

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS y COMPLIANCE EN LA LEY 27.401

Carlos Julio Lascano*)

1. Introducción

Con el cambio de siglo el Derecho Penal económico, pensado sobre la base de la capacidad de control del Derecho nacional sobre los actores económicos - empresas y trabajadores- y los factores de producción, mercancías y servicios, tiene serios problemas de adaptación. En el nuevo espacio de la economía globalizada las grandes empresas multinacionales gozan de libertad absoluta de movimientos, imponen sus puntos de vista en los procesos de armonización internacional del Derecho de los negocios y sus comportamientos ilícitos -contra el medioambiente, los trabajadores o de corrupción- rara vez son juzgados por sistemas de administración de justicia mucho más débiles. Esta situación contrasta con lo que ocurre con los trabajadores, cuya libertad de movimientos está seriamente criminalizada a través de los delitos de inmigración ilegal. En lo que atañe a los factores de producción, los efectos de la globalización económica no han sido menores: la libertad de movimientos de capitales, unida al mantenimiento de los paraísos fiscales, ha posibilitado la comisión masiva de delitos de fraude fiscal y blanqueo de capitales; la libertad de movimientos de productos financieros ha creado una crisis económica mundial sin precedentes, cuyas raíces en algunos casos tienen que ver con comportamientos delictivos de falsedad en los balances, corrupción de auditores, conductas de administración desleal o grandes estafas colectivas; la libre circulación de productos ha llevado a que fármacos, pesticidas, productos transgénicos, abonos o alimentos infantiles que no pueden producirse o comercializarse en los países más ricos lo hagan en aquellos de economías más debilitadas.

A este conjunto de problemas el Derecho Penal estatal, que entiende el *ius puniendi* como ejercicio del poder soberano sobre un determinado territorio, no puede darle solución por sí solo. Por ello se buscan nuevas herramientas de regulación. En primer lugar, en materia de corrupción, blanqueo de capitales o criminalidad organizada, existe un importante *corpus iuris internacional*, pero la comunidad internacional se expresa también hoy a través de un mecanismo regulador: el *soft law*. La importancia de las recomendaciones del GAFI en materia de blanqueo de capitales o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre corrupción, adoptan en ocasiones esta estrategia. Esta irrupción de nuevas fuentes del Derecho Penal requiere replantearse el sentido de la reserva de ley penal.

* Relato efectuado el día 21 de agosto de 2018 en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

En segundo lugar, el Derecho Penal globalizado postula confiar en la autoregulación empresarial como instrumento normativo. El incremento del control social sobre la economía no puede soslayar la capacidad que toda corporación tiene para dictarse normas internas y controlar el comportamiento de sus miembros. El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas busca comprometer a las empresas para que cooperen con el Estado en la prevención y la investigación de los hechos delictivos que pueden surgir en el desarrollo de su actividad, conminando al mismo tiempo duras sanciones para esos entes.

En nuestros días asistimos a un proceso de “erosión” del antiguo aforismo “*societas delinquere non potest*” consagrado en el Derecho Penal de la Europa Continental y los países iberoamericanos que siguen ese modelo. Dicho fenómeno se manifiesta en el Viejo Mundo donde triunfa el paradigma opuesto en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y, a partir de 2010, España.

El 8 de noviembre de 2017 la Cámara de Diputados de la Nación sancionó la ley 27.401, que fue publicada en el Boletín Oficial el 1º de diciembre del mismo año¹. La Cámara Baja del Congreso convirtió así en ley el texto aprobado el 27 de septiembre del mismo año por el Senado teniendo en cuenta el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales que acepta responsabilizar penalmente a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional². En tal dictamen se habían introducido importantes modificaciones al texto que había logrado media sanción de la Cámara de Diputados en la sesión del 5 de julio de 2016, en base al proyecto remitido por el P.E. el 20 de octubre de 2015. El art. 39 de la ley 27.401 dispuso que dicha normativa entraría en vigencia a los noventa días de su publicación en el Boletín Oficial. En este órgano de difusión con fecha 6/4/2018 se dio a conocer el decreto reglamentario n° 277/2018.

