

**TITULO: ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.**

**TEMA: PARTE GENERAL:** La responsabilidad penal de la persona jurídica: compliance programs, prevención y sanción de delitos que ocurren en el ámbito empresarial, legislación aplicable y decomiso -arts. 38 a 39-.

**AUTORES: FRANCISCO CASTEX Y JAVIER URRUTIA**

La evolución global del derecho penal encontró necesario el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No sólo para lograr la criminalización de hechos que antes se circunscribían al individuo que lo realizaba, ignorando que el marco facilitador era proveído por el respaldo de la persona jurídica, sino que, además, para garantizar el efectivo respeto a las garantías procesales y principios sustantivos limitadores del poder punitivo, que se veían en una gran medida ignorados en el derecho administrativo sancionador, que solía encargarse de la reacción ante el injusto.

Esta nueva política globalizada desarrolló una disciplina, también universalizada, que se denomina *compliance programs*.<sup>1</sup>

Los países anglosajones fueron los precursores, incentivando la creación de programas internos, es decir de la propia persona jurídica, de detección de hechos ilícitos como muestra de buena fe del actuar corporativo. Estos programas de cumplimiento no son otra cosa que políticas privadas o mecanismos internos implementados por las compañías para detectar y prevenir que se cometan delitos en su estructura. Es un método de instalación de éticas corporativas de cumplimiento del derecho y prácticas de vigilancia para corroborar la comisión de hechos antijurídicos. Y en caso de que estos se produzcan, poder demostrar que lo sucedido resultó inevitable, ya que a pesar de los efectivos controles no pudo detectarse y/o prevenirse, por lo que

---

<sup>1</sup> Wellner, Philip A.: "Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions", *Cardozo Law Review*, n° 27, 1° /1/2005, pp. 497-528.

no sería responsabilidad de la persona jurídica o, al menos, no debería ser reprochable penalmente, o debería verse disminuida su responsabilidad.

Debe entenderse que la responsabilidad que se le imputaría, en los casos de fallar el compliance program, sería la de “no evitar”, “no detectar”, “no prevenir”, son todos hechos omisivos, y como está sentado en la dogmática, uno de los requisitos de atribución de responsabilidad para un hecho omisivo es que el autor posea la denominada “capacidad de actuar”. Por lo que, si el riesgo concretado fue inevitable, a pesar de los esfuerzos efectivos de la persona jurídica a través del programa para prevenirlo, estaría fracasando el requisito de la mencionada capacidad y no debería serle imputado el resultado.

Ahora bien, esto no significa que la persona jurídica este exenta de realizar activamente un ilícito, casos en los que el ente existe casi exclusivamente para la comisión de ilícitos, actuando como pantalla o medio para delinquir. En este tipo de supuestos, sin embargo, no es de tanta relevancia el compliance program, orientado a evitar que los mismos sean realizados por el personal que la compone.

Este programa implica una suerte de defensa preestablecida frente a un eventual reproche de índole penal, buscando la atenuación de la responsabilidad del ente ideal o, en su caso, la exoneración.

En el derecho europeo se definió a la compliance como el conjunto de todas las medidas exigibles que fundamentan el comportamiento conforme a las reglas de una empresa, de sus miembros orgánicos y de sus trabajadores, y en general, puede entenderse por criminal compliance a aquellas medidas que deben exigir un comportamiento conforme a los mandatos y prohibiciones del derecho penal.

El proyecto de Código Penal, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas pretende, entre otras cosas, la implementación de un programa de integridad en los entes ideales, que funcionaría de una manera símil al compliance.

Realizada esta introducción, debemos preguntarnos: ¿Cuál es el objetivo del derecho penal económico hoy en día?, la respuesta a simple vista, sería proteger el

interés económico general, intentándolo mediante la prevención y sanción de delitos que ocurren en el ámbito empresarial.

Ya que la estructura de relaciones de una compañía conforma un ámbito propicio para diluir la responsabilidad de los intervinientes, es necesario que, a través del compliance program (programa de integridad), se pueda delimitar la responsabilidad de cada sujeto individualizándolo dentro de la estructura de la misma.

