

RÉGIMEN PENAL EMPRESARIO (SEGÚN LEY 27401). ANÁLISIS, DEBATE PARLAMENTARIO Y COMPARATIVA CON LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

FEDERICO A. BORZI CIRILLI¹

I - APROXIMACIÓN AL TEMA

Luego de intensos e inagotables debates en el ámbito de nuestra doctrina y jurisprudencia acerca de la posibilidad o no de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, finalmente, se ha sancionado la ley 27401 aquí analizada, y que, sin lugar a dudas, implica un cambio paradigmático en materia de responsabilidad penal dentro del ordenamiento jurídico argentino. Recordemos que nuestro país se comprometió, al suscribir determinadas Convenciones Internacionales² entre ellas puntualmente la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción³, a modificar su legislación estableciendo normas tendientes a regular y perseguir los delitos perpetrados mediante estructuras societarias y/u otras personas jurídicas.

La necesidad de una normativa de este tipo, aspecto que abordaremos en el punto siguiente, se pone de manifiesto a partir de una serie de casos resonantes, tanto a nivel nacional como transnacional,

-
- 1 Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal. Integrante de “Ceballos & Ceballos”, Estudio de Derecho Penal Económico; autor de diversas publicaciones en revistas especializadas de derecho penal y procesal penal
 - 2 Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (BO: 18/10/2000); Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (BO: 30/8/2002), además de las recomendaciones de Grupo de acción financiera internacional (G20)
 - 3 BO: 9/6/2006

entre ellos el caso “Skanska”, reactivado por la justicia federal por el pago de coimas a funcionarios públicos para direccionar la contratación hacia la empresa sueca; “Sueños compartidos”, en el que se habla de más de 200 millones de pesos de defraudación al Estado por el desvío de fondos originalmente destinados a la construcción de viviendas sociales, o los tristemente célebres “Austral Construcciones” y “Odebrecht”. Si bien en estas megacausas se terminó imputando a numerosas personas físicas, entre ellas algunos ex funcionarios públicos, la responsabilidad penal nunca se pudo dirigir hacia las personas jurídicas utilizadas por aquellas, ante la falta de una normativa que habilite dicha imputación, lo cual ha conllevado no solo a la incolumidad de esas sociedades en función delictiva, sino a la dificultad de rastrear y recuperar las muy importantes sumas de dinero desviadas.

Siendo criterio dominante en nuestro país, salvo excepciones particulares, específicas y contingentes como el Código Aduanero⁴ o lo establecido en los artículos 303 y 304 de nuestro Código Penal⁵, la no responsabilidad penal de personas jurídicas, consolidada además jurisprudencialmente por la Corte Suprema Nacional en “Fly Machine”⁶ –llamativamente a través de un voto en disidencia de Eugenio Zaffaroni, criterio que oportunamente analizaremos en este trabajo–, puede afirmarse que, a partir del año 2018, la situación cambiaría afirmando en los casos que correspondan una efectiva responsabilidad penal empresarial. En este trabajo, efectuaremos un análisis dogmático de la nueva ley, recurriendo al interesante debate parlamentario que se ha dado y, particularmente, observando la experiencia española que cuenta con este tipo de sistema desde hace casi una década⁷.

II - NECESIDAD DE LA NORMATIVA

Explica la doctora Vera Mendoza en un interesante trabajo que *“en la actualidad, las empresas desempeñan un rol completamente diferente al que tenían hace cincuenta años atrás. Ya no se trata de me-*

4 También podemos mencionar las leyes 19359, 20680, 24241, 24769, 25156

5 Reforma del año 2011, según la ley 26683

6 CSJN - “Fly Machine SRL s/recurso extraordinario” - 30/5/2006 - Erreius On-line: IUSJU255423B

7 Agradezco a mi amiga y colega, la Dra. Andrea C. Romero, quien me ha facilitado inestimable material proveniente de la maestría española “Régimen Penal de las Personas Jurídicas 2017” - Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por el Dr. Dopico Gómez Aller y ha tenido la amabilidad de leer y efectuar aportes al presente trabajo de mi autoría

ras agrupaciones de personas que conforman sociedades comerciales de conformidad con la normativa local, sino que se han conformado grandes corporaciones que [...] se comportan como verdaderos sistemas independientes, que superan la capacidad de contralor que posee el Estado, y muchas de ellas otorgan prestaciones que resultan necesarias para la sociedad que las rodea...”

Por ello y “...debido a que al Estado le resulta imposible ejercer un control directo sobre las empresas (sobre todo, cuando se trata de grandes corporaciones), debe delegarlo, justamente, a las propias empresas, ya que son estas las que cuentan con los medios para controlar la actividad que llevan a cabo. Dicha autorregulación implica que son las mismas empresas las que controlan el nivel de riesgo permitido que generan. Sin embargo, por la razón antes mencionada, ese riesgo no puede quedar únicamente bajo su control: el Estado es el que determina el nivel de riesgo permitido y lo plasma mediante las normas [...] el Estado debe contar con una ‘herramienta’ para mantener un control indirecto”⁸.

Precisamente, la herramienta con que cuenta el Estado para controlar a las actuales empresas, cuando no pueden realizarlo exitosamente por sí mismas y se encuentran involucradas en hechos delictivos, es una ley penal empresaria. En este sentido veremos que la ley 27401 parece basarse en el consenso que se ha ido generando acerca de que determinados fenómenos criminales ya no podían ser abarcados únicamente desde la perspectiva individual, dado el mayor desarrollo de las sociedades, los nuevos modos de interacción social y la internacionalización de los negocios por la autora destacados.

En este sentido, las doctoras Honish y Victorero, en un muy interesante trabajo sobre el tema, explicaron que los argumentos utilizados para fundamentar políticamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas son básicamente tres: la irresponsabilidad organizada, como una suerte de difuminación de la responsabilidad penal al aparecer obstáculos muchas veces insuperables para atribuir responsabilidad a las personas físicas; la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual, castigándose solo a meros instrumentos utilizados indistintamente por las empresas y por lo tanto no atacándose la causa generadora del acto delictivo; y finalmente, la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales⁹.

8 Vera Mendoza, Corina: “Sobre el problema de la responsabilidad penal empresarial en Argentina. Necesidad, finalidad y fundamento” - ED - 5/2017-5

9 Honish, Paula y Victorero, Sabrina: “Pautas para la persecución penal de las personas jurídicas” - LL - Suplemento Penal y Procesal Penal - N° 11 - diciembre/2017

III - ANÁLISIS DE LA LEY 27401

Introducida la temática y la necesidad de la normativa, pasaremos ahora a revisar los puntos centrales y más debatidos de ella acudiendo al debate parlamentario, así como a la experiencia española desde el año 2010, con la finalidad de arribar a la interpretación legal lo más auténtica y adecuada posible, además de poder vislumbrar los alcances prácticos que puede tener, ello hacia el final de este trabajo.

a) ¿A qué delitos se aplicará?

No cabe duda de que uno de los aspectos más controvertidos de la ley es la cantidad y el tipo de delitos respecto de los que se encuentra habilitada la responsabilidad penal empresarial. El artículo primero de la ley 27401 reduce su aplicación a determinados delitos habitualmente denominados de “corrupción”, a saber: cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis, CP), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265, CP), concusión (art. 268, CP), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268.1 y 268.2, CP), balances e informes falsos agravados (art. 300 bis, CP).

Al respecto, la diputada Burgos por la Provincia de Jujuy, presidente de la Comisión de Legislación Penal, explicaba que *“en su origen el proyecto establecía la aplicación de la normativa por determinados delitos, se le efectuaron cambios ampliando su ámbito de aplicación a todo el Código Penal, pero luego se delimitó nuevamente a los delitos finalmente estipulados en el texto final”*¹⁰. Efectivamente, cuando el proyecto salió de Diputados se había establecido un sistema denominado de tipo abierto según el cual la responsabilidad penal se aplicaría a las personas jurídicas en caso de cometerse cualquiera de los delitos previstos en nuestro Código Penal y leyes penales especiales.

