

Compliance y delitos económicos-financieros

Sebastián Alberto Donna

Compliance y delitos económico-financieros

Sebastián Alberto Donna



Contenido

Obertura.....	17
Agradecimientos.....	19
1. La pena en el derecho penal económico	21
1.1. Toma de posición.....	22
1.2. El rol especial dentro de un sistema de cooperación social	22
1.3. La pena.....	24
2. Derecho penal económico-financiero.....	29
3. Introducción a los delitos contra el orden económico y financiero	35
4. Riesgo permitido	41
4.1. Síntesis	45
5. Mercado de capitales	47
5.1. El precio.....	49
5.2. El mercado.....	52
5.3. Mercado de valores.....	54
5.4. Segmentos del mercado de valores	56
5.5. Los actores en el mercado de valores	57
5.6. Calificación de los mercados financieros	59
5.7. Obligaciones negociables.....	60
5.8. Valores negociables.....	61
5.8.a. Bonos (renta fija).....	61
5.8.a.1. Retorno nominal de un bono	63
5.8.b. Acciones (renta variable).....	64
5.8.b.1. Valor de las acciones.....	65
5.8.b.2. Aumento de capital	65

5.8.b.3. Dividendos en efectivo.....	66
5.8.b.4. Dividendos en acciones.....	66
5.8.b.5. Desdoblamiento de acciones o escisión de una acción	67
5.9. Fideicomiso financiero	68
5.10. Securitización.....	70
6. <i>Compliance</i> o programa de integridad.....	71
6.1. <i>Compliance</i> empresarial	74
6.2. Características del <i>compliance management</i> en la empresa.....	77
6.2.a. Información de antecedentes (auditoría).....	79
6.2.b. La organización en el <i>compliance</i>	79
6.2.c. Instrumentos del <i>compliance</i>	80
6.2.d. Cultura del <i>compliance</i>	81
6.2.e. La dirección de la comunicación.....	81
6.3. Exención de responsabilidad penal de la persona jurídica por <i>compliance</i>	82
6.3.a. Idoneidad temporal.....	83
6.3.b. Idoneidad formal	83
6.4. El <i>compliance officer</i>	84
6.4.a. Funciones del <i>compliance officer</i>	87
6.4.b. Responsabilidad penal del <i>compliance officer</i>	89
6.4.c. ¿Responsabilidad penal por omisión?	92
7. El delito de información privilegiada en el mercado de valores (art. 307).....	97
7.1. El <i>insider trading</i>	99
7.2. La información privilegiada	103
7.3. El art. 307 CP desde la teoría del delito.....	107
7.3.a. Bien jurídico.....	107
7.3.b. Acciones típicas	110
7.3.c. Tipo objetivo.....	113
7.3.d. Autor	114
7.3.e. Tipo subjetivo	117
7.3.f. Consumación y tentativa	117
7.3.g. Pasos intermedios como información privilegiada.....	119
7.3.h. Agravante.....	120
7.3.i. Algunos problemas relacionados al delito de información privilegiada	121
7.3.j. La venta en corto (<i>shortselling</i>).....	122

8. Manipulación de precios en el mercado bursátil o agiotaje financiero (art. 309)	127
8.1. Manipulación de precios de valores negociables u otros instrumentos financieros (art. 309)	132
8.2. Alterar los precios artificialmente (inc. 1. a)	134
8.2.a. Bien jurídico	134
8.2.b. Tipo objetivo	137
8.2.c. Acción típica	140
8.2.d. Sujeto activo	142
8.2.e. Tipo subjetivo	143
8.2.f. Error de tipo	143
8.3. Ofrecimiento falaz de valores u oferta engañosa de valores negociables (inc. 1. b)	144
8.3.a. Bien jurídico	144
8.3.b. Tipo objetivo	145
8.3.c. Acción típica	146
8.3.d. Tipo subjetivo	147
8.3.e. Autoría	148
8.3.f. Consumación y tentativa	148
8.4. Información falaz y delito de balance (inc. 2)	148
8.4.a. Bien jurídico	152
9. Cohecho financiero (art. 312)	155
9.1. Bien jurídico	157
9.2. Tipo objetivo	158
9.3. Conducta típica	160
9.4. Autoría	163
9.5. Tipo subjetivo	164
9.6. Consumación y tentativa	165
10. Intermediación financiera sin autorización o irregular (art. 310)	167
10.1. Intermediación financiera no autorizada (párr. 1)	170
10.1.a. Bien jurídico	171
10.1.b. Tipo objetivo	172
10.1.c. Acción típica	174
10.1.d. Tipo subjetivo	182
10.1.e. Autoría	183

10.1.f. Consumación y tentativa	184
10.2. Captación pública de ahorros e intermediación no autorizada en el mercado financiero (párr. 2).....	185
10.2.a. Bien jurídico.....	187
10.2.b. Conducta típica.....	187
10.2.c. Captación de ahorros públicos.....	188
10.2.d. Intermediación no autorizada en el mercado de valores.....	189
10.2.e. Tipo subjetivo.....	191
10.2.f. Sujeto activo.....	192
10.3. Agravante (párr. 3).....	192
11. Intercesión de datos falsos o hechos inexistentes en operaciones financieras. Delitos del empleado y funcionarios bancarios y bursátiles (art. 311)	195
11.1. Instituciones financieras	195
11.2. El deber de veracidad en el registro contable	199
11.3. Normativa sobre información contable	201
11.4. Tipo penal de balance.....	204
11.4.a. Bien jurídico.....	204
11.4.b. Tipo objetivo.....	204
11.5. Conductas omisivas (párr. 2)	207
11.5.a. La omisión.....	207
11.5.b. La omisión del §13 StGB (un breve repaso).....	210
11.5.c. La omisión del párr. 2	215
11.6. Acción típica	216
11.7. Autor.....	217
11.8. Tipo subjetivo.....	218
11.9. Error.....	218
11.10. Consumación y tentativa	219
12. Alzar o bajar los precios (art. 300).....	221
12.1. Colusión.....	223
12.1.a. ¿Cómo definimos la colusión?.....	225
12.1.b. Factores que facilitan la colusión	225
12.1.c. ¿Cómo detectar la colusión?	226
12.1.d. Formas de colusión	228

12.2. Agiotaje (inc. 1).....	229
12.2.a. Bien jurídico.....	229
12.2.b. Tipo objetivo.....	232
12.2.b.1. Engaño.....	234
12.2.b.2. Noticias Falas.....	234
12.2.b.3. Negociaciones fingidas.....	235
12.2.b.4. Reunión o coalición entre los principales tenedores de mercancía o género.....	236
12.2.c. Autoría.....	238
12.2.d. Consumación y tentativa.....	238
12.2.e. Tipo subjetivo.....	239
12.2.f. Tentativa.....	240
12.2.g. Antijuricidad.....	241
12.2.h. Error de tipo.....	241
12.3. Balances e informes falsos o incompletos (inc. 2).....	242
12.3.a. Bien jurídico.....	243
12.3.b. Tipo objetivo.....	244
12.3.c. El balance.....	246
12.3.d. Tipo subjetivo.....	250
12.3.e. Tentativa.....	252
12.3.f. Autoría y participación.....	252
12.3.f.1. El síndico.....	254
12.3.f.2. El director-administrador.....	255
12.3.f.3. El liquidador.....	255
12.3.f.4. Asamblea.....	256
12.4. Artículo 300 bis.....	257
13. Fraude al comercio y la industria (art. 301).....	261
13.1. Fraude al comercio (art. 301).....	261
13.1.a. Bien jurídico.....	261
13.1.b. Acción típica.....	262
13.1.c. Conductas típicas.....	262
13.1.d. Tipo subjetivo.....	263
13.1.e. Autoría y participación.....	264
13.1.e.1. Directores.....	266
13.1.e.2. Gerente.....	267
13.1.e.3. Administradores.....	269

13.1.e.4. Liquidadores.....	270
13.1.f. Consumación y tentativa	271
13.2. Agravante.....	271
13.2.a. Proceso de colocación de oferta pública	272
13.2.b. Análisis de la agravante	275
14. Lavado de dinero o lavado de activos (art. 303)	277
14.1. Introducción	278
14.1.a. Etapas del lavado de dinero.....	281
14.1.b. Características de la banca <i>off shore</i>	283
14.1.c. Delito precedente	284
14.2. Algunos posibles problemas del delito precedente	287
14.2.a. La culpabilidad y el delito precedente sin condena	287
14.2.b. El delito precedente vs. el principio de inocencia y el <i>in dubio pro reo</i>	290
14.2.c. Conclusión	292
14.3. Análisis del tipo penal de lavado de dinero	293
14.3.a. Lavado de dinero del art. 303, inc. 1.....	293
14.3.a.1. Bien jurídico.....	293
14.3.a.2. Acción típica.....	296
14.3.a.3. Objeto del delito	297
14.3.a.4. Sujeto pasivo.....	298
14.3.a.5. Resultado	299
14.3.a.6. Tipo subjetivo	299
14.3.a.7. Autoría.....	300
14.3.a.8. Consumación y tentativa	301
14.3.b. Agravante del tipo penal de lavado de dinero del art. 303, inc. 2	301
14.3.b.1. Agravante por habitualidad	302
14.3.b.2. Agravante por asociación ilícita.....	302
14.3.b.3. Agravante por funcionario público	307
14.3.b.4. Posición de garante del funcionario publico.....	309
14.3.b.5. Agravante en ejercicio de una profesión u oficio que requiera habilitación especial.....	312
14.3.c. El abogado y el cobro de honorarios	312
14.3.c.1. Posición contraria a la imputación del abogado	314
14.3.c.2. Derecho al secreto profesional como derecho a defensa	315
14.3.c.3. Derechos del imputado a designar un defensor de confianza	319
14.3.c.4. Afectación de los derechos a trabajar del abogado defensor	320
14.3.d. El tipo penal de lavado de dinero del art. 303., inc. 3.....	321

14.3.d.1. Sujeto activo.....	322
14.3.d.2. Acción típica.....	322
14.3.d.3. Sujeto pasivo.....	322
14.3.d.4. Tipo subjetivo.....	322
14.3.e. El tipo penal de lavado de dinero del art. 303, inc. 4.....	323
14.3.f. El tipo penal de lavado de dinero del art. 303, inc. 5 (extraterritorialidad).....	324
14.3.g. El delito tributario como delito precedente.....	325
14.3.g.1. Autolavado.....	327
14.3.g.2. Casos de bancos implicados en el lavado de activos.....	328
14.3.g.3. Casos de Unidad de Intervención Financiera (UIF).....	332
14.3.g.4. El lavado de dinero mediante criptomonedas.....	333
14.3.g.4.1. Criptomonedas.....	335
14.3.g.4.2. Las criptomonedas en el derecho argentino.....	338
14.3.g.4.3. Uso delictivo de las criptomonedas.....	338
15. Responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 304).....	343
15.1. Teorías de la culpabilidad en la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	346
15.1.a. Wilfried Bottke y el Injusto por organización de contactos sociales no permitida.....	346
15.1.b. Günter Heine y el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa.....	347
15.1.c. Gómez-Jara Díez y la culpabilidad de la persona jurídica.....	349
15.1.d. Bernardo Feijóo Sánchez y el defecto por organización.....	351
15.1.e. Edgardo Alberto Donna y el problema de la culpabilidad a la persona jurídica.....	354
15.1.f. Günther Jakobs y la determinación de la culpa en la persona jurídica.....	355
15.2. La sanción penal a la persona jurídica.....	358
15.2.a. Posibles problemas a la aplicación de una sanción penal a la RPPJ.....	358
15.2.b. Posición a favor de la sanción penal a la persona jurídica.....	360
15.3. Responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 304).....	361
15.4. Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	362
15.4.a. Bien jurídico.....	363
15.4.b. Tipo objetivo.....	363
15.4.c. Autoría.....	365
15.4.d. Tipo subjetivo.....	365
15.4.e. Error.....	366
15.5. La pena de multa del art. 304, CP.....	367
15.6. Derecho procesal penal.....	368

15.7. Responsabilidad penal de la persona jurídica y las reglas de protección de inocencia (art. 313).....	369
16. Decomiso (art. 305).....	373
16.1. Normativa y contexto internacional.....	376
16.2. El decomiso sin condena (art. 305).....	378
16.2.a. Cuando el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento	381
16.2.b. Fuga.....	382
16.2.c. Prescripción	382
16.3. Algunos problemas que representaría el decomiso definitivo sin condena	383
16.3.a. El decomiso definitivo sin condena vs. la culpabilidad	385
16.3.b. El decomiso definitivo sin condena vs. el principio de inocencia y el <i>in dubio pro reo</i>	387
16.3.c. Conclusión	389
16.4. Una mirada desde el Law & Economics	390
17. Financiación del terrorismo (art. 306)	393
17.1. Derecho penal del enemigo.....	398
17.2. Legislación	401
17.3. Artículo 41 quinquies.....	403
17.4. Artículo 306.....	404
17.4.a. Bien jurídico.....	405
17.4.b. Tipo objetivo.....	407
17.4.c. Actos de colaboración.....	409
17.4.d. Tipo subjetivo	410
17.5. Inciso 2	410
17.6. Inciso 3	412
17.7. Inciso 4	412
Bibliografía.....	413

Obertura

El derecho penal bancario y el derecho penal del mercado de capitales son dos de las áreas más apasionantes que ofrece el derecho penal. Representan una reacción al comportamiento desviado dentro del sistema bancario o en el mercado de capitales como una forma especial de delincuencia. Por lo tanto, se puede formular que el derecho penal bancario y del mercado de capitales forman subáreas especiales del derecho penal económico. El tema no es fácil de entender: solo puede comprenderse si se conocen al menos las características básicas del derecho bancario y del derecho del mercado de capitales. Por lo tanto, el interesado debe familiarizarse con el derecho bancario, así como con los mecanismos y el funcionamiento del derecho del mercado de capitales.