### **La Responsabilidad Penal de las empresas en el Proyecto de Código Penal.**

En líneas generales, las sugerencias internacionales recomiendan:

- La creación de una agencia anticorrupción del Estado destinada a investigar actos de corrupción e imponer sanciones y a supervisar los sistemas de compliance.
- La obligación de las grandes empresas de implementar políticas de compliance.
- La posibilidad de que las personas jurídicas lleguen a acuerdos de no persecución a cambio de información útil para revelar casos de corrupción, lo que llamaremos una suerte de colaborador o arrepentido empresarial.

La ley 27.401<sup>2</sup> ha sido la encargada de enunciar en su art. 1° de forma taxativa cuáles son los delitos susceptibles de que exista responsabilidad penal de las personas jurídicas. El propósito del legislador ha sido, principalmente, investigar solo aquellos delitos contra la Administración pública cometidos con la colaboración o participación de personas jurídicas.

De tal modo se ha limitado la responsabilidad empresarial únicamente a los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional (previstos en el C.P., arts. 258 y 259); concusión (C.P art. 268); negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas (C.P art. 265); enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (C.P. art. 268.1 y 2); y balances e informes agravados (C.P. art. 300 bis).

---

<sup>2</sup> Esta ley será la que, junto con el Código Penal, regirá la responsabilidad penal de los entes ideales, por lo que deben analizarse de forma conjunta.

En un futuro próximo habrá que analizar si esta limitación legislativa, resulta eficaz y equitativa.

La responsabilidad en particular de la persona jurídica aparece en el art. 2º, al señalar que será responsable de aquellos delitos antes reseñados los que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

Hasta este punto no se generarían demasiadas interrogantes, pero luego se agrega también que será responsable la persona jurídica si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, “aunque fuere de manera tacita”. Esta última cuestión generará demasiados conflictos y debates probatorios.

El campo de punibilidad de la persona jurídica sería, a primera vista, demasiado extenso. De todos modos, el artículo establece un límite bastante marcado, y es que el delito debe haber generado provecho para la persona jurídica. Es decir, quedará exenta de responsabilidad penal si el autor del delito lo realizó en su exclusivo beneficio o de un tercero, sin provecho alguno para el ente ideal.

En cuanto al sistema de imputación que se pretende utilizar. Si es por defecto de organización (no hay transferencia de responsabilidad penal de la persona física a la empresa si hubo un debido control) o vicarial (las personas jurídicas son responsables por hechos ajenos, consecuencia de la transferencia de la responsabilidad de las personas físicas, que opera sobre ellas)<sup>3</sup>

Si cada acto que realice un director o funcionario se imputa directamente a la persona jurídica, se está constituyendo sin duda un exceso de punibilidad, lo que no ocurriría si fuese imputación por defecto de organización. El art. 6º nos da una pauta. Menciona que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana en aquellos casos donde el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. Introduce el

---

<sup>3</sup> NIETO, Adán: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en NDP, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 134.

elemento de la autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De todos modos, aunque se reconoce esta autonomía de la responsabilidad de las personas jurídicas, no la podemos entender en sentido estricto, es decir, no es responsabilidad directa. Aunque se declara responsable a la persona jurídica sin la identificación de la persona natural (o imposibilidad de imputación de tal persona), en este aspecto sigue presente el vínculo de autonomía porque el artículo dice que el hecho ilícito tuvo que haber ocurrido dentro del ámbito y funciones del ente ideal y sus órganos. El hecho de no poder incoar un proceso frente a tales personas no destruye el nexo entre la actuación de las dos dimensiones del ente.

El legislador también ha previsto la responsabilidad sucesiva en casos de transformación, fusión o cualquier modificación societaria sea explícita o encubierta. Lo que parece una medida razonable para darle eficacia a la norma y evitar cualquier evasión del cumplimiento de las penas.

Mientras que el art. 6° de la ley 27.401, como vimos, prevé la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, el art. 4° de esta, trata la extinción de la acción penal para la misma, estableciendo como causales extintoras a los incisos 2° y 3° del artículo 59 del C.P. (amnistía y prescripción), y estableciendo en el artículo 5° la prescripción de la acción respecto de la persona jurídica en seis años desde la comisión del delito.

Con respecto a las sanciones previstas para el ente ideal, en el proyecto de Código Penal se prevén:

- Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.
- Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
- Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

- Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
- Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

Estas penas resultan comunes al derecho penal y al administrativo sancionador, en contraposición a las penas de cárcel que se establecen para la persona física.

A su vez, se proyecta incorporar a través del art. 258, el soborno de funcionarios de otros estados nacionales u organizaciones públicas internacionales. También el art. 259 establece en forma conjunta a la pena de prisión por el delito de cohecho, una sanción pecuniaria de dos (2) a cinco (5) veces el monto o valor el dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada al culpable. La multa prevista también se incorporó para los tipos penales de negociaciones incompatibles, dádivas, exacciones ilegales y enriquecimiento ilícito.

También se agrava la pena para el autor del ilícito de balance, inventario y/o cuenta de ganancias y pérdidas falsas, cuando la violación se haya cometido a los fines de encubrir las conductas típicas previstas en los arts. 258 y/o 259<sup>4</sup>.

En cuanto a la determinación de las sanciones, se encuentra regulada en el art. 8° de la ley 27.401, donde se expresa que se tendrá en cuenta el cumplimiento de reglamentos éticos, la cooperación prestada para el esclarecimiento del hecho y el comportamiento posterior. Justamente se quiere instaurar una cultura de ética y compromiso en la empresa, para luchar contra la corrupción y ayudar en la investigación.

Se tendrá en cuenta el incumplimiento de las reglas y procedimientos internos, jerarquía de los funcionarios implicados, omisión de vigilancia, extensión del daño causado y monto del dinero involucrado.

El juez será quien deba considerar si el programa de integridad de la compañía está bien diseñado y si es eficiente para ayudar a impedir la realización por parte de los

---

<sup>4</sup> Nuevo art. 300 del anteproyecto de C.P.

empleados de la empresa de conductas delictivas, o bien, para detectar en qué momento se incumplió con los procedimientos previstos con el resultado probable de la comisión del delito, de tal forma que la empresa pueda disminuir su responsabilidad en caso de no haber realizado la denuncia voluntaria a tiempo.

Si bien estos criterios están orientados en la dirección correcta, otorgan un marco demasiado amplio de libertad a los jueces para fijar la graduación penal. Permitiéndoles fijar multas de la más alta cuantía y/o afectando el desenvolvimiento de las actividades de la entidad de forma grave.

Hubiese sido más conveniente, crear una cuenta de culpabilidad (culpability score), para poder utilizar parámetros reales de la organización para graduar la pena, por ejemplo, cantidad de empleados, ingresos brutos y netos, eficiencia del programa de integridad, etc.

En este sentido, si bien el parámetro de 2 a 5 veces el monto del beneficio está directamente relacionado con las operaciones, no es tan útil a la hora de aumentar y/o disminuir la reprochabilidad sobre la base de la situación real de la compañía. Con esto a lo que queremos llegar es que, los estándares de los programas de integración y control de, por ejemplo, una multinacional, deben ser mucho más rigurosos que los de una PyME, en razón de tamaño y actividad.

Luego podemos encontrar la estipulación de agravantes y atenuantes, así como los hay para las personas físicas, se establecieron algunos supuestos que regulen los mismos en cuanto a las personas jurídicas. Son sistemas paralelos de imputación y equiparación, en los que lo central es el concepto de sujeto como centro de imputación, ya sea para personas físicas o para persona jurídica.

Los agravantes tienen que ver con la intervención, el crecimiento, la tolerancia a los miembros de la alta dirección y los graves daños a la comunidad. Mientras que los atenuantes están relacionadas con la colaboración voluntaria, si hubiera implementado un programa de integridad adecuado del compliance.

La ley 27.401 también prevé un sistema de exención de pena en caso de tener un programa de integridad efectivo, haber realizado voluntariamente la respectiva denuncia penal y devolver el beneficio obtenido ilegalmente.