En esta ocasión me limitaré a abordar dos de las cuestiones más relevantes que plantea dicha legislación: los criterios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma y la naturaleza jurídica del Programa de Integridad que regula lo que se conoce como *compliance*.

2. Criterios de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas en la ley 27.401

Pese a las profundas divergencias, las corrientes científicas del Derecho Penal moderno coinciden en que la mayor parte de los elementos estructurales del delito responden a aptitudes psíquicas que sólo pueden darse en relación a la persona individual. En tal sentido, siguiendo las enseñanzas de su maestro don

¹ B.O. n° 93803/17 del 01/12/2017.

² Dictamen de Comisión del 20/9/17 en Exptes. Números CD-16/17 y 17/17.

MARINO BARBERO SANTOS³, JUAN TERRADILLOS BASOCO⁴ -quien desde una perspectiva político-criminal no estaba seguro que la máxima *societas delinquere non potest* fuera la más aconsejable- sostenía que parecen innegables las dificultades para que una responsabilidad penal fundamentada en el comportamiento culpable pueda ser exigible a las personas jurídicas, dado que acción y culpabilidad son conceptos dogmáticamente contruidos con referencia exclusiva a la persona física.

De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo estableciendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios rectores de tales categorías. Lo mismo ocurre con la pena pues -aunque se le adosen finalidades preventivas generales y especiales- tiene un sustrato retributivo que la distingue de otras consecuencias jurídicas.

En el Derecho Penal cuando el hombre actúa por medio de corporaciones, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio que el Estado pueda establecer a su vez consecuencias que afecten a las personas jurídicas, como manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de dichos entes.

Por consiguiente no resulta viable imponer penas en sentido estricto, como tampoco medidas de seguridad, pues la imposibilidad de que los entes ideales realicen una conducta conlleva la inexistencia del hecho antijurídico y del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad que la corporación cometa por sí misma delitos, aunque se pueda hablar de una “peligrosidad objetiva de la entidad, que no es sino la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales”⁵.

Creemos que se debería prever otra clase de intervención jurídica estatal frente a los delitos socio-económicos que puedan cometerse a través de personas colectivas. En tal sentido, sería admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales consistente en un **tercer género de sanciones criminales (“*tertium genus*”⁶) similares a las medidas de seguridad.**

DE LA RÚA Y TARDITTI⁷ sostienen que se las podría considerar una clase de medidas de seguridad especiales, basadas en la peligrosidad objetiva de comisión de delitos en la persona jurídica; afirman que cuando se alude a delitos como atribuidos a una sociedad (como ocurre con la ley de monopolios), las denominadas penas que se les conminan no son tales, sino que son medidas de seguridad adoptadas por el Estado para que las sociedades no se constituyan en

³ ¿Responsabilidad penal de la empresa?, en L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, “Estudios de Derecho penal económico”, Cuenca, 1994, p. 41.

⁴ *Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 44 y 45.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., *Empresa y Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 123.

⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Derecho Penal. Parte General*, tercera edición ampliada y revisada, B de F, Julio César Faira editor, Montevideo – Buenos Aires, 2016, n° 25, p. 67.

⁷ DE LA RÚA, JORGE Y TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 226.

ámbitos fértiles de actividades ilícitas, aunque con la particularidad que además de la prevención especial para esos ámbitos, tiene una clara función de prevención general para la actividad societaria en general. De modo similar interpretan a las “sanciones” a la persona jurídica en los delitos contra el orden económico y financiero del art. 304 C.P.

