

Whistleblowers, arrepentidos, delatores y otras técnicas de investigación penal del crimen organizado

Javier Augusto De Luca¹

Resumo: O texto realiza uma análise crítica dos *whistleblowers* e dos canais corporativos de informações, encarando-os como a institucionalização de um sistema interno de delações. Discorre-se sobre o posicionamento da AIDP sobre o papel de colaboradores no sistema de justiça criminal, as iniciativas de outras organizações sobre a prevenção da corrupção e outros ilícitos empresariais, examinando, ainda, sobre os institutos do arrependimento, da delação e do whistleblowing na legislação penal e processual penal da Argentina.

Palavras-chave: Criminalidade organizada – prevenção da corrupção – delação eficaz – direito argentino.

1. El problema y su enfoque.

El derecho penal y el derecho procesal penal son manifestaciones del poder punitivo del Estado, de una política criminal determinada en cada tiempo y lugar. Debemos evitar tratarlos como compartimentos separados para evitar contradicciones, como por ejemplo, la de hacer coexistir un discurso de derecho penal liberal y soluciones procesales de origen y fundamentación autoritarias. Concuero con Víctor Gabriel Rodríguez acerca de que varias de las llamadas nuevas técnicas de investigación de delitos complejos, en realidad son asuntos del derecho penal material¹.

Desde siempre se reclama un aumento y un trato excepcional de la legislación penal y procesal como solución a los diversos problemas. Se habla de *emergencia*, *crimen organizado*, *delitos complejos*, *transnacionales*, *terrorismo*, *fuga de capitales*, *lucha contra las drogas*, etc., y

¹ Doctor en Derecho, Univ. de Buenos Aires. Presidente del Grupo Argentino de la AIDP. Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, Univ. Buenos Aires. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

¹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Delación Premiada*, con prefacio de John Vervaele, Edit. Temis, Bogotá, 2019.

de cubrir lagunas normativas. Se describen situaciones como si fueran novedosas y se predica que el sistema punitivo vigente es anacrónico² y que ha quedado inoperante.

Nos olvidamos de la experiencia y muchos/as juristas creen que su país o región transita por un momento histórico excepcional y que ellos o ellas son llamados a ser protagonistas de los cambios.

La delación fue la figura más usual de iniciación de los procesos de herejía, sustentada en la amenaza de excomunión para quienes no delataran a los herejes y en que las afirmaciones de los delatores escapaban a cualquier control por la ausencia de solemnidades en la recepción de sus dichos. El procedimiento, a partir de allí, continuaba de oficio, sin parte contraria al imputado³.

La historia se repite, pero con algunos ingredientes que nos hacen creer que estamos en presencia de algo nuevo⁴. Los asuntos que hoy nos convocan son viejísimos, tanto como que en la Biblia aparece un Judas, y que durante siglos la Inquisición se valió de las mismas herramientas instrumentales y argumentos para perseguir a determinados grupos de personas. La historia demuestra que el resultado es exactamente el contrario al que se procura obtener,

² HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. En ADPCP, tº XLV, fasc.1, enero-abril 1992, págs. 235/49.

³ Reyes Alvarado, Yesid, *Arrepentidos y Testigos Secretos: Remembranzas de la Santa Inquisición*. Conferencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal. 75º aniversario del Código Penal. Facultad de Derecho, Univ. Buenos Aires, 11 al 14 de agosto de 1997. Con especial cita del “Manual de Inquisidores”, Montpelier, Imprenta de Feliz Aviñon, 1821, págs. 21 y ss.

En las causas de herejía, por respeto a la fe, eran admitidos los testimonios de excomulgados, cómplices del acusado, infames y reos de delitos cualesquiera, así como las declaraciones de los herejes con la advertencia de que estos últimos valen contra el acusado y nunca en su favor. Inclusive se consideraron válidas las declaraciones de los testigos falsos, siempre que fueran desfavorables al acusado. En nombre de la fe se dispuso mantener en secreto el nombre de los declarantes. La confesión y el arrepentimiento fueron los principales objetivos del Santo Oficio, procurando, incluso con algún método de persuasión, convencer al acusado de delatar a quienes realmente lo habían inducido por el mal camino y brindándole la oportunidad de reducir la sanción. De lo contrario habría de permanecer encarcelado hasta que ello ocurriera.

Cambien las palabras “herejía” o “brujería” por “crimen organizado”, “terrorismo” o “narcotráfico” y verán que no hay nada nuevo bajo el sol. Se sostiene que la delincuencia organizada ha puesto de manifiesto la ineficiencia de los instrumentos legales existentes para quebrar su compleja estructura y la multiplicidad de los medios materiales y técnicos de que dispone. Lo que ha puesto en crisis a las sociedades de todo el mundo no es el crimen organizado, sino las organizaciones globalizadas en sí mismas, actuando de manera descontrolada. Ellas tienen el poder de decidir qué es criminal y qué no lo es.

Como concluye Reyes Alvarado, los mecanismos del Santo Oficio de la Inquisición que fueron en su época vergüenza de una comunidad que decía actuar en defensa del individuo y sus principios fundamentales, hoy pretenden ser un novedoso criterio de política criminal.

⁴ Frase de Luciano Perés, docente de Criminología de la facultad de derecho de la UBA.

que se trata de paliativos simbólicos que persiguen otros fines, y que terminan siendo aplicados a quienes no tienen poder alguno⁵.

En lugar de limitarnos a emplear el método de las ciencias sociales para abordar los problemas y diseñar las políticas criminales, nos quedamos en el empleo acrítico de estrategias de marketing y nos manejamos con eslóganes. La distancia entre la realidad y lo normativo se pone de manifiesto cuando se habla de la “colaboración” de actores privados en el “combate” a determinadas formas de delincuencia. Por ejemplo, la fe depositada en los programas de integridad, *compliance*, y en una serie de medidas de prevención de todos los delitos imaginables.

Parece olvidarse que la cuestión de la colaboración de los habitantes con el Estado en la persecución de los delitos no es un mero asunto de criminalística, eficiencia o de métodos de investigación, sino que golpea en el núcleo del pensamiento iluminista de nuestros derechos penales. Este pensamiento fue concretado en nuestras constituciones, códigos y convenciones internacionales de derechos humanos. Aparece en la prohibición de la obligación de declarar y aportar prueba contra nosotros mismos; en que solo están obligados a denunciar delitos los funcionarios públicos, y sólo de los conocidos en el ejercicio de sus funciones; en la prohibición de declarar en contra de determinados parientes imputados de delitos; el respeto a los secretos profesionales, periodísticos y religiosos; en la impunidad de la evasión de prisión sin violencia o fuerza en las cosas, etcétera.

Un ingrediente nuevo que aparece en la vieja historia de la *lucha* contra la corrupción funcionaria y económica, es que las corporaciones hoy en día son los gobiernos mismos y, por ello, ha quedado caduca la idea del Derecho Penal como control o dique de contención del poder punitivo de los Estados ejercido por funcionarios públicos, y de la corrupción se limita

⁵ Así, la llamada lucha contra las drogas. Baum, Dan, *Legalize It All, How to win the war on drugs*, Harper's Magazine, de 12 septiembre de 2016, en internet: <http://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/>. Reproduce la famosa conversación entre el periodista Baum y el asesor del presidente Richard Nixon de los EE.UU., Ehrlichman: En ese entonces yo estaba escribiendo sobre la política de la prohibición de las drogas. Le empecé a preguntar a Ehrlichman una serie de sinceras y nerviosas preguntas que él impacientemente no contestó. "¿Quieres saber realmente de qué se trata todo esto?", me dijo con la franqueza de un hombre que, después del oprobio público y una temporada en una prisión federal, tiene poco que proteger. "La campaña de Nixon de 1968, y la Casa Blanca de Nixon, tenían dos enemigos: la izquierda antiguerra y los negros. ¿Entiendes lo que te digo? Sabíamos que no podíamos hacerlos ilegales por ser negros o estar en contra de la guerra, pero al hacer que el público asociara a los negros con la heroína y a los hippies con la marihuana, y luego criminalizar ambas sustancias fuertemente, podíamos fragmentar sus comunidades. Podríamos arrestar a sus líderes, redar sus casas, disgregar sus reuniones y vilipendiarlos todas las noches en las noticias. ¿Sabíamos que estábamos mintiendo sobre las drogas? Claro que sí".

al castigo de funcionarios que abusan de sus poderes y que son ajenos a las actividades privadas. La visión de los funcionarios públicos corrompidos por los actores privados, es lo que previeron nuestros viejos códigos penales, pero esas situaciones hoy en día son asuntos menores.

Esta situación del poder de las corporaciones que se presenta a nivel global, justifica tomar nota de ese nuevo fenómeno, porque el recurso a la incorporación de viejas instituciones de origen autoritario no conduce a ningún lugar valioso, sino a etapas ya conocidas y superadas del pensamiento penal.

El derecho penal hoy debería ser visto como dique de contención contra el poder real, cuyo monopolio antes lo tenían los gobernantes de turno, y ahora es ejercido por las empresas mismas, que controlan a los gobiernos y tienen el poder de hacer la ley, de establecer las reglas del juego y de configurar el significado de los mensajes y conformar cultura, con los resultados perfectamente previsibles.

2. El *whistleblower*. El ámbito corporativo o empresarial.

Aquí hablaré del soplón o *whistleblower* original, el propiamente dicho, el que no es premiado⁶. Entre delator, informante pagado y arrepentido hay una relación de género a especie. Delator es el género, ya que puede ser cualquier persona, haya intervenido o no en el delito del que brinda información, sea o no premiado por ello. En el sentido más amplio es una suerte de denunciante informal, generalmente anónimo, que anoticia un hecho sin correr riesgos. Arrepentido es quien denuncia o aporta información pero además, ha participado en el delito.

El recurso de tomar conocimiento de hechos delictivos por intermedio de un soplón, no es una técnica de investigación (como sería interceptar teléfonos, valerse de estudios genéticos, etc.), sino que se trata de un sujeto que relata hechos. Le creemos o no le creemos.

La palabra inglesa *whistleblower* describe al delator o soplón. El término hace alusión a la figura de un policía inglés que suena su silbato cuando observa una conducta inapropiada en la vía pública e interpela al infractor mientras lo persigue para que sus compañeros se unan a la persecución y los transeúntes sean conscientes del peligro. Podría decirse que su significado literal es *el que hace sonar el silbato*.

⁶ Ragués i Vallés, Ramón. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 54 y ss. Nos advierte que puede haber un soplón premiado, y que se lo puede llamar de la misma manera que el que no lo es.

En el ámbito del derecho penal, más concretamente, en el seno de las personas jurídicas o asociaciones en general, puede traducirse como “informante de irregularidades” dentro de una compañía. Los sistemas de *whistleblowing* consisten en denuncias de comportamientos, acciones o hechos que puedan constituir violaciones tanto de las normas internas de la persona jurídica como de las leyes, normativas o códigos éticos que rigen su actividad.

Los canales de información consisten en la creación de un sistema de delación de incumplimientos. El *compliance-management* es la suma de medidas tales como sanciones, procedimientos, evaluación de riesgos y establecimiento de objetivos destinados a prevenir y descubrir los delitos cometidos dentro de la empresa y a proteger el patrimonio empresarial.

A partir de una delación de un delito, la empresa también tiene la posibilidad de autodenunciarse, aportar información y realizar acuerdos de colaboración eficaces con el Estado para lograr la exención o reducción de una eventual pena.

3. Posición de la AIDP sobre este asunto

En el Congreso de Bucarest de 1929 la AIDP ya se ocupaba del asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el de Palermo de 1933 se trató la cuestión de si convenía considerar al acusado como testigo en su propia causa, y se resolvió que ello no era recomendable. En Roma, 1953, se resolvió que no se podía aplicar al inculcado ningún procedimiento artificial, violencia o presión para determinarlo a confesar, bajo el principio aceptado por la AIDP de que la confesión no era la meta de instrucción, es decir, no constituía una prueba legal.⁷

En el Congreso de Hamburgo de 1979 se trató con exhaustividad la protección de los derechos humanos en el proceso penal. Allí se receptó el principio de igualdad de armas, se mencionó que la defensa debía recibir los medios necesarios para cuestionar las pruebas de la acusación y para administrar sus propias pruebas. Se señaló que nadie debe ser condenado exclusivamente sobre la base de confesiones no verificadas, que el abogado y el acusado tendrán acceso a todas las pruebas en poder de la acusación, tanto en su contra como las exculpatórias, y ello nunca más tarde que al final de la etapa de investigación.

⁷ Resoluciones de los Congresos de AIDP que se pueden ver en el Nro. 86 del primero y segundo trimestres de 2015 de la Revista de la AIDP, editorial Èrès, una compilación de José Luis de la Cuesta y de Isidoro Blanco Cordero, con prefacio de José Luis de la Cuesta y John Vervaele, págs. 459 y ss.: www.penal.org

En 1994, en el Congreso de Río de Janeiro, además de predicarse que en delitos contra el ambiente debía aplicarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la responsabilidad de sus miembros individuales por falta de control a sus subordinados, expresamente, en la sección III, se trató el asunto de los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos humanos. Entre otras cuestiones se destacan la necesidad de autorización y/o control judicial de las medidas policiales que afecten derechos fundamentales, y en los casos expresamente previstos por la ley. Se dijo que la mera obtención de pruebas en la fase preparatoria no podrá servir de base de una condena, ni que la mera confesión del inculpado podía llevar a una condena.

Específicamente se señaló que la concesión de impunidad o de atenuaciones de las penas a los testigos o a los agentes secretos sólo se admitirá excepcionalmente en casos graves o de criminalidad organizada. Si la identidad de esas personas no se revela, sus declaraciones no tendrán valor probatorio alguno y no podrán ser utilizadas para la toma de decisión sobre medidas coercitivas. A su vez, deberá asegurarse la protección de los testigos amenazados por organizaciones criminales. También se decidió en ese Congreso que la búsqueda de pruebas respetará en todos los casos el secreto profesional, que las obtenidas mediante violaciones a derechos fundamentales y sus derivadas serían nulas, que la defensa debe ser garantizada en todas las fases del proceso, que nadie puede ser forzado a contribuir de manera activa, directa o indirectamente, a su propia condena.

En el Congreso de Budapest de 1999 se trató el asunto del crimen organizado. Nuevamente, se recomendó el respeto a los derechos humanos y los principios fundamentales del derecho penal en las nuevas disposiciones legales referidas a la persecución del crimen organizado.

También se estableció que, cuando se considere necesario hacer concesiones a los individuos que, habían pertenecido a una organización criminal la hayan abandonado y colaboren a continuación con las autoridades, la impunidad total debería estar referida únicamente al delito de pertenencia a una asociación criminal y requerir el abandono voluntario de dicha asociación antes de que el autor del delito haya sido informado de la existencia de una investigación penal inminente o en curso. En ninguna circunstancia debería darse una impunidad de facto.

Específicamente en el ámbito del proceso penal, en ese Congreso, se trató el asunto de las investigaciones proactivas. Se resolvió que las medidas que atentan gravemente contra los

derechos fundamentales sólo son posibles en las siguientes condiciones: respeto al principio de legalidad, de subsidiariedad, limitado a las infracciones graves (principios de gravedad y de proporcionalidad) y principio de judicialidad. Las medidas proactivas deben ser restrictivas, legales y ordenadas y controladas judicialmente. Debe otorgarse protección eficaz a las personas que hayan suministrado o acepten suministrar elementos probatorios. El recurso al anonimato de testigos no es posible en general, porque atenta contra los derechos de la defensa. Pero, si algunos Estados lo estiman necesario, la ley debería prever lo siguiente: el testimonio anónimo sólo está justificado cuando hay temor claro e inmediato a graves represalias, la condena no debe basarse sólo en testimonios anónimos, es el juez quien debe conocer la identidad del testigo y decidir si puede testificar de manera anónima, la defensa debe disponer de un medio adecuado para interrogarlo. También se señaló que los testigos o víctimas amenazados deben tener derecho a no revelar su edad, dirección o lugar de trabajo con autorización judicial. Allí se decidió que no se recomendaba el uso de “arrepentidos” por las dificultades suscitadas por esta institución en cuanto a la legitimidad del sistema penal y al principio de igualdad ante la ley de los justiciables. No obstante ello, las personas pertenecientes a una organización criminal que decidan colaborar con las autoridades pueden beneficiarse con una reducción de pena en las condiciones siguientes: que el uso del arrepentido esté previsto en la ley, que haya aprobación judicial, que el imputado no pueda ser condenado únicamente con base en el testimonio de arrepentidos, que sólo puede recurrirse a ellos en casos de infracciones graves y que el arrepentido no pueda beneficiarse del anonimato.

En el Congreso de Beijín de 2004, se tocó el tema de la corrupción en las relaciones económicas comerciales.

Se introdujo el tema de las medidas anticorrupción y de programas de conformidad por parte de las empresas privadas. Se aceptó que las leyes pueden prever métodos de investigación como las investigaciones encubiertas e interceptación de las comunicaciones, en casos graves. Y que se prevean incentivos para quienes colaboren con las investigaciones. Para los sospechosos se podría incluir la exención o la reducción de penas. La protección de los testigos. Pero también que debía asegurarse un juicio justo y el derecho de defensa.

En el Congreso de Estambul de 2009 se trataron las medidas de carácter proactivo y se recordó que la legislación procesal penal ofrece suficientes medios para combatir con firmeza el crimen organizado y el terrorismo pero que, excepcionalmente, podía ser necesario permitir el desarrollo de investigaciones proactivas por parte de las autoridades. Que esas

investigaciones sólo son admisibles bajo las siguientes condiciones: precisadas en la ley, ser compatibles con el Estado de Derecho y protección de derechos humanos, sólo utilizables cuando no hay otras medidas legales menos restrictivas, limitadas a la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, con cumplimiento del principio de proporcionalidad respecto del fin perseguido, con autorización judicial previa basada en una sospecha razonable y supervisada por un juez independiente, además de respetar el secreto profesional de la defensa. Se declaró que la utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas será excepcional y sólo si cumplieran las reglas mencionadas anteriormente. El testigo anónimo sólo será admisible con autorización judicial en los supuestos de amenaza grave, clara e inminente de su vida o por razones de seguridad nacional. En dicho Congreso hubo una posición minoritaria que predicó la prohibición de la utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas, además de que las pruebas así obtenidas no podían constituir prueba de cargo autónoma para fundar una condena.

Finalmente, en Río de Janeiro, en 2014, al tocarse el asunto del uso de las TIC en el proceso penal se decidió que debían respetar todos los derechos y condiciones mencionados en los Congresos anteriores, especialmente en lo que se refiere a la elaboración de inteligencia y recogida de datos con carácter preventivo.

4. Las propuestas de otras organizaciones.

Transparency Internacional redactó una serie de principios en 2013, que deberían guiar la práctica o el uso de los *whistleblowers*.

Ellos parten de la base de que el derecho de los ciudadanos a reportar inconductas es una natural extensión del derecho a la libertad de expresión, y ello está conectado con los principios de transparencia e integridad. Define el *whistleblowing* como la revelación de información relativa a actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o peligrosas, que están siendo cometidas dentro o por sectores de organizaciones públicas o privadas -que conciernen o amenazan el interés público- hacia individuos o entidades que se cree pueden efectuar acciones.

Remarca que todos los empleados públicos o privados necesitan que sus derechos sean respetados.

Que deben instalarse canales accesibles y confiables para reportar inconductas.

Que deben ser protegidos ante toda forma de represalia y que debe haber mecanismos para revelaciones que prometan reformas legislativas, políticas y procedimientos que corrijan las deficiencias y que prevengan futuras inconductas.

Debe garantizarse que a los soplonos se les creará, de manera razonable, de que lo revelado es verdad. Esa protección debe extenderse a quienes revelan descubrimientos por errores de buena fe, y esa protección debe ser efectiva mientras la exactitud de la revelación está siendo juzgada.

También debe preservarse la confidencialidad, y su identidad no ser revelada sin su consentimiento.

