de la pena. Este reproche ético propio de la pena ni siquiera puede trasladarse a la sanción más grave del sistema administrativo sancionador, como puede ser la clausura de persona jurídica.

#### 4. La función de los programas de compliance en Uruguay

Si bien en las antiguas y actuales normas de lavado de activos en el Uruguay nunca se acudió al *compliance* como sistema o ámbito de aplicación, se puede reconocer en todas ellas la obligación de implementación por parte de los sujetos obligados de las llamadas medidas de *due diligence*. El surgimiento de estas medidas suele atribuirse a organizaciones internacionales de lucha contra el lavado de activos, como es por ejemplo el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que

lo prevé en sus 40 Recomendaciones a los Estados miembros. Básicamente consiste en que aquellos sectores identificados como de riesgo para la comisión de los delitos de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo identifiquen y conozcan a sus clientes y beneficiarios finales, recopilando toda la información personal y económica relevante a los efectos de monitorear luego la relación comercial o las transacciones de sus clientes, dentro de la recomendación (o exigencia) del “know your customer”. Uruguay, como parte del GAFI, recoge dicha recomendación y la plasma como obligación en sus normas antilavado, para que luego sea cada organismo de contralor de los sujetos obligados financieros y no financieros los que produzcan las correspondientes normas reguladoras de su alcance y delimitaciones, como son —por ejemplo— las circulares emitidas por el Banco Central del Uruguay (BCU) para los sujetos obligados financieros.

Pero bien, aun existiendo tales obligaciones, cabe preguntarse si las autoridades competentes en Uruguay comprenden, identifican y vigilan eficazmente dichos delitos, ya que el GAFI (en su función de órgano internacional de contralor) en algunas de las observaciones realizadas en el último informe de evaluación sobre Uruguay indica que este país aún no cumple dichas tareas de un modo eficaz, en cuanto menciona:

... existe una importante oportunidad de mejora respecto a la recolección de datos para sustentar posteriores análisis que permita al país una comprensión más equilibrada de sus riesgos de LA/FT [...] el número de investigaciones, procesamientos y condenas por LA es limitado [...] se advierten ciertas limitaciones en la comprensión del riesgo de FT por parte de las autoridades competentes.

El BCU, adicionalmente, no solo buscará alinear dicha normativa con las recomendaciones del GAFI, sino también con las directrices que también impone el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Como se puede apreciar, son varios los organismos de “supervisión” o “contralor”, así como pueden llegar a ser disímiles las exigencias de unos y otros, obligando al BCU a una complicada tarea de ponderación política, administrativa-sancionadora y financiera para encontrar un delicado balance entre la operativa nacional y las exigencias internacionales.

Asimismo, siguiendo con la importancia de estos organismos internacionales en la lucha contra el deli-

<sup>46</sup> Art. 21 CCU: “Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad”. Por lo que es un ente ideal, creado por el derecho con capacidad de contraer derechos y obligaciones.

to de lavado de activos y delitos vinculados, el Grupo Wolfsberg fue uno de los primeros en complementar el *compliance* antilavado o medidas de *due diligence* con el llamado “Enfoque Basado en Riesgos” (RBA, por sus siglas en inglés), el cual supone el proceso a través del cual los sujetos obligados identifican, evalúan y gestionan los riesgos a los que se encuentran expuestos en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, buscando mitigarlos mediante la aplicación de medidas proporcionales a ellos. En esta línea, en el año 2007 el GAFI —con el objetivo de desarrollar y respaldar dicha herramienta— elaboró la *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing*, a la que le siguieron, a su vez, otras por sectores determinados; también, en el año 2012, al revisar las Recomendaciones, se estableció como un elemento fundamental la incorporación de este enfoque en la aplicación por los Estados miembros del resto de ellas. A estos estándares siguieron otros de organismos análogos, en un proceso de constante elaboración reguladora que parece no tener fin y requiere de permanente actualización por parte de los sujetos obligados.