Al igual que las denominadas *consecuencias accesorias* del art. 129 del Código Penal español de 1995, las sanciones conminadas a las personas colectivas por la ley 27.401 son de naturaleza jurídico-penal -no meramente administrativa-, «pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (...) en todo caso de carácter preventivo»⁸. Distinta es la opinión de JOSÉ DANIEL CESANO, quien en su valioso trabajo “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal”⁹, entiende que se establece “una intervención accesoria con medidas sancionatorias de carácter ***fundamentalmente administrativo*** y sobre la base de una previa conducta individual – que puede encontrar su base en la comisión de un delito o en la falta de supervisión -; sin que esto signifique consagrar una directa responsabilidad penal corporativa”.

Más allá de la incorrección de llamarlas “*penas aplicables a las personas jurídicas*” (como lo hace el art. 7° de la ley 27.401¹⁰), es plausible el texto de dicha normativa que prevé -cuando se cumplen los requisitos fijados por el art. 2°- determinadas sanciones enumeradas en aquel art. 7°, para “*las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjeras, con o sin participación estatal*”, las cuales resultan “*responsables*”, por los delitos enumerados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 1°, que “*hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio*”, aunque “*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla*” (art. 2°, último párrafo).

Efectuando un análisis comparativo de la disposición contenida en la ley 27.401 con dos antecedentes relevantes, el art. 59 del Anteproyecto de Código Penal de 2014¹¹ (en adelante AP 2014) y el art. 31 bis del Código Penal español, introducido por el artículo único 4 de la LO 5/2010, en lo relativo a los delitos comprendidos, podemos observar que el art. 1° del texto legal argentino tiene afinidad con aquéllos en cuanto prevén un sistema de responsabilidad penal de **carácter especial** porque la posibilidad de imputar a las corporaciones queda

⁸ LUZÓN PEÑA, ob. cit., Cap. I, n° 27, pp. 69 y 70.

⁹ Publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, director Eugenio Raúl Zaffaroni, Año V, número 5, Buenos Aires, junio de 2015, pp. 155 a 163.

¹⁰ El anteproyecto alternativo elaborado por los Dres. Fernando Córdoba y Patricia Ziffer en el seno de la Comisión designada por el decreto n° 103 del P.E. (B.O. 14/2/2017) las denomina “sanciones”.

¹¹ *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, marzo de 2014, pp. 362 y 363.

legalmente limitada a un determinado *numerus clausus* de delitos, expresamente establecidos en distintos artículos de la Parte Especial.

Por consiguiente, la ley argentina no recepta las experiencias legislativas extranjeras como la holandesa que admite la responsabilidad de las personas jurídicas por cualquiera de las infracciones previstas en su legislación penal. Este modelo fue seguido por el Anteproyecto de 2006¹², cuyo art. 67 carece de limitación respecto de los delitos en los que se pueden aplicar sanciones a las personas jurídicas. Similar amplitud había adoptado el texto al que había dado media sanción la Cámara de Diputados el 5 de julio de 2017, pues en su art. 1° disponía: “*La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los **delitos previstos en el Código Penal de la Nación** cometidos por personas jurídicas privadas ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal*”. De tal modo, se apartaba del proyecto original elevado por el Poder Ejecutivo, cuyo art. 3° establecía: “*Las personas jurídicas son responsables por los **delitos contra la administración pública y cohecho transnacional...***”, con lo cual quedaban comprendidos todos los delitos del extenso título 11 del Código Penal.

El texto de la ley 27.401 es más acotado que el del proyecto original: “*ARTÍCULO 1°.- Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, **por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal***”.

Como se puede advertir, en la ley 27.401 sólo quedan comprendidos los tipos delictivos expresamente mencionados y no todos los enumerados en el título 11 de código sustantivo. Además, un tipo agravado de balances e informes falsos, que el art. 37 de la ley 24.701 incorpora al título 13 (“Delitos contra el orden económico y financiero”) del Código Penal como art. 300 bis¹³.

El anteproyecto elaborado por la mayoría de la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, que fuera designada por el Decreto n° 103 del Poder Ejecutivo Nacional en el año 2017¹⁴, amplía el catálogo de delitos por los que se puede responsabilizar penalmente a los entes colectivos, a los cuales

¹² *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 135.

¹³ “*Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado*”.

¹⁴ B.O. 14/02/2017.

remite su artículo 38, ubicado en el título denominado “*Responsabilidad de las personas jurídicas*”.

En los tipos delictivos mencionados en los incisos b), c) y d) del art. 1º de la ley 27.401, se exige en el autor la calidad de **funcionario público**, razón por la cual estamos en presencia de **delitos especiales propios**, porque requieren una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo y no cuentan con una figura paralela de delito común. Por tal motivo nos parece conveniente incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro** –adecuadamente prevista en los Anteproyectos de 2006 (art. 43), 2014 (art. 10) y 2018 (art. 37)- la cual permitiría cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal cuando no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores, tal como lo señala la doctrina de modo uniforme.

El art. 1º de la ley 27.401 expresamente alude a “*responsabilidad penal*” de las personas jurídicas y el art. 7º regula las “*penas aplicables*” a dichas corporaciones. De tal forma sigue el modelo del art. 31 bis C.P. de España que establece que las personas jurídicas serán “*penalmente responsables*” y alude a “*responsabilidad penal*”; por su parte, el art. 33.7 describe cuáles son las “*penas aplicables a las personas jurídicas*”, y el art. 66 bis, de modo explícito menciona las reglas para la “*aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas*”.

La cuestión no es de menor importancia dado que un sector de la doctrina española, entre los cuales se destaca ADÁN NIETO MARTÍN¹⁵, sostiene que la reforma del año 2010 ha introducido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica en sí misma en el art. 31 bis C.P. y ha conminado verdaderas penas para ella en el art. 33.7.

El mencionado autor sostiene que una interpretación sistemática del art. 31 bis CP español permite advertir que este texto establece una **responsabilidad propia de la persona jurídica** por no haber adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Responde de este modo por un hecho propio, su propio **defecto de organización**, que no deriva de la actuación de una persona natural. Agrega que el punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada, preguntándose ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior? Contesta que este problema está, en parte, desde hace algunos años solucionado por el Derecho Administrativo que en materias tan importantes como la protección de la seguridad del trabajador, el medio ambiente, el mercado de valores, la seguridad alimentaria, la tipificación del blanqueo de capitales, etc., a través de lo que se ha

¹⁵ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010*, en “Revista Xurídica Galega”, N° 63 (2009), viernes 11 de marzo de 2011, p. 47: “La Ley Orgánica 5/2010 culmina un largo proceso de reforma del CP tendente a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Hay versión electrónica disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.htm1>. Citado por CESANO, JOSÉ DANIEL, *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal*, citado más arriba en nuestra nota 9.

dado en llamar “autoregulación”, establece la obligación de las empresas de adoptar medidas cuyo fin es similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas. Por otro lado, en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del Derecho norteamericano son conocidos los *compliance programs*. Es más, cualquier empresa bien organizada tiene una numerosa normativa interna (protocolos, normas de conducta, códigos, etc.) cuya confección se basa en una metodología análoga a la que se utiliza para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos de los subordinados.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina española tradicional, en la cual se ubica DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA¹⁶, basándose en la imposibilidad de apreciar en la persona jurídica culpabilidad, entendida como reprochabilidad individual, niega la capacidad de delinquir de las personas jurídicas en sí mismas, aunque admite que, tras la introducción en los arts. 31 bis, 33.7 y concordantes C.P., de responsabilidad penal y sanciones denominadas penas para personas jurídicas, «ha aumentado el sector que considera que la persona jurídica sí puede delinquir».

El renombrado catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares¹⁷ enseña con claridad que, pese a la reforma de la LO 5/2012 de “*responsabilidad penal*” para las personas jurídicas y de “*penas*” para las mismas, «realmente las personas jurídicas en Derecho español siguen sin cometer delitos, que como reconocen los párrafos 1º y 2º del ap. 1 y los aps. 2 y 3 del art. 31 bis son cometidos por las personas físicas que actúan en el seno de las jurídicas; que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*, o sea que las personas jurídicas no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello tampoco pueden ser “sujeto activo” del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31 que regula la actuación en lugar de otro».

Tales reflexiones son aplicables a la ley sancionada por el Congreso argentino que en varias disposiciones expresamente se refiere a la “*persona humana que cometió el delito*” (art. 2º, último párrafo), a las “*personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo*” (art. 4º), a la “*persona humana que hubiere intervenido*” (art. 6º).

Agregamos que el art. 6º del texto legal que estamos analizando –bajo el rótulo “*Independencia de las acciones*”- expresa: “*La persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que **el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica***”. Esta disposición tiene semejanza con el art.

¹⁶ *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Cap. 11, nº 36, p. 151.

¹⁷ Ob. cit., nº 55, p. 514.

59.3 del AP 2014, para el cual también será “responsable” la persona colectiva, aunque el hecho no redunde en su beneficio o interés, “*si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión*”.

Ello no significa que tales deberes –cuya inobservancia puede configurar culpa “*in vigilando*”- incumban a la persona de existencia ideal y, por ende, pueda existir un hecho propio de ella, atribuible a su “*defecto de organización*”. Resulta claro que tales obligaciones sólo pueden corresponder a las personas físicas que –por su función de órganos del ente corporativo- tienen que controlar la conducta de sus subordinados para evitar la comisión de delitos. En este punto no compartimos el criterio de quienes piensan que la responsabilidad penal de las corporaciones establecida por el régimen de la ley 27.401 pueda ser encuadrada en el modelo de *responsabilidad autónoma u originaria*, al exigir su art. 2° que los delitos previstos en el artículo precedente hayan sido realizados con la “*intervención*” de la persona jurídica.

También, sin desconocer respetables opiniones de la doctrina nacional entre las cuales se destaca JOSÉ DANIEL CESANO¹⁸ que entienden que el texto legal argentino adopta un *modelo mixto*, pensamos que la ley 27.401 en realidad ha establecido un **modelo de heterorresponsabilidad, también denominado de responsabilidad vicarial de la persona colectiva por el hecho ajeno**, por los delitos expresamente establecidos en el art. 1°, cometidos por sus órganos y empleados. Para describir el modelo de *transferencia o vicarial* acudiremos a la clara explicación de NIETO MARTÍN¹⁹: se debe «utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores, por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal. Recurriendo a una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o –para otros- es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama “*modelo vicarial*” e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales».

¹⁸ *La responsabilidad penal de las personas en la ley 27.401, Algunas cuestiones dogmáticas y político-criminales*, exposición efectuada en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en la sesión ordinaria del día 9 de mayo de 2018. Véase en similar sentido, CESANO, JOSÉ DANIEL, *La responsabilidad penal de las personas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político-criminales de la ley 27.401*, en “Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad”, ISSN: 2531-1565, REEPS 2 /2018), consultado en www.ejc-reeps.com el 19.8.2018; en este trabajo afirma que su posición es compartida, aunque con matices interpretativos por un significativo sector de la doctrina argentina, entre los cuales ubica a Francisco Castex y Andrés M. Dubinski, Guillermo J. Jacobucci y Diego Zysman Quirós.

¹⁹ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010*.

3. Naturaleza jurídica del Programa de Integridad establecido por la nueva legislación

No obstante que hemos afirmado que el modelo adoptado por la legislación argentina no se basa en el defecto de organización de la persona jurídica, sino en el de las personas físicas que actúan como directivos y representantes de la corporación, se advierte que el art. 9 dispone que ésta quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: “a) *Esponáneamente 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 hubiere exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;* c) *Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”*.

Los mencionados artículos de la ley en estudio regulan el denominado “Programa de Integridad”, cuyos lineamientos y guías serán establecidos por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, según lo dispone el art. 1° del decreto 277/2018, reglamentario de la ley 27.401.

Más allá de que la autorregulación establecida por dicha ley encierra la paradoja de que quien elabora la norma es también su destinatario -lo que tensiona el principio de reserva de ley- evidentemente se ha consagrado una verdadera **excusa absoluta** que se podría fundar en la doctrina de la *actio libera in causa* (a.l.i.c.). Ello es así toda vez que si bien en el momento de la comisión de alguna de las conductas delictivas previstas taxativamente por el art. 1° de la ley 27.401, por parte de las personas físicas que representan al ente corporativo, éste carece de capacidad de acción y de culpabilidad, la persona de existencia ideal podría ser sancionada penalmente cuando -en un momento anterior al hecho delictivo- los que actúan “en su nombre, interés o beneficio” hayan aportado dolosa o culposamente una causa del resultado típico por haber incurrido en un defecto de organización al no haber implementado un sistema de control y supervisión adecuado para prevenir la comisión de tales delitos.

Los “*programas de integridad*” (arts. 22 y 23 de la ley 27.401) que podrán regular las personas jurídicas y que se prevén como “*condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional*” (art. 24) deberían obligar a respetar los estándares internacionales de derechos humanos y, por supuesto, del Derecho Penal nacional.

No nos parece correcto considerarlos *ab initio* –cuando concurren de manera simultánea con la denuncia espontánea del delito y la devolución del beneficio indebidamente obtenido, según lo dispone el art. 9° del mencionado texto legal- como una causal de exención de pena de la persona jurídica y menos de las personas físicas que las representan y administran, por cuanto las reglas de incriminación penal no pueden depender de normas internas de las empresas para

prevenir delitos, pues ello significaría consagrar una suerte de privatización de la justicia penal²⁰; en todo caso, creemos que deberían valorarse para la atenuación de las sanciones aplicables. Frente a la designación de oficiales de control de cumplimiento de esos programas, sean externos o internos de las sociedades, cabe preguntarse: ¿quién controla a los controladores? La respuesta correcta – según el dicho popular- sería que “el zorro no puede ser dejado al cuidado del gallinero”. Por ello, es irrenunciable el control judicial para evaluar si la empresa ha 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*” (art. 9° inc. b), para lo cual el órgano jurisdiccional debería contar con el auxilio técnico de un equipo interdisciplinario de especialistas.

Por último, no resulta plausible que la ley 27.401 carezca de toda referencia a la situación de las pequeñas y medianas empresas (PYME), las cuales son un importante motor de la economía argentina y difícilmente podrían absorber los mayores costos para la adopción e implementación de los programas de integridad. El art. 2° del texto que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación –aunque de modo incompleto- aludía a tales empresas al disponer que no sería aplicable la responsabilidad penal a las personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa (o aquella que la reemplace) por los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes en contratos asociativos, de agencia, concesión, o fideicomiso en los términos de los capítulos XVI, XVII, XVIII y XXX del título IV, de libro tercero del Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 41.1. del Anteproyecto de 2018 elaborado por la comisión de reformas designada por el decreto n° 103/17 del P.E.N. dispone: “*Las penas aplicables a las personas jurídicas, así como su graduación, se determinarán teniendo en cuenta: ...5°) El tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica*”.

Nos parece preferible el texto del art. 41 bis del anteproyecto alternativo de Fernando Córdoba y Patricia Ziffer (miembros de la referida comisión de reformas), que expresa: “*Para regular la cuantía y naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas, el tribunal deberá atenerse a los siguientes criterios: ...i) si la persona jurídica fuere una de las contempladas en la ley n° 25.300 de fomento para la pequeña y mediana empresa o aquella que la reemplace, y las personas físicas que cometieron el delito hubieren sido penadas, el tribunal podrá prescindir de aplicar sanciones a la entidad siempre que se realicen las acciones necesarias para reparar el daño causado, se proceda a las restituciones que correspondan y se decomisen las cosas o los bienes que hayan servido de instrumento o medio en la comisión del hecho y de los que constituyan el producido, el provecho o la ganancia, directos o indirectos del delito*”.

²⁰ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, ob. y lug. cits.

Es que, como expresa atinadamente CESANO²¹ «por regla, las PyMEs se caracterizan por manejarse con cierta informalidad y sus capacidades de administración se encuentran limitadas. Laura Lavia ha señalado, al respecto, que “la implantación y desarrollo de una cultura de cumplimiento es mucho más difícil para las PyMEs que para las grandes empresas, dado que no tienen personal capacitado y cuentan con fondos limitados para contratar especialistas o profesionales que los asistan en estos procesos. Por otra parte, las normas que establecen el cumplimiento de requisitos u obligaciones son de compleja interpretación y, adicionalmente, muchos reguladores imponen exigencias formales que encarecen y hacen engorroso el cumplimiento”²². En tal sentido, no puede perderse de vista que las PyMEs son empresas pequeñas, con características económicas propias, objetivos diferenciados de corto y mediano plazo y organización burocrática simple²³. Esto, necesariamente, debe ser atendido; sobre todo frente a las exigencias que representan los programas de cumplimiento que diseña la propia ley que analizamos».

4. Conclusiones provisionarias

Podemos arribar a las siguientes conclusiones provisionarias respecto del texto de la flamante ley 27.401:

a) El aludido texto legal es un producto precipitado pero no resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y enviado al Congreso por el Presidente el 20/10/16, que culminó con la sanción de una ley complementaria del Código Penal que tuvo el propósito de introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encontraba trabajando desde varios meses atrás una Comisión designada por el decreto n° 103/2017 del P.E., integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le había fijado el plazo de un año desde que quedó formalmente constituida, para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que -según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017²⁴- habría consensuado la necesidad de la recodificación mediante la incorporación al Código Penal de las normas de contenido punitivo

²¹ *La responsabilidad penal de las personas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político-criminales de la ley 27.401*, p. 5.

²² LAVIA, LAURA, *Desafíos en materia de compliance: Diseño e implementación de un programa de compliance eficaz*, en Francisco Castex (Director) – Andrés M. Dubinski – Sebastián Martínez (Coordinadores), “Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 180.

²³ Cfr. RASPALL, MIGUEL ÁNGEL – RASPALL, MARÍA LAURA – RUBIOLO, MIGUEL RUBÉN, *Transferencia de empresas*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 26.

²⁴ En el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

dispersas en leyes complementarias y especiales y en leyes sobre diversas materias no penales.

b) La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, originada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos internacionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso de la ley 27.401, en el mensaje de elevación del proyecto del P.E. a la Cámara de Diputados de la Nación se propone “adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley N° 25.319 (B.O. 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...”. En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: “...Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión ...- de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...”. Concluyó diciendo que ello es “lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional”.

c) Concuero con la opinión de JAVIER AUGUSTO DE LUCA en su ponencia²⁵ presentada en el evento científico que tuvo lugar en Córdoba durante el mes de septiembre del año pasado, cuando expresó: “La situación de control mundial es aceptada por los representantes políticos y gobernantes sin tamices y así se genera un incremento de la normativa en un sinfín de actividades económicas y financieras. El resultado es que los Estados ya no son enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económicas y criminales”.

d) A pesar de los razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en la legislación de los países de la órbita del Derecho continental europeo, entre los cuales nos contamos.