La carga de la prueba debe recaer sobre el empleador. Este debe demostrar que las sanciones que le imponga al soplón no guardan relación con sus revelaciones.

El conocimiento de las revelaciones falsas no está protegido. Deben prevverse compensaciones para el que fue erróneamente acusado.

Los soplonos deben gozar de la garantía de exoneración de responsabilidad. Deben ser inmunes a procedimientos disciplinarios y criminales. Eso incluye leyes de libelo, calumnias, derechos de autor y protección de datos. Y deben tener el derecho a rehusar participar de los actos de corrupción, ilegales o fraudulentos.

Las relatorías de libertad de expresión de la ONU y de la OEA⁸, el 21 de diciembre de 2010, emitieron una declaración conjunta sobre los *wikileaks*, que tiene su punto de contacto con el tema de esta exposición. Como se sabe, ello se debió a la divulgación de comunicaciones diplomáticas por parte de la organización Wikileaks y la posterior publicación de dicha información en los medios masivos de comunicación.

El asunto fue encarado desde el derecho de acceso a la información en poder de autoridades públicas, dentro del derecho a la libertad de expresión de toda persona de acceso y conocimiento de las actuaciones de los gobiernos, como medio de preservación de los sistemas democráticos. El derecho a conocer la verdad, exigir una adecuada rendición de cuentas y ejercer de manera integral los derechos de participación política, respeto del principio de transparencia y restringir los secretos. Las leyes que regulan el carácter secreto de la información deben definir con exactitud los criterios que deben aplicarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta.

⁸ El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Ante este panorama, es evidente que la información sobre la comisión de delitos que podría provenir de un *whistleblower*, no debería estar restringida ni ser reprimida, aunque ello implique la divulgación de secretos de las actividades de las empresas o de los funcionarios públicos, cuando hay un interés público en lo revelado⁹.

5. Criticas

La cuestión de las corporaciones, como adelanté, no debe hacernos perder de vista cuestiones básicas. Los soplonos aparecen como interesantes cuando se trata de descubrir delitos que afectan a la propia empresa, pero ello no es así cuando se trata de delitos que se realizan desde la empresa y perjudican a terceros. En estos casos, si el soplón no es un directivo que tiene poder de decisión para cometer actos en nombre o beneficio de la empresa que perjudican a terceros, ya no sería valioso ni útil llamarlo soplón. En todo caso, entraría en discusión si es un arrepentido o no lo es.

Si no tiene poder de decisión en la empresa, aparece el verdadero problema. Si revela actos de terceros que cometen delitos por su cuenta, no se entiende por qué la empresa debería verse obligada o ser responsable, ya que eso sería responsabilidad objetiva, propia del derecho privado, y no del penal. Es decir, el instituto no tiene sentido en estos casos.

Si revela actos de compañeros de trabajo o directivos que sí obligan a la empresa, entonces sólo allí estaríamos hablando del *Whistleblowing*.

Debe recordarse que el denunciante anónimo ante las autoridades públicas o los directivos de empresas que deben iniciar las investigaciones genera que, si las autoridades conocen la identidad del soplón, se da la situación de que ambos estarían actuando en contra de los imputados. En esos casos, las autoridades se valen de una persona que saben quién es para ir en contra de imputados que no lo saben y, con ello, no pueden controlar y refutar plenamente las imputaciones.

Muchas veces el contenido de la revelación y la identidad del sujeto revelador están indisolublemente unidos. Desde qué lugar se habla, determina qué es lo que dice y su significado. Un padre, un hermano, un esposo, un profesional, un sacerdote, etc., pueden contar

⁹ Ver la discusión desde un punto de vista dogmático penal en Ragués i Vallès, Ramón, La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el “caso de las prótesis mamarias”. Revista InDret N° 3/2015, Barcelona, julio de 2015. www.indret.com.

medias verdades, y pueden hacerlo en violación a sus secretos particulares y profesionales, de una manera no imparcial, sesgada. Al valerse de esos informantes anónimos, se presenta una situación análoga al ocultamiento de pruebas y armas a los imputados, ya que por ello no podrán defenderse eficazmente. Con ello, el principio de superioridad ética del estado y el de igualdad de armas quedan totalmente anulados.

Esa es la crítica política e ideológica de todos estos institutos. Están pensados en términos policíacos, criminalísticos, hollywoodenses, y no desde el Derecho que debe propugnar juicios abiertos, públicos, transparentes, adversariales, con respeto del derecho de defensa y del debido proceso.

Además, parece estar instalándose una política favorable a la privatización del proceso penal. El premio a la cooperación supone buscar una alianza estratégica dentro del proceso entre la empresa y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública, con “beneficios” para ambas partes, fiscales y dirigentes empresariales.

Lo normal es que la empresa intente verificar mínimamente la denuncia y conocer lo ocurrido con el fin de estudiar qué consecuencias de toda índole (no solo penales) puede tener para ella la apertura del proceso penal.

Ahora bien, si el soplón es un delator no involucrado en un delito y su testimonio fuera premiado o recompensado, cabe preguntarse ¿cómo podría tomarse seriamente esa declaración por precio o por interés?¹⁰

Entra en esta categoría el testigo de identidad reservada. Son aquellos a quienes se recibe declaraciones testimoniales con reserva de identidad a personas que no revisten la calidad de agentes encubiertos, no está contemplada en el código de procedimientos nacional, ni en la ley de estupefacientes.

Con ellos se viola la bilateralidad y la posibilidad de controvertir la prueba producida por la otra parte, lo cual no se sana con la posibilidad de hacerlo en la etapa de debate oral, ya que el derecho de defensa en juicio y el debido proceso mandan que el imputado pueda intervenir en la adquisición de las pruebas y no solo en la valoración de las ya adquiridas inaudita parte. Piénsese en la posibilidad de tachar el testimonio de un miope, de sordo, de un demente, etc. En lugar de resultar un tercero imparcial, el juez se pone del lado de la persecución punitiva junto al fiscal, ambos contra el imputado.

¹⁰ RIQUERT, Marcelo, La delación premiada en el derecho penal - El arrepentido, una técnica especial de investigación en expansión, Edit. Hammurabi, Bs. As, 2011, p. 24 a 31 y 165 a 182.

Los testigos sólo deberían tener derecho a su protección personal, pero nunca a evadir el control de la defensa mediante una reserva de identidad. Es un deber del Estado proteger a los testigos, porque no puede colocarse a una persona en la disyuntiva de mentir o callar la verdad, o perder la vida de su persona o su familia.

De todos modos, cabe reflexionar acerca de su utilidad y eficacia. Pongo un ejemplo de Colombia, relatado personalmente por Yesid Reyes Alvarado: al nuevo Procurador General se le ocurrió escoger al azar un proceso en que había acaecido una condena fundada en gran parte en estos testigos encapuchados, con la voz deformada por medios electrónicos y cuya identidad se guardaba bajo llave, y grande fue su sorpresa cuando al revisar el expediente y la documentación reservada en caja fuerte que se le había remitido, descubrió que los tres testigos eran uno sólo.

Se dice que estos medios de prueba deben estar guiados por su necesidad, la proporcionalidad, ser usados con el criterio de última ratio, etc., pero en el caso del soplón o el denunciante anónimo o delator estos principios son de imposible aplicación, porque se trata de personas que nos anotan de delitos que antes no conocíamos, donde no había un proceso de investigación en curso. Una vez producida la declaración, ya no hay forma de obtener las pruebas por otros medios en cursos paralelos de investigación válidos.

Pero además, recuérdese que quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la “realidad” como mejor le convenga. Y en este caso lo que le conviene a una empresa es mostrar que sus controles funcionan, que es una entidad cumplidora y que todo ha sido culpa de un empleado o miembro infiel y que actuó por cuenta propia. Las nuevas leyes que se ocupan de este tema legitiman esta idea.

La cultura de la *self policing*, de la fe en el autocontrol y no en el control del Estado, termina siendo ingenua. Por ejemplo, hace tiempo ya que las personas jurídicas incluyen en los costos de producción los de las sanciones de multas por infracciones a las leyes administrativas, laborales, ambientales, comerciales, etc.

Decimos que es una forma de privatización del proceso penal, porque es una especie de alianza estratégica entre la empresa y el Estado, pero con serias lesiones de principios constitucionales. 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.¹¹

Como se dijo, el sistema supone una privatización del proceso, que permite eludir el control judicial y altera sus equilibrios. Si la investigación interna es la antesala del proceso penal, habría que ofrecer garantías similares. Para la sociedad, acerca de que se juzgarán todos los delitos cometidos dentro y desde la empresa. Para el imputado, porque deben respetarse sus derechos, que podrían quedar violados en un procedimiento de investigación interna desarrollado por la propia empresa que busca sanearse al mismo tiempo que liberarse de toda imputación. Las personas interrogadas deberían ser advertidas de que tienen derecho a guardar silencio y cuál es el fin de la investigación en la que colabora o de lo que se lo acusa. Si tenemos en cuenta lo dicho acerca de que las grandes corporaciones son las que gobiernan el mundo, el sistema aparece como bastante ingenuo.

A ello se le suma la concepción de un derecho penal *premier*, mediante la técnica de estímulos. La frase *derecho penal premier* encierra en sí misma una contradicción lingüística y también un cambio de rumbo en la técnica y control social formal del Estado.

Por eso se sostiene un principio, sin mayor explicación del criterio jurídico que lo inspira, que la aplicación de los soplones y sus denuncias sólo deberían admitirse ante delitos graves y complejos.

Esta situación, pone de manifiesto otra cuestión. Estamos administrando migajas, las sobras que nos dejan los actores privados, que ellos sacan de la cifra negra de la criminalidad. Se puede ver así con claridad la tensión entre la justicia pública y su privatización, donde los privados nos muestran sólo aquello que nos quieren mostrar.

Habría que “bajarle el precio” al *whistleblower*. Se trata de algo que pasa en la vida real, que no es bueno ni malo porque la gente tiene derecho a denunciar lo que considera un delito, una contravención, una situación que lo perturba. Las normas lo explican, lo describen, como ocurre con el denunciante anónimo.¹² Desde ese punto de vista, está bien que se regule para que

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis*. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. N° 5, 2016 (número monográfico extraordinario de homenaje a Claus Roxin), <http://ficip.es/revista-libertas/>, N° 5, pag. 31 y ss. Gómez Martín, Víctor. *Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?* En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y Compliance Program. ARA Editores- Ediciones Olejnik. Lima, 2016, p. 15 y ss. Con citas de Pastor Muñoz, Gómez Tomillo, Mir Puig, Robles Planas, Silva Sánchez y otros.

¹² DE LUCA, Javier Augusto. *Denuncia Anónima*. Revista La Ley, Buenos Aires, 1991-D-897.

quede claro qué opina de él la política criminal de un determinado estado. Pero pretender que estas situaciones deben ser alentadas como método de investigación, es otro asunto¹³.

6. Justicia negociada, de mercado. Cuestiones más profundas.

Como se ha observado¹⁴ existe un conflicto entre las fundamentaciones retribucionistas y las utilitaristas, de las que derivan respectivamente la imposibilidad de negociar la pena debida y la de sí hacerlo con fines utilitarios. La tradición anglosajona es distinta de la centro-europea. El principio de oportunidad y la justicia negociada nos eran ajenos. Pensemos un minuto en el cambio de fundamentación del decomiso o la confiscación. Antes se pensaba como pena. Un derivado ético de la pena, de la aplicación de un mal estatal que contradice el mal hecho por el delincuente, por el cual el delito no puede rendir beneficios y los instrumentos usados para él están contaminados moralmente. Pero ahora se lo presenta como algo utilitario: se incorpora el fundamento de que puede servir al combate del delito, y para disuadir de su comisión porque se dice que estas penas patrimoniales son las que más duelen a los delincuentes económicos.

Claro está, esto se dice sin comprobación alguna, sin un estudio serio de la realidad que lo demuestre.

La ilusión de creer que la realidad se modificará con la creación de normas se presenta también a nivel de las consecuencias punitivas y en ámbito del derecho procesal, donde aparecen estas disposiciones "ágiles" que ya conocemos, tales como los juicios abreviados, los arrepentidos, delatores, agentes encubiertos, testigos de identidad reservada, las recompensas, la creación de cuerpos de elite, la admisión de colaboradores de la administración de justicia, los premios consistentes en una parte del producido del delito decomisado, los jueces y fiscales sin rostro, etc.¹⁵

Por eso comencé este capítulo con la referencia a la ideología utilitarista y eficientista. El Estado entra por esta vía en el negocio de lo más conveniente, su parámetro no es la justicia sino

¹³ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. *Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una tendencia legislativa latinoamericana*. En *Revue Internationale de Droit Penal*. Association Internationale de Droit Penal. ERES, 3 y 4 trimestre, 1996, p. 725.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Víctor G., ob. cit.

¹⁵ Sigo en algunos puntos la conferencia de Guillermo Fierro en el Congreso Internacional de Derecho Penal por el 75° aniversario del CP, en la Facultad de derecho de la U.B.A., entre 11 y el 14 de agosto de 1997.

el mercado¹⁶. Pero lo más grave es que esa utilidad no está probada, y los casos en que tiene algún rédito, lo son en un porcentaje insignificante.¹⁷

En el terreno de su aplicación práctica, pena y conocimiento de la verdad han sido, para gracia y para desgracia, aliados incondicionales: la verdad, por un lado, es sinónimo de justicia y límite para ese poder del Estado pero, por el otro, como cuesta alcanzarla, existe la tentación de llegar a ella por vía de cualquier método, por contrario que él sea a nuestro sentido de la dignidad humana, a nuestros ideales de justicia y a su propia eficacia.¹⁸

Parece haberse olvidado que el Estado de Derecho importa un sistema de control a toda forma de poder real. Ante los excesos en ejercicio del poder punitivo se enarbolan normas fundamentales de límites, para tornar operativa la dignidad de la persona mediante la protección de los derechos individuales. En un estado democrático y constitucional de derecho, administrar justicia es algo totalmente distinto a transformarse en un justiciero. La ley y el juez penal no ganan ninguna guerra cuando se condena, ni la pierden cuando se absuelve a un sospechoso.

En el estado de derecho la relación entre el Estado y el ciudadano a quien se imputa la comisión de un delito es de contraposición o contradicción, no de cooperación o colaboración. Mientras el primero con todos sus recursos procurará la averiguación de la verdad histórica y, en consecuencia, la actuación de la ley penal en el caso concreto, el segundo buscará contrariarlo defendiéndose.

¹⁶ SANCINETTI, Marcelo. Se trata de ideas y razonamientos del autor en el Congreso mencionado en las notas anteriores.

¹⁷ CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*. Edit. Temis, Bogotá, 1977, TºIII (vol. I Parte Especial), “Introducción”, p.14. Este modo de pensar conduce al autoritarismo, porque se piensa que la ley penal tiene la misión de suprimir el delito lo cual se logra mediante el escarmiento. A lo que el maestro de Pisa decía que la misión del derecho penal no es “obtener de un modo efectivo que el derecho nunca sea violado sobre la tierra; éstos son sueños del vulgo, que busca en el juez al hombre destinado, según él, a asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes, a la manera que la mujer sencilla busca en el médico al hombre al hombre destinado, según ella, a librarla de un instante de todos los males del cuerpo” La cita continúa: Sueños son éstos, que producen en la vida práctica desengaños y dolores, y en la ciencia aberraciones funestas. La estafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del derecho penal. La ciencia médica ha abandonado ya sus ilusiones acerca del elíxir universal, aunque algunos especuladores exploten todavía las viejas creencias al respecto. Y los juristas sabios han abandonado la doctrina de la intimidación, a pesar de que algunos legisladores siguen todavía explotándola en provecho propio. Si admitimos en el derecho punitivo este fin de impedir los delitos aterrorizando al delincuente... el argumento tendría toda la razón, pues cada delito que se comete, muestra con evidencia que la pena conminada no fue bastante para atemorizar al delincuente que la ha despreciado; luego es necesario aumentarla, y después seguir aumentándola a cada nueva prueba de desprecio y de insuficiencia respectiva; y ya no habría límites para esta lógica inexorable.

¹⁸ MAIER, Julio. *El derecho penal y el mercado*. La Nación 18 junio 1997.

Por eso se sostiene que como la delación es una actividad de colaboración con el interés estatal ella subvierte el orden mencionado, y afecta el sistema de garantías. Ello no implica a tachar de nulas o inválidas todas las delaciones, porque existen y seguirán existiendo por un sinnúmero de razones, sino que lo que se critica es su institucionalización, como modelo de investigación y persecución penal. Y si esa cooperación tiene además una recompensa como moneda de cambio, a la falta de control sobre su origen, se suman los asuntos de la ética del estado en la prosecución de uno de sus fines¹⁹ y el de la credibilidad de su contenido, con las consecuencias conocidas de direccionalidad y selectividad de las informaciones que comunica el delator.

Ahora bien, si este modelo era criticado cuando se trataba del Estado vs. el ciudadano acusado de un delito, veamos qué pasa hoy ante la comprobación de que el poder de las corporaciones a nivel global ha crecido de tal manera que son quienes realmente gobiernan²⁰. Tanto es así que hasta se discute su incorporación como sujetos de derecho internacional. Como ya se dijo al principio, las corporaciones ejercen el poder real, tienen el poder de hacer la ley y deshacerla, de establecer la normatividad reinante y de conformar el significado de los discursos sociales²¹. Ellas han puesto sus CEOs en los ministerios, parlamentos, poderes judiciales, ministerios públicos, empresas del estado, grandes servicios públicos, etcétera²². A partir de allí la idea de un Derecho Penal racional de control del poder punitivo de los Estados, dentro del cual se encuentra el castigo de los funcionarios indecentes, ha quedado como una etapa superada. Muchos funcionarios públicos ya no son ajenos a las actividades privadas, de modo que el modelo “funcionario público corrompido vs. el particular o privado corruptor”, sólo se mantiene en las operaciones más torpes y de escaso significado social.

¹⁹ RIQUERT, Marcelo, ob. cit., nos recuerda el principio de superioridad ética del Estado.

²⁰ Ver RASKOVSKY, Rodrigo, *Técnicas de Neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones*, en: Ambos, Kai / Böhm, María Laura –Eds–, Urquiza, Gustavo (comp.), “Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina”, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag, 2019 (publicación pendiente), pág. 127 y sigs. Ver: Böhm, María Laura, Cufre, Denisse y Raskovsky Rodrigo *¿Enfoque amplio o enfoque restringido? Consideraciones normativas y criminológicas sobre el alcance del tratado vinculante*, en: Cantú Rivera, Humberto (Ed.), “El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: Perspectivas latinoamericanas”, México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019 (publicación pendiente).

²¹ RUGGIERO, Vincenzo. *Criminals and service providers*; Crime, Law & Social Change, vol. 28, 1997, 27-38. RUGGIERO, Vincenzo - Welch, Michael: *Power Crime*, en Crime, Law and Social Change, Vol. 51, n° 3-4, 2009, 297-301. Ruggiero, Vincenzo, *It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crimes*, en International Journal of the Sociology of Law (IJS), Vol. 35, 2007, 163-177.

²² Gregg Barak ha llamado a esto "puertas giratorias" entre las corporaciones y los gobiernos, ver: *Fraude en Productos Financieros y Compliance Regulatorio*, Revista Critica Penal y Poder, N° 14, Univ. Barcelona Marzo 2018, pág. 90.

Son estas las grandes personas jurídicas las que, contando funcionarios complacientes o cómplices²³, ejercen el poder real (el económico, social, mediático y político) y tienen la capacidad de causar grandes daños que, gracias a su poder configurador de la realidad y de las normas, no siempre serán ilícitos desde el punto de vista técnico²⁴.

Luego, deberíamos preguntarnos si estos viejos institutos, como el *whistleblower*, sirven y/o son valiosos a un Derecho Penal que aspira a mantenerse como un limitador del poder formal y del real, ahora ocupado por esos grandes grupos económicos y transnacionales.

7. Breve reseña de estos institutos en la legislación argentina.

La Argentina legisló por primera vez la figura del arrepentido mediante Ley N° 24.424 que modificó la Ley N° 23.737 de estupefacientes. Luego sancionó la Ley N° 27.304 a través de la cual incorporó la figura del arrepentido o colaborador eficaz en un régimen general abarcando toda la legislación dispersa sobre la temática y dispuso su posibilidad de aplicación a los delitos de corrupción de menores, promoción y explotación de la prostitución, pornografía infantil; privación de la libertad; secuestro extorsivo, trata de personas, asociación ilícita; cohecho y tráfico de influencias, malversación, exacciones ilegales, etc. Quedaron exentos específicamente los delitos de lesa humanidad.

Tampoco pueden acogerse al régimen funcionarios susceptibles de juicio político y un fiscal.

En cuanto a las características del régimen hay que destacar que el sistema de premios para la delación pone en crisis el principio de igualdad y el de proporcionalidad de la pena, porque a los partícipes del mismo hecho se les impondrán consecuencias distintas. Al partícipe que no delata se le impone una pena con la culpabilidad por el hecho. Lo que se propone es la reducción a la escala de la tentativa que también es un problema por la discusión que se da en torno al 44 del CP.

También se advierten incoherencias con la prisión perpetua y se dice que puede rebajarse hasta los 15 años. No hay eximición absoluta de pena. La multa no forma parte de la

²³ BÖHM, María Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural. Rev. Crítica Penal y Poder, Univ. de Barcelona, Octubre 2017, pág. 53/55. Ver También Bohm, María Laura Dificultades normativas para el abordaje de la actividad empresarial transnacional violatoria de Derechos Humanos en América Latina, en: Ambos, Kai / Böhm, María Laura –Eds– , Urquiza, Gustavo (comp.), “Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina”, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag. 2019 (publicación pendiente), pág. 127 y sigs.

²⁴ RUGGIERO, ob. cit.

negociación. Pero por el otro lado, puedo negociar la pena más grave pero no la pena más leve. La reducción, el beneficio, queda diferido a la sentencia, aunque se puede adelantar el impacto en la excarcelación.

Es importante señalar que la delación debe funcionar en sentido vertical ascendente y eventualmente sería admisible en sentido horizontal. Lo trascendente es que se llegue a la cabeza de la organización, no que quien delata sea el jefe y pueda deslindarse de toda responsabilidad y que la información que da sea de calidad y no falsa, si es falsa se comete un delito. La declaración del arrepentido no es prueba. Es fuente para obtener prueba.

En forma posterior, mediante la Ley N° 27.319 de “Investigación, prevención y lucha contra los delitos complejos”, se regularon otras técnicas especiales de investigación como el agente encubierto, el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y la posibilidad de prórroga de jurisdicción territorial para el juez y el fiscal cuando se encontrase en peligro la vida de la víctima o su integridad psíquica o física o la demora en el procedimiento pueda comprometer el éxito de la investigación, ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entiendan pertinentes, debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar dentro de un plazo no mayor de veinticuatro horas. La aplicación de las técnicas mencionadas deberá regirse por principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Esa norma sólo es aplicable para los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos aduaneros (sección XII, título I del Código Aduanero); c) Todos los casos en que sea aplicable el agravante genérico del artículo 41 *quinquies* del Código Penal (finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo); d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; g) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas; h) Delitos contra el orden económico y financiero.

No obstante, se exceptuaron los delitos de corrupción, respecto de los cuales la ley no hizo mención. Pero sí lo hizo la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica N° 27.401.

Como mencioné, se establece la posibilidad de implementación por parte de la persona jurídica de programas de integridad²⁵, la existencia de un *officer compliance* y canales de denuncia *whistleblowing*. Se trata de un verdadero colaborador eficaz, porque no es partícipe de delito, detecta alguna irregularidad en la estructura interna de la empresa y da aviso a las autoridades que correspondan (si el *whistleblower* es partícipe del delito, su declaración o aportes en el marco de un proceso penal, podrá regirse por el régimen de la ley de arrepentido al que anteriormente hice referencia).

Rigen sistemas de autorregulación mediante los cuales el Estado les exige o recomienda a las empresas el cumplimiento de ciertas medidas para prevenir delitos en su seno. Por ejemplo, la existencia de canales de denuncia internos como una herramienta eficaz para la prevención y puesta en conocimiento de las autoridades de la empresa de conductas delictivas. Se trata de una medida de prevención que integra una política de integridad para la detección de delitos, fraudes e irregularidades (detección de incumplimiento de normativa interna, p.ej. Código de Ética o normativa externa aplicable a la empresa). Se sostiene que los canales deben ser fácilmente accesibles para los denunciantes, miembros de la empresa o terceros contratantes por ej. Formulario electrónico en la web de la empresa, casilla de correo o buzón físico. También líneas de comunicación confidenciales que las empresas ponen a disposición de los empleados (que tienen especial conocimiento de lo que sucede en su seno), accionistas, clientes y proveedores (que tengan posibilidad de acuerdos de adhesión a la política de *compliance* de la empresa) para recibir reportes sobre fraudes, prácticas ilícitas que afecten la ética organizacional de la empresa.

²⁵ Art. 22: Programa de Integridad. “Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación”. Art. 23 Contenido del programa de integridad. “El Programa de Integridad **deberá contener**, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. Asimismo también **podrá contener** los siguientes elementos: III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciante contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta...”).

De esta forma, en caso de incoarse un procedimiento penal en su contra, la persona jurídica podrá contar con información útil antes que los órganos de persecución penal para colocar la empresa en una posición favorable, y será útil en caso que la empresa deba autodenunciarse y colaborar con el procedimiento obteniendo rebajas de pena en caso de condena. Concretamente el art. 9º establece que “Quedarán eximidas de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”.

Existen diversas posturas acerca de quién gestionará las denuncias: por un lado, están quienes sostienen que deben ser los órganos internos de la empresa, una especie de auditoría interna o el *compliance officer* (administrativo/laboral). Por otro lado, otros sugieren que sean investigadas por despachos de abogados externos a la empresa para el caso de que los hechos denunciados puedan constituir delito, y finalmente, una doble vía o sistema mixto.

Acerca de qué tratamiento darle al denunciante, se sostiene que el carácter anónimo afecta el derecho de defensa del imputado. Debe adoptarse un sistema confidencial, con medidas de seguridad y de libre conocimiento del sujeto denunciado. Existe una relación con el deber de veracidad y buena fe de la denuncia (art. 177 CPPN), estándar mínimo que toda denuncia interna debe exigir.

