
EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA INCONTROLADA: ¿PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EN MATERIA DE CONTROL DE RIESGOS?

Patricio Nicolás SABADINI*

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 20 de febrero de 2015

Resumen

La reforma del Código Procesal Penal de la Nación persigue la modernización del sistema penal adoptando un diseño procesal acusatorio en el cual se distingue la facultad investigativa y de acusación del Ministerio Público Fiscal y la función de decisión y de control de cumplimiento de las garantías del imputado, por parte del juez.

Este artículo procura analizar el régimen actual de prisión preventiva, y propone incorporar a la reforma un sistema de control denominado *compliance*, circunscrito en principio al marco del Derecho Penal empresarial como sistema de control y prevención de riesgos, pero evaluando la posibilidad de aplicar este mecanismo y su metodología al esquema de prisión preventiva argentino, a los fines de evitar así el desborde del sistema carcelario o el abuso del encarcelamiento preventivo.

Palabras claves

Reforma - Código Procesal Penal de la Nación - *compliance* - prisión preventiva

* Becario Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (República Federal Alemana). Fiscal Federal de la Nación. E-mail de contacto: patriciosabadini@hotmail.com.

THE NEW FEDERAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURE AND THE UNCONTROLLED REGIME OF REMAND IMPRISONMENT: COMPLIANCE PROGRAMS AND RISK MANAGEMENT?

Abstract

The Federal Code of Criminal Procedure reform aims to modernize the criminal system by adopting an accusatorial design of the procedure in which investigative and prosecutorial faculties of the Public Prosecutor are clearly distinguished from the role of the judge, who only renders decisions and controls the legality of the process. This main goal of this article is to analyse the current regime of remand imprisonment as well as to propose the incorporation into the aforementioned reform of a new control system denominated “compliance”. This mechanism was originally conceived in the framework of corporate criminal law as a control system of risk prevention. With that in mind, the possibility of applying this mechanism and its method to the Argentinean model of remand imprisonment is also being evaluated with the aim of avoiding an overflow risk of the prison system or an abuse of Pre-Trial detentions.

Keywords

Reform - Criminal Procedure Code - Compliance - Remand Imprisonment

I. Introducción

El 4 de diciembre de 2014 se sancionó la ley 27.063,¹ dando lugar al nuevo Código Procesal de la Nación, y que viene a reemplazar el viejo modelo mixto —más inquisitivo que acusatorio— vigente hasta el momento, luego de más de veinte años. En pocas palabras, se desea implementar un sistema que “oraliza” el proceso penal y que procura desburocratarlo por medio de la división clara de los roles de las partes: un fiscal que investiga y prepara su acusación, una defensa que realiza la antítesis defensiva y un juez que decide al respecto, sin inmiscuirse en la investigación y ejerciendo el control de la actuación del Ministerio Público.

¹ Ley 27.063, sancionada el 4 de diciembre de 2014 y promulgada el 9 de diciembre de 2014 (BO 10-12-2014).

Ya el *modus* de cómo fue presentado el proyecto dejaba a las claras que la racionalización del proceso penal carecía de cierta sistematicidad en su abordaje pues — pese a algunos vericuetos de carácter político— el argumento detrás de su creación no difería del carácter simbólico otorgado a las reformas penales de occidente de los últimos treinta años: un mayor rigor punitivo, aunque ahora yendo un poco más allá, al tocarse argumentalmente el sector de la descarga a tierra del sistema penal, como es el proceso. Y si bien un procedimiento acusatorio es bienvenido, no se lo recibe como una racionalización del sistema penal sino como, carencia de sistematicidad mediante, fruto de las demandas de seguridad.² En este aspecto, puede percibirse ya una primera grieta.

En segundo lugar, algunos conceptos que en buena y en bienvenida forma luego fueron eliminados en el tratamiento legislativo, como el de "conmoción social" y ciertos términos lindantes con la xenofobia, configuraron otro síntoma que conspiraban contra una racionalización del ritual penal, desconociéndose además no sólo la implosión del sistema carcelario, sino también el número de presos sin condena y sin juicio. Más allá de ello, se reitera la bienvenida al nuevo código adjetivo, resaltando el término "perfectible", y aclarando que aún existe margen para analizar estas imperfecciones.

Una de ellas es la ausencia de programas de control —que pueden implementarse en el nuevo código ritual si se tiene en cuenta el nuevo rol del Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial— como modo de racionalización sistémica de la reforma. Por ello, y a los fines de intentar pulir estos desperfectos, se argumentará en este trabajo que es posible trasladar el mecanismo y metodología de los programas de cumplimiento propios de ámbito empresarial al esquema de prisión preventiva argentino. Un correcto seguimiento, con dichas herramientas, del encarcelamiento cautelar otorgaría no sólo mayores loas al nuevo sistema procesal sino que tendería a evitar un riesgo de desborde del sistema carcelario o un abuso del encarcelamiento preventivo tal como se pudo deslizar tácitamente al anunciar la reforma. En el presente trabajo se introducirá en la importancia de velar por el control y seguimiento de la prisión preventiva, y se delinearán algunas cuestiones vinculadas con la burocracia estatal y con el sistema de justicia penal que inciden sobre el cupo de procesados ([apartado II](#)). Posteriormente, se ofrecerá un resumido análisis de la situación actual del encarcelamiento cautelar, desde el punto de vista de sus requisitos ([apartado III](#)), para luego presentar el concepto de *compliance*,

² De allí proviene, por ejemplo, el término "puerta giratoria" utilizado en el anuncio de lo que luego se convertiría en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

circunscrito en principio al marco del Derecho Penal empresarial, como sistema de control y prevención de riesgos (apartado IV), y su posible acople a la coyuntura problemática que padece el sistema penal: los presos sin condena (apartado V). Finalmente, se presentarán unas últimas reflexiones sobre el tema (apartado VI).