Este enfoque se encuentra en dichos estándares bajo diferentes niveles jerárquicos de aplicación, y esto implica que se recomiende que sean en primer lugar los países los que deban determinar su riesgo, para que luego sus autoridades competentes los apliquen en función de su ámbito de contralor y concluya en los sujetos obligados por sectores de riesgo con mecanismos específicos de acuerdo con sus actividades, negocios, productos, canales de distribución, etc. La facultad del sujeto obligado de distinguir por riesgos hace que su trabajo se vuelva más oportuno y cierto, ya que de lo contrario sería muy difícil la detección de alertas o actitudes que puedan ser consideradas inusuales. También los sujetos obligados deberán completar las medidas de *due diligence* con el conocimiento de sus empleados, proveedores, etc., que no implicarán necesariamente una asignación de riesgo, pero si un análisis y monitoreo de sus perfiles y actividades, a efectos de dejar constancia de cualquier anomalía o cambio que pueda afectar el común desarrollo del negocio, exponiéndolo a un riesgo de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Como puede apreciarse, el ámbito de los programas de *compliance* parece ser el mejor ejemplo de manifestación de la lógica de la sociedad del riesgo que

se viene paulatinamente trasladando también al sistema penal de la modernidad, donde la imputación de la responsabilidad como una cuestión meramente normativa y de reafirmación de los valores o procedimientos contenidos en las normas tiene una vinculación directa con la previa clasificación de las esferas de competencia y de la obligación de control del riesgo asociada a aquellas.

El ámbito financiero es el primero en el tiempo, y quizá el eslabón más importante, en las políticas de lucha en las que se hace participar a sujetos privados colaborando con los Estados contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo a nivel global, a los que se agregó más recientemente la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento, en la recomendación número 7 de las 40 Recomendaciones revisadas y publicadas en febrero del año 2012 por el GAFI. Esta es la razón por la cual el rol del *compliance officer* u oficial de cumplimiento se vuelve indispensable, tanto para la interpretación y aplicación de todas esas normas al negocio específico, como por su carácter de nexo entre la entidad en la que desempeña sus tareas y el ente regulador, asumiendo, además, la tan importante como discutida responsabilidad de implementar y velar por un sistema de PLAFI efectivo. El *compliance officer* en la práctica asume una especie de posición de garante de doble significado, por una parte, en relación con las tareas específicas por las que puede tener responsabilidad individual y, por otra parte, en relación con la política criminal del sistema con el que “colabora”. Este sujeto deberá comenzar por conocer en profundidad las características de la organización de la cual forma parte y de sus integrantes, más que nada de su dirección, cuáles son los valores éticos que se promueven y qué tan adversos al riesgo son, para de esta forma cumplir con el desafío de diseñar un programa

Pero el *compliance officer* no sería el único que puede llegar a tener una posición de garante, pues los directivos también ejercerían una posición de similares características, lo que puede ocasionar la concurrencia de responsabilidades según los deberes infringidos por cada uno (esfera propia de responsabilidad), como si en lugar de un sistema de autoría y participación nos encontráramos ante un sistema unitario. Las posibilidades de negligencia o de incumplimiento de las normas por quienes llevan a cabo las tareas de *compliance* constituyen, así, un peligro que

debe ser previsto también por quienes deben dirigirlos, autorizarlos y controlarlos, como es, por ejemplo, el órgano directivo de una empresa. Sin perjuicio de las delimitaciones en cuanto a delegaciones, asignación de tareas y el cómo debe responder cada uno según sus áreas de competencia, son todas cuestiones que tendrían que probarse en un proceso judicial.

En cuanto al elenco de sanciones que permiten imputar a las personas jurídicas, el derecho administrativo sancionador uruguayo penaliza a las empresas mediante multas, inhabilitaciones, suspensiones y otras de similar naturaleza. La Ley N° 19.574 vigente en materia de lavado de activos regula el apercibimiento, la suspensión del sujeto obligado temporaria o en forma definitiva, la observación y la multa en caso del incumplimiento de las obligaciones previstas por parte de los sujetos obligados no financieros (artículo 13). En cuanto a los sujetos obligados financieros, el artículo 12 de la misma ley prevé que se apliquen las sanciones dispuestas en el artículo 20 del Decreto Ley N° 15.322.