Como se adelantó, hubo legisladores a favor y en contra de la delimitación efectuada; así aparece destacando la inconveniencia de tal delimitación, el diputado Brugge, por la Provincia de Córdoba, al referir: *“El proyecto sancionado en la Cámara de Diputados establecía que la responsabilidad penal de las personas jurídicas alcanzaba a todo tipo de delitos y no solamente a ciertos y determinados delitos. En ese momento habíamos dicho que los bienes jurídicos que debían ser protegidos eran el interés general, el patrimonio del Estado, el medio ambiente,*

10 Debate parlamentario en Cámara de Diputados 8/11/2017 - pág. 321 (Fuente: Biblioteca Congreso de la Nación)

la salubridad y la seguridad pública y no solamente el patrimonio del Estado, como aquí se quiere hacer referencia directamente. Por lo tanto, partimos de este primer supuesto. El Senado ha restringido el ámbito de la punibilidad de las personas jurídicas en materia penal"¹¹.

También aparecen criticando la delimitación delictiva las citadas Honish y Victorero destacando que deberían haberse incluido delitos como la administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública o los fraudes al comercio, la industria, así como los delitos contra el orden económico y financiero. Las autoras concluyen: *"Atendiendo tanto a razones de política criminal como de técnica legislativa, consideramos que no resulta adecuado apelar a un sistema de numerus clausus, sino que, por el contrario, lo correcto hubiera sido establecer una cláusula general de atribución de responsabilidad"*.

En la vereda opuesta, encontramos, por ejemplo, al diputado David por la Provincia de Salta, quien refirió en el debate parlamentario: *"...me parece que en esta primera instancia los procedimientos y lo escrito sobre la materia tiene más que ver con los delitos contra la Administración Pública y la lucha contra la corrupción. Entiendo que esta es una reforma positiva"*¹².

Personalmente entiendo que en una primera instancia, dado que la finalidad de la ley es combatir la corrupción empresaria –fundamentalmente en el ámbito de la obra pública– aparece correcta la delimitación, pero no podemos dejar de observar que más temprano que tarde nos encontraremos con un vacío legislativo, por ejemplo, en casos de contaminación ambiental o en los muy habituales casos de defraudación de los derechos de trabajadores por cambios en la razón social de empresas que continúan su misma actividad bajo otro nombre. Si bien, como destacaron muchos de los legisladores, quizás es la mejor ley que se puede tener en esta época de nuestro país, a mi juicio hubiera sido preferible un primer abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas un poco más ambicioso y completo.

Apoyo mi postura además en la experiencia española, que tomamos como referencia comparativa, donde el ámbito de aplicación del régimen es mucho más amplio incluyendo, no solo delitos contra bienes estatales –como sería la postura de nuestra ley– sino aquellos cometidos en perjuicio directo a particulares como estafas y otros fraudes, delitos contra consumidores, delitos farmacéuticos y alimentarios, daños informáticos, contra la propiedad intelectual e industrial,

11 Debate parlamentario - pág. 329

12 Debate parlamentario - pág. 340

tráfico de órganos, trata de seres humanos, delitos contra los trabajadores, prostitución y corrupción de menores, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, manipulación genética. Además, con un enfoque sumamente moderno, se incluyen otros delitos que quizás de manera indirecta también afectarían a particulares como aquellos que atacasen el medio ambiente, el mercado (corrupción en los negocios, manipulación de mercado, *insider trading*), seguridad social, urbanísticos, entre otros.

b) Autoría. La clave del sistema

El aspecto clave, como es obvio, lo constituye el atinente a la posibilidad de procesar y eventualmente responsabilizar penalmente a personas no humanas. Sabemos que tradicionalmente se sostuvo, dado que estas no podían actuar con intención y voluntad –y por consiguiente no era posible formar el tipo subjetivo requerido por cualquier tipo penal– que lisa y llanamente no podían cometer delitos. La ley analizada establece que *“las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo 1 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También son responsables 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 tácita”*.

Podemos afirmar que se ha optado en el texto finalmente sancionado por lo que se denomina dogmáticamente heterorresponsabilidad o atribución vicarial de responsabilidad penal según la cual se transfiere la que originalmente se encuentra en cabeza de la persona física hacia la persona jurídica, requiriéndose que esta hubiere ratificado, aunque solo sea tácitamente, la gestión cuestionada.

Veamos nuevamente el caso español a fin de esclarecer el nuestro. En el artículo 31 bis 1 del régimen español LO 5/2010 se establece: *“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando*

sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

En ese país, la responsabilidad penal de la empresa se configura cuando se hayan cometido delitos en su provecho por parte de sus administradores/representantes, o por sus empleados, concurriendo la infracción de los deberes de control y prevención en cada uno de los casos. Al parecer, en el texto español la falta de vigilancia de la persona jurídica se establece como parte integrante del tipo penal mientras que en nuestro caso, como veremos más adelante, los mecanismos de vigilancia de la propia persona jurídica –de darse todos sus requisitos– se establecen como supuestos de exención de la pena, es decir, se analizan posteriormente a la configuración del delito.

También me parece interesante destacar que en el país ibérico, a la par de excluir a los entes públicos y estipular un régimen restringido para lo que serían en nuestro país las pymes (aspecto que en nuestro caso fue reclamado en Diputados y finalmente desestimado en Senadores), se incluyen expresamente como pasibles de responsabilidad penal los partidos políticos y los sindicatos (aspecto relevante dada la situación actual de estos últimos en nuestro país).

Volviendo a las coincidencias, tanto en nuestro texto como en el régimen español se establece la responsabilidad sucesiva (en España se la llama traslado de la responsabilidad), la cual es explicada en el debate parlamentario por la ya citada diputada Burgos, quien refirió que se proponía dotar de mayor claridad a la norma estableciendo la subsistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continuara su actividad económica y se mantuviera la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos¹³.

Otro punto de encuentro lo constituyen los casos de muerte de la persona física involucrada invirtiéndose lo establecido en el artículo 59 de nuestro Código Penal –que como sabemos determina que la muerte de la persona física extingue la acción penal– pudiendo ser aplicada igualmente la sanción a la persona jurídica aunque hubiese fallecido la persona física o humana que cometió el delito¹⁴.

Finalmente, en los casos de conflicto de intereses entre persona jurídica y la persona física que la representa, en España se ha resuelto

13 Debate parlamentario - pág. 302

14 Debate parlamentario - pág. 304

que la última palabra la tiene la persona física acusada (o solo en su interés) y dado el caso de que se apreciase la conculcación del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio por dicha persona física objeto de la misma acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se puede proceder a la repetición del juicio oral en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma pueda ser representada por alguien ajeno a ese conflicto de intereses procesales, designado por los órganos de representación sin intervención de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

c) ¿Cómo se penará a la persona jurídica infractora?

En torno a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas siempre fue controvertido el hecho de que la naturaleza de las penas estipuladas desde siempre en nuestro Código Penal, salvo el caso de la multa, aparecen aplicables únicamente a personas humanas; me refiero a las clásicas penas de reclusión, prisión e inhabilitación. Por tal motivo, la ley 27401 cuenta con una batería de sanciones penales especialmente adaptadas a la naturaleza de un ente ideal, estableciéndose en el artículo séptimo seis tipos: “1. *multa de dos a cinco veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener*; 2. *suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años*; 3. *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 años*; 4. *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*; 5. *pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere*; 6. *publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica*”, a las que hay que agregar el decomiso actualmente vigente en nuestro Código Penal y expresamente declarado aplicable por el artículo décimo de la ley 27401.

Este aspecto tampoco se encontró ajeno a las discusiones dentro del recinto parlamentario. Varios legisladores se mostraron en contra del sistema escogido por resultar demasiado complejo de aplicar, considerando, por ejemplo, que en una primera instancia sería la propia persona jurídica la que manifestaría el perjuicio patrimonial ocasionado, o la complejidad de las medidas de prueba –pericias contables y demás–, todo lo cual no sería adecuado considerando el plazo

de prescripción de seis años estipulado, luego de que se dejara de lado la imprescriptibilidad afirmada inicialmente.

Otros legisladores, como Argumedo por la Ciudad de Buenos Aires, señalaron que *“en realidad, este proyecto y sus modificaciones disminuyen las penas cada vez más y también se reducen las multas [...] Reitero: se trata de una ley demasiado blanda y vamos a continuar en ese camino, porque las excepciones son más que las sanciones respecto del actual sistema penal. La Nación Argentina va a seguir siendo víctima de la corrupción empresarial de corporaciones y bancos porque el sistema judicial sigue siendo cómplice de esto, y me temo que a través de leyes como estas el Poder Legislativo también, porque son lo suficientemente blandas como para incentivar a los señores empresarios a cometer actos de corrupción”*¹⁵. En definitiva, varios de nuestros legisladores han insistido en que, en este aspecto, la ley es imperfecta y se tendrá que modificar a la brevedad porque la realidad de la actividad judicial llevará a no poder aplicarla en muchos aspectos¹⁶.

En el caso español, por ejemplo, las penas establecidas aparecen un poco más amplias y abarcativas que en nuestra ley. Así, se establecen las penas de multa (con sus 2 modalidades: proporcional o en cuotas); disolución, suspensión de actividades (hasta 5 años); clausura de locales (hasta 5 años); prohibición de actividades en cuyo ejercicio se delinquiró (definitiva o hasta 15 años); intervención judicial inhabilitación hasta 15 años para subvenciones y ayudas, contratar con las administraciones y para beneficios fiscales.

Considero que no se puede interpretar de la misma manera la responsabilidad que puede tener una persona humana frente a la de una no humana, y en este aspecto es fundamental lo que tiene que ver con la autoorganización que bien destacaba la doctora Vera al comienzo de este trabajo. Es que el principio clásico de derecho penal de *ultima ratio* tiene que conjugarse con el sistema de autovigilancia de la propia persona jurídica. Sin perjuicio de ello, considero que siempre es preferible darle un marco un poco más amplio al juzgador –siempre por supuesto respetando la determinación que el principio de legalidad requiere–, tal como se ha hecho en España, antes que circunscribirlo tanto de modo que el sistema termine perdiendo vigor.

Un tema que no resultó menos polémico es el referido a la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos de corrupción que, como dijimos, en su momento fue consagrada por nuestra Cá-

15 Debate parlamentario - págs. 363/4

16 Debate parlamentario - pág. 337

mara de Diputados y finalmente desestimada en Senadores. Al respecto, el diputado por Córdoba ya citado refirió: *“El otro aspecto al que quiero hacer referencia es la extinción de la acción [...] fue un mérito de esta Cámara la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, lo que fue borrado de un plumazo por el Senado de la Nación. Nosotros hacíamos referencia a que ello estaba concatenado con lo que expresamente establece el penúltimo párrafo del artículo 36 de la Constitución Nacional, que habla de graves delitos contra el Estado que conlleven un enriquecimiento. De esta manera se equipara con un atentado contra el sistema democrático, y por lo tanto entendíamos que debía ser imprescriptible”*¹⁷. En el mismo sentido crítico, Argumedo, por la Ciudad de Buenos Aires, se refirió al respecto: *“En cuanto a la prescripción, frente a la imprescriptibilidad que se había dado para luchar contra la corrupción de las últimas décadas –que ha saqueado a la Argentina–, aquí tenemos una prescripción a los seis años, con un agravante: en este caso se va a penar solamente el delito de corrupción”*¹⁸. Se han alzado voces críticas en torno a que además de que la persona jurídica pueda eximirse de responsabilidad penal y se incluya la administrativa, exigiéndose solo la devolución del beneficio indebido obtenido. En tal sentido, seguramente será problemática la determinación de lo que se entienda por beneficio, si será la ganancia proveniente del contrato celebrado con el Estado o el monto total percibido.

d) La figura del arrepentido aquí devenida en “acuerdos de colaboración”

La ley analizada, en sus artículos 16 a 21, nos presenta una especie de adaptación del mecanismo del arrepentido a la responsabilidad de una persona jurídica, estableciendo la posibilidad de que se celebren acuerdos de colaboración entre esta y la justicia –a través del fiscal actuante–, acuerdos que en caso de ser ajustados a la normativa y de ser corroborados en un plazo de un año serían homologados por el juez actuante.

En el primer artículo citado se establece que *“la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables*

17 Debate parlamentario - pág. 331

18 Debate parlamentario - pág. 361

para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la presente ley. El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio”.

El mentado acuerdo, que será confidencial –aspecto que disgustó a varios legisladores–, identificará el tipo de información, datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo determinadas condiciones establecidas en el artículo 18: “a) pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7, inciso 1) de la presente ley; b) restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y c) abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena...”.

Luego se estipulan otras condiciones, esta vez optativas y no exhaustivas, como por ejemplo el intento de reparar el daño causado; la prestación de un determinado servicio a la comunidad; la aplicación de medidas disciplinarias contra las personas físicas que hayan participado del hecho delictivo; o la implementación de un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley o el mejoramiento o modificación del ya existente.

Dicho acuerdo, como se dijo antes, será presentado a homologación ante el juez quien podrá aprobarlo, observarlo o rechazarlo, caso este último en el cual la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica deberán ser devueltas o destruidas y no podrán ser utilizadas, excepto cuando el fiscal hubiera tenido conocimiento en forma independiente u haya podido obtenerlas a través de un curso de investigación ya existente en la causa con anterioridad. Si, por el contrario, en el plazo máximo de un año se corroborara la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo, no pudiendo imponerse otras penas (en este caso, funcionaría como una especie de juicio abreviado).

IV - COMPLIANCE. ¿CÓMO EVITAR LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA?

En el artículo noveno de la ley 27401 nos encontramos con los tres requisitos que deben concurrir para que la persona jurídica pueda quedar exenta de pena e incluso de responsabilidad administrativa. En primer lugar, debe haber denunciado el delito de manera espontánea, es decir, haberlo detectado *motu proprio* y poner en conocimien-

to a la justicia de él. En segundo lugar, debe haber implementado un sistema de prevención del tipo de delitos que esta ley detalla, de modo que el éxito en perpetrar el delito se haya debido más al esfuerzo de las personas humanas que a la intervención de la propia persona jurídica. En tercer y último lugar, debe restituirse el beneficio ilícitamente obtenido.

Si bien no aparece sencillo para la persona jurídica eximirse de responsabilidad penal de acuerdo con lo legalmente establecido en la ley 27401, en sus artículos 22 y 23 se establecen algunos lineamientos que, de cumplirse, podrían prácticamente asegurar a una persona jurídica evitarse responsabilidades penales y/o administrativas mediante su cumplimiento. Por lo novedoso del sistema en nuestro ordenamiento, considero pertinente la cita textual de los dos artículos mencionados para luego pasar a su análisis:

Así, en el artículo 22 se estipula el denominado “Programa de Integridad”, que venimos denominando autovigilancia o autoorganización de la persona jurídica, estableciendo que *“las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación”*.

En el artículo 23 se desarrolla el contenido que dicho programa de integridad debe poseer estableciendo que *“...deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos: a) un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados”*.

Además de lo expuesto que resulta imperativo, será optativo que el Programa contenga: *“I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad. II. El apoyo visible e*

inequívoco al Programa de Integridad por parte de la alta dirección y gerencia. III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos. IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias. V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta. VI. 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. VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas. VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del Programa de Integridad. IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad. X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica”.

Varios de los legisladores que se mostraron críticos con la ley analizada, lo fueron especialmente en lo relativo a este sistema de exención de responsabilidad, argumentando que el texto puesto finalmente a votación resulta orientado a la evitación de responsabilidad en cabeza de la persona jurídica.

Personalmente disiento con esta crítica y pasaré a explicar las razones.

En primer lugar, porque, como ya adelanté, este sistema no es un invento nacional sino que posee aplicación en varios países, entre ellos nuestro caso testigo español. Allí se ha legislado el modo de *compliance* estableciendo que para que la persona jurídica pueda eximirse de responsabilidad penal: 1. El órgano de administración debe haber adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de esa naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. 2. Haberse confiado la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. 3. Haberse cometido el delito por parte de los autores individuales eludiendo fraudulentamente los modelos de

organización y de prevención. 4. No haberse producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición segunda (si estas circunstancias solo pueden ser objeto de acreditación parcial, ello será valorado a efectos de atenuación de la pena).