II. El encarcelamiento preventivo y la burocracia estatal: la cuestión del papeleo judicial

El encarcelamiento preventivo puede considerarse, en la mayoría de los sistemas procesales de occidente, como la medida más grave que involucra a derechos fundamentales de las personas (GRAF, 2012: 262; BEULKE y WITZIGMANN, 2011: 254; BRUNE y MÜLLER, 2009: 145; HUBER, 2009: 994). Esto se debe no sólo a lo que implica la medida en sí desde el punto de vista normativo —un inocente en prisión—³ sino también a la cuestión de cómo se materializa.⁴ Así, la presunción de inocencia debería hallarse limitada sólo en lo que se refiere a la aplicación del principio de proporcionalidad, y siempre que signifique un peligro para los fines del proceso (BRUNE y MÜLLER, 2009: 144; HUBER, 2009: 994). A su vez, la custodia, en principio, debería cumplirse en un establecimiento diferente a los condenados (BRUNE y MÜLLER, 2009: 145).⁵ Es en este sentido que el Estado tiene la responsabilidad de cumplir, dentro de lo razonable, con todas las medidas que sean adecuadas y necesarias para lograr la reducción de los detenidos (PAEFFGEN, 2010: 257). Sin embargo, en los hechos no hay diferencia alguna entre el tratamiento que se le dispensa a un condenado y el que recibe una persona privada de libertad de modo preventivo.

Especialmente preocupante es el alto número de procesados aguardando un juicio, muchos de ellos ya con autos de prisión preventiva prorrogados en virtud del artículo 1 de la ley 24.390.⁶ Es decir, se advierte que el plazo máximo de la prisión preventiva se ha

3 Y es que existe una tensión entre la necesidad del público de aplicación de la pena, la que no puede efectuarse en ausencia del inculpado, y el derecho constitucionalmente garantizado de la persona (BRUNE y MÜLLER, 2009: 143; SCHWECKENDIECK, 2011: 13).

4 Evidentemente problemática ya es la cuestión del arresto y de las declaraciones que efectúa el imputado al momento de materializarse este último. Sobre este tema, véase: BITTMANN (2010: 510).

5 El requisito de separación tiene por objeto salvaguardar la presunción de inocencia y protege a los detenidos considerados inocentes (MITSCH, 2008: 2299; PIEL, PÜSCHEL y TSAMBIKAKIS, 2009: 34).

6 Tras la modificación realizada por la ley 25.430, promulgada el 1 de junio de 2001, el artículo 1 de la ley 24.390 cuenta con la siguiente redacción: “[l]a prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos

vuelto una brújula rectora en materia del tiempo en que las personas deben hallarse privadas de libertad de modo preventivo. Este criterio temporal ha dado lugar a una aplicación automática, y deja de lado las situaciones de hecho que ameritan mantener la medida de coerción, esto es, algún indicio que denote un peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, violando lo que se dio a llamar *prohibición de exceso* de la medida. En ese sentido, se obvian cuestiones básicas de lo que Natalia SERGI denominó "inequivalencia entre coerción cautelar y sustantiva" (SERGI, 2001: 136; 2005: 480), como la necesidad de que la prisión preventiva no sea desproporcionada en el tiempo y materialmente peor que la pena a imponer, y la obligación de verificar la existencia de un modo menos lesivo de asegurar los fines del proceso.

Estas cuestiones merecen ser resaltadas. No sólo por el número de procesados en términos de cupo, sino antes por el hecho de que posiblemente en muchos casos no existan las circunstancias fácticas aptas para habilitar una medida tan gravosa como la prisión preventiva, y esto lleva a que personas procesadas estén sometidas a este régimen cuando deberían recibir un tratamiento distinto. Además, la situación de los procesados en establecimientos carcelarios resulta por demás alarmante, en especial si se considera que la carencia de espacio en la celda de prisión es tenida en cuenta a los fines de considerar violación de sus derechos humanos, así como las condiciones de saneamiento, la satisfacción de necesidades básicas de los reclusos, el acceso a luz solar, la presencia ventilación adecuada y, en determinadas ocasiones, el ejercicio del derecho a la intimidad.⁷

III. El encarcelamiento preventivo hoy

No caben dudas respecto de que el encarcelamiento preventivo que vaya más allá de la interpretación de los postulados constitucionales no posee validez, por lo que toda letra de la ley que no juegue dentro de estos límites puede ser cuestionada. Con ello no se desea expresar que la prisión preventiva resulta inconstitucional, pues los pactos

al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor".