La exigencia de *due diligence* que refiere a los programas en sí mismos demuestran que no se trata de simples medidas plasmadas en un papel a efectos de ser una mera formalidad, sino de que tales medidas o reglas de procedimiento deben ser aquellas potencialmente idóneas para evitar la puesta en peligro de bienes jurídicos vinculados al área de actuación de la empresa. Es decir, no cualquier compendio de reglas tiene valor como programa de *compliance*, sino solo aquellas que *ex ante* pueden llegar a ser ejecutadas con éxito para evitar la concreción de determinados riesgos. La responsabilidad individual de las personas físicas obligadas en función del programa de *compliance* debiera ser medida entonces según una actitud proactiva en el ejercicio de la actividad de prevención, que toma en cuenta un compromiso con la función de implementar, aplicar, controlar y realizar el seguimiento de quien debe tener medidas de *compliance* impuestas por la ley. En Uruguay estamos en un escenario de “autorregulación regulada”, esto es, el sistema se compone de exigencias regulatorias establecidas por el Estado para sujetos del ámbito privado que operan en un determinado sector de actividad:

la de control) de forma subordinada a fines o intereses públicos en concretos, que han sido determinados por el Estado.

## 5. A modo de conclusión

Los programas de *compliance* pueden cumplir con una función preventiva en el ordenamiento jurídico penal y en otras ramas del derecho, como acontece en el caso de Uruguay. Básicamente, un programa de ese tipo refiere a dos subelementos que sirven al objetivo primordial del cumplimiento del derecho: la prevención de infracciones, por un lado, y el descubrimiento de estas, por el otro.<sup>47</sup> Esto sugiere que el *compliance* es funcional a las empresas que los adoptan y al Estado. El cumplimiento de estos programas tiene incidencia al momento de determinar la responsabilidad de los infractores, que puede verse atenuada o, incluso, en algún caso eximida por haber actuado con la diligencia debida que hace caer cualquier tipo de reproche. En nuestra opinión, su mera existencia no puede, sin embargo, exonerar o fundamentar la responsabilidad de la empresa, pues tienen que ser aplicados según reglas de *due diligence* que requieren una valoración externa o ajena a la propia empresa. Con independencia de su función penal, los programas contribuyen a crear y reforzar una cultura de legalidad y a un *management* corporativo responsable.

Posiblemente, la discusión que haya que dar es si el motor de este derecho punitivo-preventivo tiene que “encajar” en la carrocería del derecho penal tradicional o si se necesita de la construcción de un “derecho de intervención”<sup>48</sup> o similar ordenamiento donde los programas de *compliance* sienten las bases normativas mínimas para la construcción de la responsabilidad no solo de los encargados de su aplicación (*compliance officer*), sino también de las empresas a las que deben guiar con sus buenas prácticas. Esto conduce a un camino mixto de responsabilidades individuales y colectivas, que también se trasladarían al sistema jurídico penal (teoría de la imputación y teoría de la pena) en el caso de que este sea el ordenamiento jurídico escogido para dichos programas de cumplimiento.

La autorregulación regulada o corregulación se refiere a los supuestos en que el ente privado es incorporado al proceso regulatorio público (bien en faz normativa, o en

<sup>47</sup> Engelhart, Marc, *Sanktionierung*, cit., p. 711.

<sup>48</sup> Lüderssen, Klaus, “Interventionsrecht gegen Unternehmen? – Skizze eines neuen Haftungstypus”, en Kempf *et al.* (Eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 387-394.

Un sistema de corregulación como el de los programas de *compliance* solo puede ser eficaz si el Estado cumple con los permanentes controles externos a los que lo obliga la heterorregulación. Al mismo tiempo, ese nuevo sistema en construcción que desemboque en un orden normativo que se base fundamentalmente en la autorregulación (autocumplimiento) deberá determinar claramente su competencia y relación con los principios fundamentales y con las herramientas procesales utilizadas para la lucha contra la criminalidad organizada, que permiten negociar información por atenuación o exención de pena. Posiblemente tengamos que pensar en una nueva dogmática de la

imputación concentrada en exigencias previamente y taxativamente determinadas (principio de legalidad) que estipulen las esferas de competencia, los roles o las posiciones de garante de cada uno de los individuos (personas físicas) y empresas (personas jurídicas), en una especie de sistema general para autores (especiales) construido a través de programas de *compliance* que incluyan para los casos más graves (por ejemplo, según el criterio de los bienes jurídicos más importantes y los autores más peligrosos o poderosos) el alcance de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES