Compliance y delitos económicos-financieros

Sebastián Alberto Donna

Editores del Sur

Compliance y delitos económico-financieros

Sebastián Alberto Donna

Editores del Sur

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. *Compliance* o programa de integridad 71
6.1. *Compliance* empresarial 74
6.2. Características del *compliance managment* en la empresa 77
6.2.a. Información de antecedentes (auditoría) 79
6.2.b. La organización en el compliance 79
6.2.c. Instrumentos del compliance 80
6.2.d. Cultura del compliance 81
6.2.e. La dirección de la comunicación 81
6.3. Exención de responsabilidad penal de la persona juridíca por *compliance* 82
6.3.a. Idoneidad temporal 83
6.3.b. Idoneidad formal 83
6.4. El *compliance* officer 84
6.4.a. Funciones del *compliance officer* 87
6.4.b. Responsabilidad penal del *compliance officer* 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 *insider* trading 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 (shortselling) 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. Ofreciemiento 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 *off shore* 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 *in dubio pro reo* 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 (extraterritoriedad) 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 *in dubio pro reo* 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 *käsekuchen,* 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 ultimo 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 Pelufo 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.