⁷ Véase POHLREICH, E. (2011:561-2), con referencia a los diferentes fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre la situación de las cárceles argentinas, basta con analizar el caso "Verbitsky" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: CSJN (03.05.2005), *in re* "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus", V. 856. XXXVIII.

internacionales incorporados a la Carta Magna la avalan (artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional según el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), como así también jurisprudencia supranacional, nacional y provincial, siempre y cuando medien estrictos condicionamientos.⁸ En ese sentido, tanto las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los fallos Corte Suprema de Justicia de la Nación han expresado parámetros al respecto.⁹ La situación dio lugar a una retroalimentación entre el orden interno e internacional (BIDART CAMPOS, 1994: 30), prevaleciendo, en caso de que exista conflicto entre estos requisitos, la norma más protectora para el individuo, según las reglas del principio *pro homine* (artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

De modo similar, y como corolario del principio de seguridad jurídica, se establece una jerarquización normativa según nuestro sistema constitucional, y el producto de ello se traduce en el sometimiento de las normas de menor a las de mayor rango, donde la inconstitucionalidad es la consecuencia de toda letra que contradiga lo dispuesto en una norma superior. Es por ello que las normas de mayor jerarquía, en especial aquellas que encuentran su fuente en instrumentos de derechos humanos, ejercen una función controladora de las de rango inferior (HENDERSON, 2004: 75-85). Resumidamente, según los parámetros otorgados por los preceptos supranacionales, su interpretación en la jurisprudencia y lo destacado por organismos internacionales, se pueden trazar distintos estándares que debe poseer el encarcelamiento preventivo y que no pueden ser desconocidos por el derecho interno de los Estados:

8 En orden jerárquico, Jurisprudencia de la Corte IDH (12.11.1997), *in re* “Suárez Rosero vs Ecuador”; (22.11.2005), *in re* “Palamara Iribarne vs Chile”; (01.02.2006), *in re* “López Alvarez vs Honduras”; Informes de la Comisión IDH n° 12/96 (01.03.1996), caso 11.245; n° 2/97 (11.03.1997), caso 11.205; n° 35/07 (01.05.2007), caso 12.553; CSJN (22.12.1998), *in re* “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art 139 bis del CP”, LL,1999-B; CNCasación Penal en pleno (30.10.2008), *in re* “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/rec. de casación”; CNCCorr, Sala I (10.11.2003), *in re* “Barbará, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión”.

9 Así en “*Giroldi*” (Fallos 318: 514, LL 1995-D-469). En ese caso la Corte resalta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”. En “*Bramajo*” (B.851.XXXI, 12-09-1996), además, destaca la relevancia de la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “como guía de interpretación de los preceptos convencionales”.

A) Existencia de peligro procesal

La prisión preventiva sólo puede proceder en caso de que se presenten una de las siguientes dos causales. La primera de ellas es la realización, por parte del imputado, de preparativos de fuga, mientras que la segunda es el entorpecimiento o frustración de la investigación (fines procesales), y ambas deben estar fundadas en circunstancias objetivas (KÖNIG, 2010: 186; MICHALKE, 2010: 19).¹⁰ Es por este motivo que no puede justificarse una medida de coerción de esta clase recurriendo a la peligrosidad del imputado, la reiteración delictiva o repercusión social del hecho. Estos últimos conceptos se apoyan en criterios de Derecho Penal material, propios de la respuesta que ofrece la pena de prisión, vulnerándose el principio de inocencia si se los utiliza para fundamentar una medida cautelar contra una persona que no ha sido condenada. En otros términos, si el encarcelamiento preventivo respondiese a esos últimos parámetros, sin hacer pie en criterios objetivos, se desnaturalizaría el carácter su carácter cautelar, dando lugar a una verdadera pena anticipada.

A su vez, la peligrosidad procesal, derivada del posible entorpecimiento de la investigación o del riesgo de fuga, no se presume, y toda presunción que se base en escalas penales —circunstancias de derecho— debe admitir prueba en contrario. Por lo tanto, es el Estado el que debe constatar los motivos para encarcelar preventivamente a todo individuo al que le cabe una imputación penal (BOVINO y BIGLIANI, 2008: 33),¹¹ a partir de los parámetros objetivos aludidos —circunstancias de hecho— (GRAF, 2012: 263; KÖNIG, 2010: 186; PIEL, PÜSCHEL y TSAMBIKAKIS (2009: 34).¹² En síntesis, la gravedad de la imputación penal no justifica por sí sola al encarcelamiento, y se requiere un esfuerzo más por parte del Estado en la verificación de aquellas circunstancias.

¹⁰ Inf. Com. IDH 35/07, párrafos 81, 82, 85 y ccdantes. En el nuevo Código Procesal Penal de la Nación se recepta este principio respecto de todas las medidas que restringen la libertad del imputado: "Artículo 17. Restricciones a la libertad. Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia real de peligro de fuga u obstaculización de la investigación".

¹¹ En la doctrina alemana se resalta que una amenaza específica para el proceso, no abstractamente prevista en la ley justifica la medida (PIEL, PÜSCHEL y TSAMBIKAKIS (2009: 34).

¹² En cuanto al riesgo de fuga y la legislación juvenil alemana, véase: SMOK (2010).

B) Proporcionalidad

Se refiere a que el inocente no debe padecer peor ni igual tratamiento que un culpable. Así, suele afirmarse que la medida no sólo no debe igualar a la pena en cantidad, sino que tampoco en especie.¹³ Resulta ilustrativo en este aspecto lo sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Barreto Leiva vs Venezuela”, al definir al requisito de proporcionalidad de la siguiente forma:¹⁴

[l]a prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad [...], en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida [...]. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

C) Medida excepcional

Sólo debe servir para salvaguardar los fines del proceso y resulta arbitraria toda medida que coarte la libertad del imputado antes de la sentencia, por motivos ajenos a estos. Este requisito no sólo se traduce en que la libertad durante el proceso sea la regla,

¹³ En términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza”, Inf. 35/07, párrafo 109; además HUBER (2009: 995).