Por un lado, esto dificulta el acceso a los campos del derecho penal bancario y del mercado de capitales, pero por otro lado, abre la opción de comprender, redescubrir y trabajar con múltiples conexiones e interacciones cruzadas entre el derecho bancario y el derecho penal, así como entre el derecho del mercado de capitales y el derecho penal.

Al planificar el esquema del libro, quería que fuera accesible y útil para el abogado que deba litigar, así como para el estudiante de posgrado y grado, pero también para aquellos profesionales de las ciencias económicas. Por tal motivo, el libro trata asuntos complejos y básicos, intencionalmente se han creado capítulos independientes y muy enfocados en los temas. También incorporé la educativa de la reiteración de conceptos, de esta manera no debe volver o ir a otros capítulos.

Asimismo, busqué que estén las distintas posturas e ideas vinculadas al tema, permitiendo que, doctrinariamente y jurisprudencialmente, se pueda tener una visión completa.

La idea de este libro comenzó en Frankfurt, en el Städel Museum, donde comencé a escribirlo (siempre voy a comer su excelente *käseku-chen*, además de ser un enamorado de esa ciudad), para continuarlo en la Georg-August Universität Göttingen, donde encontré en la biblioteca de penal como novedad el libro de la profesora Nina Nestler (*Bank- und Kapitalmarktstrafrecht*) que fue de gran inspiración. Pero todavía no encontraba un rumbo muy claro, hasta que en la ciudad de Leipzig (iba a escribir y a comer a la *Volkshaus*) encontré en la biblioteca el libro de la profesora Dörte Poelzig (*Kapitalmarktrecht*) y el de los profesores Brettel Hauke Philipps y Schneider Hendrik (*Wirtschaftsstrafrecht*) que me sirvieron de faro para escribir. Luego, debido a ciertas circunstancias (tesis doctorales, maestrías, pandemia, etc.), el libro quedó en la computadora esperando volver al baile. Hasta que en pandemia compré un libro del profesor Jesús-María Silva Sánchez (*Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*) que a medida que lo iba leyendo, me fueron dando ganas de retomar este proyecto.

La bibliografía utilizada es la que he ido recolectando a lo largo de los viajes de estudio por Göttingen, Leipzig, Hamburg, Frankfurt, Madrid, Toledo y Salamanca. Por eso ha sido tan grato hacer este trabajo, porque cada uno de los libros que agarraba me recordaba a mis amigos, ciudades y aventuras.

Dr. Sebastián Alberto Donna
Buenos Aires, verano 2023

Agradecimientos

Como siempre, el agradecimiento a mi madre que, si he llegado hasta acá, es por el apoyo e incentivos que siempre me ha dado en mis proyectos.

A mi padre, en esta ocasión cuando le comenté que había retomado el proyecto del libro, me incentivó a terminarlo y publicarlo, y entre copas de vino y café de por medio me evacuó ciertas dudas.

A mis hermanas, en particular a mi hermana Carolina, que en estos últimos años nos hemos hecho más cercanos, por el apoyo y la importancia de su presencia en los momentos buenos y malos, particularmente en este último año.

A mis amigos españoles, los doctorandos Javier Cuairan García, Adrián Viejo Mañanes y Enrique Villela, primeramente por su amistad y cariño, luego por haberme evacuado las consultas que les realizaba respecto a la legislación penal de España y las recomendaciones bibliográficas.

Un agradecimiento merece mi amigo, el abogado Carlos Hamlet Peluffo quien, haciendo uso de su extenso conocimiento y especialización en Derecho Penal, me ha dado su opinión y esclarecido mis dudas. A mis amigos, la Lic. Lorena Tomatis, los abogados María Villani, Sergio Damián Yacobino, Víctor Balcarcel, Carlos Vila, German Onco y Julio Rebequi por siempre estar dispuestos a leer y dar su sincera opinión, así como su apoyo en estos años.

Infaltable el agradecimiento a mis amigos del 3730 club, en particular al “*super team*” que entre pesas, cintas, cafés, risas y cenas nos hacemos el aguante día a día.

Un agradecimiento especial a Hernán Darío Simkin (por más que seas de Atlanta), por la oportunidad de participar en su gran proyecto publicando el libro en su editorial.