La normativa propuesta prevé un sistema similar al compliance analizado anteriormente. El denominado programa de integridad que cumpla con los requisitos establecidos en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401, quedará exenta de pena ante un eventual juicio por delitos de corrupción.<sup>5</sup>

Conforme ya se explicó ut supra, los sistemas de compliance tienen como objetivo establecer mecanismos de prevención de conductas ilícitas en el marco de las empresas y delimitar la responsabilidad penal individual de las personas físicas implicadas en el hecho delictivo.

La legislación bajo análisis propone que los programas de integridad de las empresas deben cumplir como mínimos tres requisitos sustanciales, que son, a saber:

- Un código de ética o de conducta y/o manual de procedimiento de integridad que guíen la planificación y ejecución de tareas de los directores, administradores y/o empleados de la empresa.
- Un manual de procedimientos para prevenir delitos en el ámbito de los procesos licitatorios estatales.
- Capacitaciones periódicas con relación al programa de integridad para todos los empleados.

Al mismo tiempo, el programa se considerará más eficiente si permite;

- Análisis periódicos de riesgos.
- Canales internos y seguros de denuncia de irregularidades (abiertos a terceros y adecuadamente difundidos).
- Procedimientos internos de investigaciones y disciplinarios ante eventuales violaciones del código de ética o conducta.

---

<sup>5</sup> Art. 9° de la ley 27.401.



- Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, (incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial).
- El monitoreo y evaluación continua del programa.
- Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad.

También debe destacarse que en el art. 24 la misma ley 27.401, se establece que para ciertos procedimientos licitatorios será necesario cumplir con los requisitos antes esbozados, a saber:

- Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.
- Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

Es meritorio explorar la posibilidad que se incluye en el proyecto de Código Penal de crear un sistema de colaboración eficaz, que puede ser realizado hasta la citación a juicio, en donde la empresa acuerda cooperar con la investigación hasta esclarecer el hecho, identificar a los autores y recuperar los montos obtenidos de forma ilícita. Ante esta situación, la empresa verá reducida su sanción hasta la mitad del mínimo, mientras que si su cooperación no es efectiva, los datos aportados deben ser destruidos sin poder ser utilizados en contra de la firma en caso de avanzar el proceso penal en su contra.

El decomiso que prevé el art. 10 de la ley analizada, establece que el dinero mal habido debe volver al Estado, ya sea con fines sociales, educación, salud, seguridad, justicia. Este dinero mal habido sin embargo está acotado a ciertos tipos de criminalidad, como por ejemplo son: narcotráfico, corrupción, delitos contra el orden

económico y financiero, etc. No es posible generar una situación de apertura de decomiso indiscriminado, debe estar siempre tipificado de una forma taxativa.

Un problema que puede presentarse con la implementación de dicho sistema en nuestro país, es que la ley 27.401 no contempla la actuación conjunta de todos los organismos (que hoy en día se encuentran separados física, jurídica y políticamente) que pueden involucrarse en el proceso, ya sean el Ministerio Público Fiscal (con quien se prevé el acuerdo), como la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), la Oficina Anticorrupción (OA), el Banco Central de la República Argentina (BCRA), la Comisión Nacional de Valores (CNV), la Unidad de Información Financiera (UIF) y las oficinas de rentas provinciales. Por lo que es difícil que, contemplando esta circunstancia, una empresa considere realizar un acuerdo exponiéndose a tantas contingencias.

Para finalizar este breve análisis del proyecto de Código Penal, desde el punto de vista procesal, la persona jurídica tendrá los mismos derechos y garantías que la persona física, lo que significa que podrá proponer defensores, pruebas, impugnar decisiones, recusar jueces, etc.

Aunque los magistrados y fiscales tienen la facultad de intimar a la persona jurídica a que sustituya su representante si consideran que existe un conflicto de interés (art. 15, ley 27.401), punto que seguramente generará conflicto, el proceso judicial será casi idéntico entre una persona de existencia ideal y una persona física.