¹⁴ Corte IDH (17.11.2009), *in re* “Barreto Leiva vs Venezuela”, párra. 122. En sentido similar: GRAF (2012: 264-5).

sino que además deben buscarse medidas alternativas que transformen al encarcelamiento cautelar en la última opción.¹⁵

D) Provisional

La prisión preventiva debe estar sujeta a monitoreo judicial y de las partes, y si los motivos que le dieron sustento desaparecen debe cesar la medida de coerción. El control de la existencia de esos motivos lo deberá efectuar el juzgador en forma periódica, debiendo fundar las razones que hagan presumir la existencia de peligro a los fines del proceso (actualización de los peligros).

E) Sujeta a plazo razonable

No debe confundirse con el "plazo razonable del proceso penal", aunque su relación sea, en definitiva, accesoria: si transcurre el plazo considerado como razonable para la realización del proceso, también debe cesar la prisión preventiva. Más allá de lo expuesto, el plazo razonable de esta medida de coerción refiere a que el Estado pierde todo derecho de volver a encarcelar preventivamente luego de vencido este plazo específico, independientemente de la existencia del peligro procesal. Ello no significa que se deba aguardar a su vencimiento, pues si desaparecen los motivos antes de ello, la medida debe cesar. De no ser así, igualmente se tornaría ilegítima la medida, sin perjuicio de que no se haya excedido el plazo razonable del encarcelamiento preventivo. Este último, a su vez, puede ser fijado por las legislaciones internas, tal como ocurre en el Código Procesal Penal de Chaco (artículo 282, inciso 3º), o en la ley 24.390 (artículo 1), que lo limitan a dos años, prorrogables en éste último caso. De todos modos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado un criterio indiciario: cuando transcurran dos tercios del mínimo de la escala penal del delito atribuido, la medida debe cesar.¹⁶ Claro que si, en el caso concreto, el criterio indiciario es superior al plazo establecido por la legislación interna, se aplicará esta última en virtud del principio *pro homine*.

¹⁵ Sobre la posibilidad de que esta medida de coerción sea evitada por medios menos restrictivos, véase: KÖNIG (2010: 187).

¹⁶ Inf. Com. IDH 35/07, párra. 136. Véase además: PAEFFGEN (2010: 257).

Estos lineamientos permiten contar con un panorama medianamente acabado de la prisión preventiva, tanto en lo que se refiere a su aplicación práctica, como a los criterios normativos que habilitan su procedencia. En los próximos apartados se hará referencia a un aspecto que no ha sido tenido en cuenta por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, y cuya implementación podría resultar trascendental para lograr en los hechos una aplicación del encarcelamiento preventivo de acuerdo a los estándares internacionales en la materia, como es el establecimiento de medidas de cumplimiento o *compliance*.

IV. Compliance y Derecho Penal

A) Lineamientos de la noción de compliance

El término *compliance* inmediatamente obliga al planteo de la siguiente pregunta: ¿Cómo tomar una herramienta que es utilizada y discutida en el ámbito del Derecho Penal empresarial o, como bien lo remarcaba SUTHERLAND (1949), la criminalidad de cuello blanco, e implementarla en el inframundo de la parte más selectiva del Derecho Penal, y que se ve reflejada en nuestras nefastas cárceles? Pues bien, muchas veces se ha afirmado, como una suerte de queja-justificación, que los tribunales se hallan saturados de expedientes, que no existe fuerza de trabajo suficiente para una debida atención de todas las causas por parte de los principales actores de la justicia, especialmente de jueces y fiscales. Estos comentarios se esgrimen suponiendo que todos los actuados poseen la misma relevancia, sin un obligado criterio selectivo ayudado por la contingencia, en lo que ya desde hace varios lustros viene ratificándose como la crisis de la legalidad formal, es decir, de aquella obligación de perseguir penalmente todos los delitos que lleguen a conocimiento.

No obstante lo señalado precedentemente, no deja de ser cierta la cuestión de la sobrecarga del sistema de justicia penal, y resulta usual que, por ejemplo, se pierda el control interno de los expedientes. Entre estos últimos se encuentran, desde ya, aquellos que tienen como protagonistas a imputados bajo el régimen de prisión preventiva, sin que se efectúe un control exhaustivo de la existencia o permanencia de las circunstancias fácticas que la sostengan válidamente. Aparece, entonces, la posibilidad de establecer programas de cumplimiento, como los que se instituyen en las empresas, para ayudar a compensar esta cuestión de imprudente desidia en el examen constante de estas circunstancias fácticas.

Pero antes de proponer un esquema de este tipo para el control de la prisión preventiva debe aclararse, resumidamente, qué se entiende por *compliance*. En ese sentido, la globalización y los cambios que ha padecido el Derecho Penal son valorados de modo muy crítico (VOGEL, 2005: 113-4).¹⁷ Esta situación ha tenido lugar, especialmente, en virtud de que los distintos actores económicos, como las empresas transnacionales, se mueven libremente, gracias a los avances técnicos en lo que refiere a transporte, información y comunicaciones (VOGEL, 2005:114-5). Luego de la crisis del '29, y tras la aparición de sucesivas leyes en el marco de la regulación del mercado, diferentes normativas inauguraron, entre varios puntos, la obligación de los administradores delegados y de los directores financieros de incluir en las declaraciones, semestrales y anuales, el control accionario y el compromiso de corrección de todas aquellas informaciones, bajo pena de prisión. También, en procura de la protección de inversores, pasó a obligarse a las empresas a verificar y descubrir, con celeridad, las irregularidades en materia contable y bancaria, junto con la creación de crímenes económicos. Para esto fueron integrados a la actividad empresarial mecanismos de instalación y control interno, previstos por medio de códigos, principios éticos y deberes de auto obligación, como forma de perfeccionar la transparencia y la confiabilidad. Estos programas de cumplimiento y las nuevas formas de control que en los últimos años se desarrollaron, y cuya finalidad está en la prevención de crímenes en el campo de la criminalidad económica, fueron constituidos principalmente como consecuencia de los sucesos caóticos en dicho ámbito en los Estados Unidos, así como en Europa (SIEBER, 2013: 63-4).¹⁸