²⁵ *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, “La reforma penal del nuevo milenio”, en el evento científico ya mencionado organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3º Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

e) El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas no radica en una supuesta culpabilidad corporativa por su defecto de organización, ya que una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber generado la comisión de delito alguno; y viceversa, puede contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal²⁶. Por nuestra parte, creemos que sería preferible pensar que - en realidad- se trata de un “*modelo vicarial*” de transferencia de responsabilidad, según el cual el comportamiento del agente individual -actuando dentro del marco de sus funciones en provecho de la empresa- se imputa a ésta sin posibilidad que pueda alegar que ha realizado todo lo posible para impedir la infracción.

f) Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica y se le imponga una sanción por el hecho individualmente cometido -en el marco de la organización del ente corporativo y en beneficio de éste- por las personas físicas que como órganos suyos la administran y adoptan decisiones, tal circunstancia no debería impedir la punición de estas últimas -pese a que puedan no estar identificadas- toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma.

g) Por ello -en consonancia con el texto del art. 37 del anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo por los miembros de la Comisión de Reforma Penal designada en el año 2017 - postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro**, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

h) De tal modo, junto a la previsión de dicha cláusula y la adopción de criterios de imputación de responsabilidad penal individual de los directivos de las personas colectivas fundada en la omisión impropia por su posición de garante, se podría evitar la “organizada irresponsabilidad” a la que aludía TIEDEMANN, la cual genera importantes espacios de impunidad en materia de *criminalidad de la empresa* y de corrupción pública y privada. Para ello es importante establecer cuál ha sido la contribución de cada una de esas personas físicas intervinientes en el delito y el posible incumplimiento de sus deberes específicos, porque el solo hecho de ocupar un cargo de jerarquía en la estructura empresarial no significa que, automáticamente, se le deba atribuir responsabilidad penal; de lo contrario, podríamos acercarnos a un Derecho Penal de autor, en contraposición al Derecho Penal de hecho, propio del Estado constitucional de Derecho.

j) En la hipótesis que las personas físicas que administran la empresa organizada bajo la forma de una persona de existencia ideal, con anterioridad al hecho del proceso hubiesen implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley 27.401, no resulta

²⁶ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, ponencia citada.

plausible que –si concurren simultáneamente las otras circunstancias exigidas por el art. 9 de dicho texto legal- la empresa pueda verse beneficiada con la exención de pena. Lo apropiado sería que tales comportamientos –debida y eficazmente controlados judicialmente- deberían valorarse positivamente para la atenuación de las sanciones aplicables a los entes corporativos.

k) Debería establecerse legalmente que si la persona jurídica fuera una de las contempladas en la ley n° 25.300 de fomento para la pequeña y mediana empresa y las personas físicas que cometieron el delito hubieran sido penadas, el tribunal tenga la facultad de no imponer sanciones a la entidad, a condición de que previamente se haya reparado el daño causado y se decomisen los bienes que hayan servido de instrumento del delito o constituyan efectos del mismo, sin exigirles a las PyMEs la implementación de “programas de integridad”.

Todo ello permitiría evitar que algunos titulares de grandes empresas del “capitalismo prebendarlo”, también llamado “patria contratista” -al ser imputados por asociación ilícita, cohecho, defraudación en perjuicio de una administración pública y otros delitos cometidos en hechos de corrupción funcional mediante cartelización y sobrepagos en la obra pública o aprovechando indebidamente subsidios estatales a concesionarios de transporte, peajes u otros servicios públicos- no sólo puedan acogerse a la ley 27.304 en calidad de lo que eufemísticamente se denomina “arrepentidos” o “imputados colaboradores”, cuando en realidad se trata de “delatores premiados” con una importante reducción de la escala penal que les correspondería (art. 41 ter C.P.), sino que además, logren la exención de sanciones a la persona jurídica que dirigen, con el cumplimiento de los requisitos del art. 9 de la ley 27.401, entre ellos, la implementación de “programas de integridad”. Además, es un imperativo de justicia que sean obligados a reparar el daño causado.-----