Al respecto, la Oficina Anticorrupción desarrolló un documento guía de “Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”. Se establece que “no se trata de un elemento mandatorio. Las personas jurídicas pueden elegir desarrollarlo o no. Los canales deben ser seguros. Por un lado, deben garantizar a los denunciantes que la información se mantendrá en estricta confidencialidad y sólo será empleada para un análisis o investigación seria y profesional. Por el otro, si bien es deseable que la persona jurídica permita que los informes se hagan de manera abierta, los canales deben admitir tanto la denuncia anónima como la posibilidad de optar por la reserva de identidad. La existencia de dichas opciones debe ser comunicada con claridad a todos los destinatarios posibles del canal. En el caso de la reserva debe aclararse bajo qué condiciones

cederá o en qué casos la persona jurídica no podrá mantenerla (de seguro no será posible mantenerla ante el requerimiento de autoridades judiciales). Los canales pueden ser internos y/o de gestión tercerizada”.

La ley también prevé la posibilidad de que la empresa celebre un acuerdo de colaboración eficaz con el fiscal (art. 16) premiado con una exención pena y de responsabilidad administrativa que no hay en la figura del arrepentido del régimen general.

Puedo mencionar como diferencias entre ambos regímenes que: 1) permite acordar hasta la citación a juicio y en el régimen general sólo hasta la IPP; 2) tiene cláusula de confidencialidad, la ley general no lo tiene. Aunque sí tiene un sistema de protección de testigos; 3) prevé un sistema de control judicial de acuerdo, la ley general habla de homologación y fijación de reglas. Hay control sin suspensión del plazo de prescripción y fijan el plazo de prescripción de 6 años; 4) el rechazo incluye la excepción de las reglas de exclusión. Si eso no llega a un acuerdo se puede considerar que el delito se hubiera descubierto igual y entonces la regla de exclusión no aplica. Para que la persona jurídica pueda llegar a la regla de exclusión, debe demostrar espontáneamente que ese acto que se produjo en su seno o en beneficio de ella y que fue absolutamente ajena a su cadena de decisión.

8. Observaciones finales.

Casi sin darnos cuenta hemos pasado del ámbito de lo represivo al preventivo²⁶. Se renueva la confianza en la ley penal en la prevención de delitos, mediante el incentivo de la autorregulación corporativa, sin ninguna comprobación científica de que esto funcione así. Es que si alguien cree que nuestro *métier* consiste en prevenir delitos, para qué esperar que ese daño se produzca. Y por este camino, debe advertirse una vez más, viene de la mano la consideración de que ciertas actividades son riesgosas y que, por ello, debemos prevenir antes que reprimir, es decir, la peligrosidad que trae la llamada expansión secretaria²⁷.

Pido disculpas por mi escepticismo, pero esta historia ya la conocemos.

²⁶ Nieto Martín, Adán, *La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de política criminal*. Estudios de Derecho Penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig, edit. IBdeF, Buenos Aires, 2017, pág. 167

²⁷ Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, pág. 177 y ss).

9. Referencias

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, Delación Premiada, con prefacio de John Vervaele, Edit. Temis, Bogotá, 2019.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. En ADPCP, tº XLV, fasc.1, enero-abril 1992, págs. 235-49.

REYES ALVARADO, Yesid. Arrepentidos y Testigos Secretos: Remembranzas de la Santa Inquisición. Conferencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal. 75º aniversario del Código Penal. Facultad de Derecho, Univ. Buenos Aires, 11 al 14 de agosto de 1997. Con especial cita del “Manual de Inquisidores”, Montpellier, Imprenta de Feliz Aviñon, 1821, págs. 21 y ss.

BAUM, Dan. Legalize It All, How to win the war on drugs, Harper’s Magazine, de 12 septiembre de 2016, en internet: <http://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/>.

Ragués i Vallés, Ramón. Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 54 y ss.

DE LA CUESTA, Luis y de BLANCO CORDERO, Isidoro. con prefacio de José Luis de la Cuesta y John Vervaele, págs. 459 y ss.: www.penal.org.

RIQUERT, Marcelo. La delación premiada en el derecho penal - El arrepentido, una técnica especial de investigación en expansión, Edit. Hammurabi, Bs. As, 2011, p. 24 a 31 y 165 a 182.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis. Revista Libertas. Fundación Internacional de Ciencias Penales. Nº 5, 2016 (número monográfico extraordinario de homenaje a Claus Roxin), <http://ficip.es/revista-libertas/>, Nº 5, pag. 31 y ss. Gómez Martín, Víctor. Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo? En AA.VV. Responsabilidad Penal de las Empresas y *Compliance* Program. ARA Editores- Ediciones Olejnik. Lima, 2016, p. 15 y ss. Con citas de Pastor Muñoz, Gómez Tomillo, Mir Puig, Robles Planas, Silva Sánchez y otros.

DE LUCA, Javier Augusto. Denuncia Anónima. Revista La Ley, Buenos Aires, 1991-D-897.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una tendencia legislativa latinoamericana. En Revue Internationale de Droit Penal. Association Internationale de Droit Penal. ERES, 3 y 4 trimestre, 1996, p. 725.

CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Edit. Temis, Bogotá, 1977, T°III (vol. I Parte Especial), “Introducción”, p.14.

MAIER, Julio. El derecho penal y el mercado. La Nación 18 junio 1997.

RASKOVSKY, Rodrigo, Técnicas de Neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones, en: Ambos, Kai / Böhm, María Laura –Eds–, Urquiza, Gustavo (comp.), “Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina”, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag. 2019 (publicación pendiente), pág. 127 y sigs.

BÖHM, María Laura, Cufre, Denisse y Raskovsky Rodrigo ¿Enfoque amplio o enfoque restringido? Consideraciones normativas y criminológicas sobre el alcance del tratado vinculante, en: Cantú Rivera, Humberto (Ed.), “El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: Perspectivas latinoamericanas”, México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2019 (publicación pendiente).

RUGGIERO, Vincenzo. Criminals and service providers; Crime, Law & Social Change, vol. 28, 1997, 27-38. Ruggiero, Vincenzo - Welch, Michael: Power Crime, en Crime, Law and Social Change, Vol. 51, n° 3-4, 2009, 297-301. Ruggiero, Vincenzo, It’s the Economy, Stupid! Classifying Power Crimes, en International Journal of the Sociology of Law (IJSL), Vol. 35, 2007, 163-177.

BARAK, Gregg. Fraude en Productos Financieros y *Compliance* Regulatorio, Revista Crítica Penal y Poder, N° 14, Univ. Barcelona Marzo 2018, pág. 90.

BÖHM, María Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural. *Rev. Crítica Penal y Poder*, Univ. de Barcelona, Octubre 2017, pág. 53/55.

BOHM, María Laura. Dificultades normativas para el abordaje de la actividad empresarial transnacional violatoria de Derechos Humanos en América Latina, en: Ambos, Kai / Böhm,

MARTÍN, ADÁN, Nieto, La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de política criminal. *Estudios de Derecho Penal*, homenaje al profesor Santiago Mir Puig, edit. IBdeF, Buenos Aires, 2017.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada, IBdeF, Buenos Aires, 2007, pág. 177 y s).