Dentro de este contexto, el término *compliance* es genéricamente entendido como una serie de mandamientos éticos que hacen a las buenas prácticas en el marco de las relaciones entre empresa y mercado. Son medidas por las cuales las empresas tienen como pretensión el aseguramiento de que las reglas vigentes para ellas y su personal sean cumplidas, que las infracciones sean descubiertas, y que se verifique una sanción por ello (KUHLEN, 2013: 51). *Compliance*, así como sus programas, pueden ser entendidos como mecanismos en los cuales lo que se tiende a lograr es un correcto funcionamiento de las empresas en el marco del derecho vigente, es decir, una evidencia del deber de observancia de las normas o de la evitación de delitos. Actualmente se trata de una serie de principios vigentes en los distintos ordenamientos jurídicos, y según los cuales las

¹⁷ Para una retrospectiva resumida de los movimientos de reforma en el Derecho Penal económico y la destacada contribución del profesor Klaus TIEDEMANN véase: ACHENBACH (2013).

¹⁸ Pueden citarse, además, los escándalos *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* y el conocido caso de la empresa alemana *Siemens*. Sobre el tema, véase: KUHLEN (2013: 52-3).

sociedades y sus órganos deben operar armónicamente con el derecho (ROTSCH, 2005).¹⁹ Aunque se han utilizado múltiples conceptos en el marco del control de riesgos (como *risk management*, *value management*, *corporate governance*, *Corporate Social Responsibility*, *business ethics*, *codes of conduct*, etcétera), estos no pueden ser diferenciados de modo preciso, ni procurarse una definición consistente (SIEBER, 2013: 65).²⁰

En muchas realidades, la estipulación de programas de cumplimiento legal, cooperación o, simplemente, reglas de *compliance*, generan medidas éticas y legales para la estructura empresarial. Es relevante este dato pues la existencia de un programa de cumplimiento normativo jurídico-penal implantado de modo efectivo y operativo exime de pena a la persona jurídica.²¹ Por lo tanto, son frecuentemente establecidos y designados distintos individuos para la prevención de eventos (*compliance officer*), que se mostrarían como responsables por dichas prácticas, asumiendo una verdadera posición de garante fácilmente trasladable el ámbito penal.

En lo que se denomina *criminal compliance*, se distinguen cuestiones científicas específicas del área del asesoramiento, encontrándose estos aspectos perfectamente entrelazados, ya que se basa en concretos roles que deben guardar ciertas personas, en virtud de su específica posición institucional respecto de determinado bien jurídico (ROBLES PLANAS, 2013: 322-3). Esta persona posee el deber de proteger y minimizar los riesgos, así como su aminoración preventiva, como modo de anticipación de la responsabilidad penal. En ese sentido, y como supo mencionarse, el *compliance officer*

¹⁹ Se hace hincapié no sólo en lo que refiere a la evitación de ilícitos o medidas de vigilancia sino también en el incentivo de una cultura de grupos de “fidelidad al derecho”. Sobre el tema, véase: SILVA SÁNCHEZ (2013a: 100). Existe una relación de género a especie entre *compliance* y deberes de vigilancia pues aquellos tienen un objetivo mucho más amplio que la evitación de delitos, como por ejemplo, prevenir otros ilícitos jurídicos o éticos.

²⁰ Esta indeterminación es relevante a la hora de la realización de investigaciones empíricas sobre la esencia de los programas, así como de su expansión.

²¹ Acerca de una reducción de la responsabilidad penal mediante la implantación de *compliance programs*, véase: TIEDEMANN (2013: 38) y SILVA SÁNCHEZ (2013b: 31). Según este último autor, existen tres argumentos para ello: uno *literal*, ya que si existe un programa de cumplimiento es porque en la empresa se ha ejercido un control sobre los hechos de los subordinados; otro *teleológico*, en tanto si existe un programa no podría hacerse responsable a la empresa sin vulnerar el principio de culpabilidad; y uno *sistemático*, pues si su implementación como sistema de medidas de prevención y detección posterior al delito atenúa la responsabilidad de la empresa, con mayor razón tendría que excluirla *ex ante*.

posee una posición de garantía, lo cual, en el ámbito del riesgo empresarial, convierte su conducta en una infracción a un deber específico de protección (PRITZWITZ, 2013: 212).²²

Los programas de *compliance* abarcan diferentes aspectos, como la evaluación del riesgo penal, la adopción de protocolos y políticas escritas de prevención, el compromiso de los órganos directivos, la formación del personal, la delegación, supervisión y revisión eficaz, la implementación de sistemas disciplinarios, y el flujo dinámico de información, entre otros. Estos modelos, que ya son realidad en muchos sistemas penales occidentales, aportan valiosa información sobre el modo de adopción de programas de prevención de delitos para alcanzar efectos exoneratorios de las empresas.

En el orden jurídico argentino pueden observarse ejemplos similares de programas o deberes. A modo de ejemplo, en la ley de blanqueo (arts. 20 y 21 de la ley 25.246), se advierte la presencia de ciertos sujetos obligados, así como la de deberes de reportar operaciones sospechosas (ROS), otorgando parámetros útiles para modelos de prevención corporativa de delitos. También encontramos esta clase de disposiciones en la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, donde se les impone tanto a las empresas como a los trabajadores obligaciones preventivas, tal como lo prescribe la ley 24.557.²³

B) Modelo mínimo de compliance (prevención de delitos)

Para completar el panorama esbozado, resulta útil señalar en qué consistiría un modelo mínimo de *compliance* para la prevención de delitos.²⁴ Este desarrollo será útil a los fines de comprender el siguiente apartado de esta investigación, en la que se esbozarán las razones que harían conveniente un traslado de este modelo de prevención al sistema de aplicación de prisión preventiva que se ha establecido en el nuevo Código Procesal

²² Además, SILVA SÁNCHEZ (2013a: 103). También reconociendo el carácter limitado de prevención de delitos: ROBLES PLANAS (2013: 324-5).

²³ Respecto de los derechos de los empleados, y hasta dónde los deberes de *compliance* puede inmiscuirse en lo que refiere a la protección de datos, en tanto las medidas de control no deben lesionar derechos laborales, véase: MASCHMANN (2013: 147-8). Además, MOOSMAYER (2013: 140-1): "el derecho de la protección de datos desempeña también un papel central en la configuración y el desarrollo de investigaciones interna, estableciendo sus límites". En lo que se refiere al análisis de correos electrónicos de trabajadores y colaboradores, en los casos de *internal investigation* por parte de abogados de la empresa, véase: SAHAN (2013: 257-8).

²⁴ Un esquema similar puede verse en CLEMENTE CASAS y ÁLVAREZ FEIJOO (2011: 43 y ss.).

Penal de la Nación. Se trata de un catálogo que sirve sólo como idea general, dependiendo del sector, rubro y actividad, pero que ejemplifica de modo correcto el funcionamiento de estas medidas:

i. El programa de prevención debe ser aplicado por la empresa

Esta última es la que debe acreditar la exclusiva ejecución del programa en el seno de su estructura. Dicha acreditación puede ser documental (protocolos, manuales, registros, etc.) que deben ser pruebas de la existencia del programa, pero no el programa en sí. Debe acreditarse el compromiso efectivo de la compañía y sus órganos de dirección en la instauración de una política real, tangible, adecuada al caso concreto, de cumplimiento en todos los ámbitos y niveles.

ii. Estructura de prevención de delitos

Será recomendable el nombramiento formal (y documentado) de un responsable de cumplimiento y prevención penal (*compliance officer*) que dependa directamente del órgano de administración de la sociedad. Entre sus funciones podrían encontrarse las siguientes: implementación de un programa de prevención de delitos; seguimiento y control de la efectividad del programa de prevención; proposición de mejoras o modificaciones de programa ante la detección de nuevos riesgos; implementación de medidas de prevención en caso de producirse actividad delictiva; reporte periódico y efectivo al órgano de administración sobre el programa de prevención.

Por otro lado, el responsable del cumplimiento y de la prevención penal debe contar con una capacidad técnica suficiente y acreditada, y la sociedad debe proveerle de los recursos materiales y humanos necesarios para el desarrollo de su tarea. A su vez, el órgano de administración debería ejercer una supervisión residual sobre la delegación.

iii. Formación de administradores, representantes y empleados

Esta característica tiene directa incidencia en la prevención de delitos, ya que además de la formación específica que requiere cada medida adoptada en una concreta área de riesgo penal, sería recomendable la implantación de un programa de formación genérica para administradores, representantes y empleados, con la finalidad de transmitir los principios y valores básicos de cumplimiento normativo y ética corporativa, que

reflejen el compromiso firme de la sociedad en la prevención de conductas ilícitas en su seno.

iv. Sistemas efectivos de infracciones y sanciones (y de incentivos por cumplimiento)

Con el fin de maximizar la eficiencia de este catálogo de medidas, resulta recomendable la implementación de una serie de infracciones y sanciones internas por incumplimiento de las medidas de prevención. En el caso de cumplimiento, la presencia de incentivos resulta beneficiosa para tender al mismo fin.

v. Auditoría o reevaluación integral, periódica (quincenal, mensual, etc.)

Finalmente, debería implementarse una función de control, llevada a cabo por el responsable de cumplimiento, o bien por un experto externo e independiente.

V. ¿Un programa de *compliance* de control de riesgos para los fines del proceso?

Teniendo en cuenta lo manifestado resulta al menos posible pensar un programa de *compliance* en materia de control de riesgos sobre la prisión preventiva. ¿Qué se debe prevenir? Pues bien, los eventuales excesos en la proporcionalidad que debe guardar la medida, y la presencia constante de los presupuestos objetivos que llevaron a su dictado. En este último caso, debe señalarse que los presupuestos fácticos se traducen en datos que llevan a pensar a los operadores judiciales que el acusado entorpecerá la investigación o eludirá el accionar de la justicia. En caso de detectarse que dichas circunstancias ya no existen se deberá informar y decidir la libertad, de modo automático, de quien se encuentra encarcelado. De este modo, se permite un control eficiente, que reduce los riesgos de que pueda resultar encarcelado quien debería estar libre o, en todo caso, sometido a una medida de coerción menos lesiva de su libertad individual.

Por otro lado, un sistema de este tipo también da lugar a un modo de prevenir delitos, no ya en el seno de una empresa, sino desde la posición institucional que poseen los funcionarios públicos (jueces, fiscales, defensores, secretarios, o un responsable designado, etcétera) respecto a los deberes de protección de determinados bienes jurídicos, en este caso, la libertad de las personas amparadas por el principio de inocencia. Y es que la falta de cumplimiento en estos aspectos da lugar a un caso paradigmático de

delito de infracción de deber, que a través de estos mecanismos de *compliance* podrían ser prevenidos.

La pregunta que surge, entonces, es la de cómo controlar los requisitos de proporcionalidad y la existencia de los presupuestos objetivos que habilitan la medida. En ese sentido, una repetición de las características y los fines de las de medidas resulta sobreabundante. Es por ello que a continuación se ofrecerá, directamente, un programa de *compliance* mínimo para la prevención de excesos en el dictado y mantenimiento de prisión preventiva, y se justificará en cada caso por qué resultaría beneficioso para modificar la intolerable situación actual y para ayudar a implementar el nuevo Código Procesal Penal de la Nación de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

A) Implementación del programa

El programa debe ser implementado, en primer lugar, por el legislador de forma, o bien, aunque podría ser polémico, mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, la Procuración General de la Nación, o la Defensoría General de la Nación —también cabe agregar a la Procuración Penitenciaria de la Nación, especialmente si se halla constituida como querellante—. En caso de que no sea establecido en la ley de rito o en la Ley Orgánica del Ministerio Público, las resoluciones aludidas servirán como parámetro de riesgo permitido, o de una catalogación de las situaciones en las que se deberán realizar informes a los fines del cese de la medida de coerción. Es así que el sistema normativo implementado, más los informes del *compliance officer* sobre la situación procesal del imputado en contraste con las circunstancias fácticas que sostienen la medida, o no, deben servir como acreditación del programa y su cumplimiento. Es en este aspecto que hubiese sido particularmente útil la incorporación de estos mecanismos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, a los fines de otorgar legitimidad a las medidas y evitar decisiones contradictorias en cuanto a la implementación.

B) Estructura de la prevención de riesgo de exceso

Sería recomendable la designación formal y documentada de un sujeto obligado, quien será el responsable del cumplimiento y prevención de riesgo de exceso de la medida de coerción, similar al *compliance officer*, con determinadas funciones. Entre estas últimas podrían mencionarse las siguientes: control de las circunstancias fácticas y jurídicas, así

como el conocimiento de la marcha de la investigación a los fines de dilucidar si existen motivos para seguir sosteniendo el encarcelamiento preventivo, según el estado del proceso; el control de la duración de la medida de coerción; reporte periódico, semanal o mensual de la situación procesal del imputado; constante replanteamiento de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Respecto de las condiciones del sujeto obligado, el rol de *compliance officer* debe recaer en una persona con capacidad técnica suficiente y acreditada. En el caso del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, estando la libertad del imputado en cabeza del juez en última instancia, en principio debería ser el secretario del juzgado o un prosecretario letrado quien se encargue del control. También el Fiscal o el defensor, así como sus secretarios o prosecretarios letrados, podrían asumir tales funciones, aunque siempre va a existir una cuestión cualitativa en relación con el poder que poseen estos últimos. También un funcionario de la Procuración Penitenciaria, eventualmente, podría participar del esquema. Todos ellos deberán informar, como sujetos obligados, los deberes prescriptos en el programa de *compliance*, a los fines de prevenir el riesgo de exceso de la medida de coerción. Desde ya que el Estado debe proveer de recursos materiales y humanos al *compliance officer* a los fines de llevar a cabo su tarea y el juez, o en su caso el fiscal, deberá ejercer subsidiariamente una función de control sobre esta delegación de funciones.

C) Formación de Magistrados, Secretarios y empleados del Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal y de la Defensa

Este elemento del esquema posee una incidencia directa en la prevención del riesgo de exceso pues una vez verificada una situación concreta, catalogada como ausencia de riesgo para los fines del proceso penal, se deberá informar y proceder a la libertad o al reemplazo por una medida de coerción más leve. El programa de formación tiene como finalidad la transmisión de principios y valores básicos, como la importancia de las garantías y su respeto, intentando cimentar un compromiso firme con ellas, con el fin de prevenir los excesos de mantener al acusado privado de libertad de modo innecesario.

D) Sistema de infracciones

En caso de incumplimiento de las obligaciones de control, deberían quedar establecidas una serie de infracciones, que puede ser tanto penales como administrativas.

A los fines de garantizar el principio de legalidad, esta clase de sanciones deberían quedar establecidas a través de una ley formal.

E) Auditoría interna (o externa)

Resulta indispensable una auditoría interna, por parte del superior al oficial de cumplimiento *o externa*, por parte de un experto externo independiente. Este último podría ser un enviado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o de las Cámaras con poderes de superintendencia, así como un representante de la Procuración General de la Nación o de la Defensoría General.

De esta forma, dentro de un marco de cooperación y buenas prácticas,²⁵ puede pensarse en un programa de cumplimiento que posibilite que un sujeto en particular se halle a cargo de velar por el monitoreo de la medida de coerción e informar al juez o fiscal ante la posibilidad de un riesgo de exceso en la medida.

VI. Perspectiva final

La realidad carcelaria, específicamente, la de los presos sin condena es una verdad no sólo autóctona, sino del modelo predominante en Latinoamérica. A ello se le suma el problema de la burocracia estatal/judicial que culmina por afectar y repercutir en la parte más selectiva del sistema penal. Dentro de este contexto, un programa de *compliance* serviría para afianzar los roles, compromisos y obligaciones de quienes gestionan y deciden el proceso penal, ayudando a compensar la desidia en el uso y la gestión de la más grave medida de coerción.

Lamentablemente el nuevo Código Procesal Penal de la Nación no evalúa esta perspectiva de control, lo que no obsta a complementar y perfeccionar este aspecto en el transcurso de su implementación, máxime cuando se trata de adecuarse a los estándares internacionales, así como a los principios según los precedentes ya cimentados en la materia. De este modo, podrá lograrse una puesta en práctica del nuevo código adjetivo y al mismo tiempo morigerar una de las situaciones fácticas más alarmantes del universo penal argentino: la situación de las personas encarceladas sin una condena firme.

²⁵ Debe darse “cimbronazo moral” en el ámbito de los negocios, desde una perspectiva de cambio de valores, tal como lo señala como lo remarca KUHLEN (2013: 64).

Bibliografía

ACHENBACH, H. (2013) "O movimento de reforma do Direito Penal Econômico – uma retrospectiva", en TERRA DE OLIVEIRA, W. et al (eds.) *Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo, Editora LiberArs, pp. 35-44.

BEULKE, W. y WITZIGMANN, T. (2011) "Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers in Fällen der Untersuchungshaft", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, volumen 31, número 5, pp. 254-261.

BIDART CAMPOS, G. (1994) *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Ediar.

BITTMANN, F. (2010) "Änderungen im Untersuchungshaftrecht", en *Juristische Schulung*, número 6, año 2010, pp. 510-3.

BOVINO, A. y BIGLIANI, P. (2008) *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires, Editores Del Puerto.

BRUNE, U. y MÜLLER, S. (2009) "Wohin geht der Untersuchungshaftvollzug?", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, volumen 42, número 5, pp. 143-5.

CLEMENTE CASAS, I. y ÁLVAREZ FEIJOO, M. (2011) "¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 28, pp. 26-47.

GRAF, P. (2012) "Die Untersuchungshaft", en *Juristische Arbeitsblätter*, número 4, año 2012, pp. 262-5.

HENDERSON, H. (2004) "Los tratados internacionales de los derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", en *Revista del IIDH*, volumen 39, pp. 71-99.

HUBER, M. (2009) "Grundwissen – Strafprozessrecht: Die Anordnung von Untersuchungshaft", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, número 11, año 2009, pp. 994-5.

KÖNIG, S. (2010) "Zur Neuregelung der haftrichterlichen Zuständigkeiten in § 119 StPO", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, volumen 30, número 4, pp. 185-90.

KUHLEN, L. (2013) “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho Penal”, en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 51-76.

MASCHMANN, F. (2013) “*Compliance* y derecho del trabajador”, en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 147-67.

MICHALKE, R. (2010) “Reform der Untersuchungshaft – Chance vertan?”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, volumen 63, número 1-2, pp. 17-20.

MITSCH, W. (2008) “Strafprozessuale Beweisverbote im Spannungsfeld zwischen Jurisprudenz und realer Gefahr”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, volumen 61, número 32, pp. 2295-301.

MOOSMAYER, K. (2013) “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (eds.) *El Derecho Penal económico en la era Compliance*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 137-44.

PAEFFGEN, H. (2010) “Übersicht über die (ober-)gerichtliche Rechtsprechung in Haft-Sachen – Teil 2”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, volumen 30, número 5, pp. 257-62.

PIEL, W., PÜSCHEL, C. y TSAMBIKAKIS, M. (2009) “Der Entwurf eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes NRW – Ein rechtliches und politisches Ärgernis”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, volumen 42, número 2, pp. 33-9.

POHLREICH, E. (2011) “Die Rechtsprechung des EGMR zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, volumen 31, número 10, pp. 560-70.

PRITTWITZ, C. (2013) “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 207-18.

ROBLES PLANAS, R. (2013) “El responsable de cumplimiento (‘*compliance officer*’) ante el Derecho Penal”, en SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.) *Criminalidad de la empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, Atelier, pp. 319-30.

ROTSCH, T. (2005) “Criminal Compliance”, en *Indret*, volumen 1, año 2012, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/876apdf>] el 09.02.2015.

SAHAN, O. (2013) "Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado", en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 245-258.

SCHWECKENDIECK, H. (2011) "§ 116 StPO und Rechtskraft", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, volumen 31, número 1, pp. 10-13.

SERGI, N. (2001) "Límites temporales a la prisión preventiva", en *Nueva Doctrina Penal*, tomo A, año 2001, pp. 113-42.

— (2005) "Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo", en BAIGÚN, D. (dir.) *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 471-87.

SIEBER, U. (2013) "Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (eds.) *El Derecho Penal económico en la era Compliance*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 63-108.

SILVA SÁNCHEZ, J. (2013a) "*Compliance* y deberes de vigilancia del empresariado", en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 79-104.

SILVA SÁNCHEZ, J. (2013b) "El derecho comparado en el desarrollo del Derecho Penal económico", en SILVA SÁNCHEZ, J., (dir.) *Criminalidad de la empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, Atelier, pp. 15-39.

SMOK, R. (2010) "Praxis der Untersuchungshaft im Jugendstrafrecht", en *FD-StrafR*, pp. 296-298.

SUTHERLAND, E. (1949) *El delito de cuello blanco*. Madrid, La Piqueta, 1999.

TIEDEMANN, K. (2013) "El derecho comparado en el desarrollo del Derecho Penal económico", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (eds.) *El Derecho Penal económico en la era Compliance*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 31-42.

VOGEL, J. (2005) "Derecho penal y globalización", en *AFDUAM*, volumen 9, pp. 113-26.