En segundo lugar, entiendo que la finalidad de una normativa penal de este tipo no es tanto punir a la persona jurídica –en modo retributivo– sino reforzar y afianzar el respeto a la ley dentro de la misma, en línea con lo que desarrolla el Tribunal Superior Español en su sentencia 154/2016: “...la determinación del actuar de la persona jurídica [...] ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

En igual sentido, la Fiscalía de Estado Española ha hecho repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la ley”, “cultura de cumplimiento” informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis, CP¹⁹.

V - EL CASO “FLY MACHINE” Y EL SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

Al comenzar este trabajo nos referimos al caso “Fly Machine”²⁰, que terminó consolidando una doctrina a través de la disidencia de Eugenio Zaffaroni.

19 Circular de la Fiscalía General del Estado Española 1/2016 - 22/1/2016

20 CSJN - “Fly Machine SRL s/recurso extraordinario” - 30/5/2006 - Erreius Online: IUSJU255423B

Así es que a partir del considerando quinto de su voto, el mencionado magistrado considera: *“Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el nullum crimen sine conducta”*.

Arriba a dicho temperamento con fundamento en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y concluye que *“...la operatividad de la máxima constitucional nulla injuria sine actione impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio societas delinquere non potest (o universitas delinquere nequit); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”*.

Siendo ese el núcleo del razonamiento, se agregan luego otras limitaciones como la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto –precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación–, negando así la base misma del juicio de reproche, o, más concretamente, el hecho de que por entonces nuestra legislación carecía de una regulación procesal específica que determinara el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permitiese también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido.

Este era el criterio sostenido antes del caso citado, por ejemplo, por la Cámara Nacional en lo Penal Económico: *“El derecho penal se basa sobre la regla general por la cual se determina que solo puede ser sujeto activo de una conducta penal la persona humana con capacidad de autodeterminación, por ello las personas de existencia ideal no pueden ser perseguidas penalmente, sin embargo en ciertos casos se ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas por medio*

de leyes especiales, no siendo el caso de la ley penal tributaria, la cual no contiene ninguna excepción al principio societas delinquere non potest..."²¹.

Dentro de las excepciones que encontrábamos aún bajo el imperio del criterio "Fly Machine", la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió: "*Nuestra legislación positiva en determinados casos y el régimen aduanero en particular han adoptado firmemente la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas hubiesen cometido actuando en cuanto tales; y que la jurisprudencia que en consecuencia de los postulados legales ha emanado de los distintos tribunales de justicia en sus sucesivas integraciones en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador*"²², aunque como se observa se trata de uno de los casos específicos mencionados al comenzar este trabajo.

VI - TEORÍAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A los fines de la integridad del presente y antes de pasar a tratar de vislumbrar los efectos prácticos que pueda tener la normativa, junto a algunas conclusiones, debemos realizar un breve pantallazo a todas las teorías elaboradas en torno a la responsabilidad penal de personas jurídicas, recurriendo a tal fin al trabajo de la ya citada Vera Mendoza²³ que ha reseñado muy claramente las tres posturas.

a) Quienes niegan la responsabilidad penal de la persona jurídica (ver punto V)

Es la postura revisada en el punto anterior. Los autores más tradicionales consideraron, dado que la teoría del delito fue creada específicamente para la persona física y para sus características individuales, que era conveniente tratar la responsabilidad de las personas

21 CNPEcon. - Sala B - "S.P. SA s/inf. ley 24769" - 3/11/2005 (del voto de los doctores Hornos y Pizzatelli)

22 CN Casación Penal - Sala III - "Tradefin SA s/recurso de casación" - 18/9/2012

23 Vera Mendoza, Corina: "Sobre el problema de la responsabilidad penal empresarial en Argentina. Necesidad, finalidad y fundamento" - ED - 5/2017-5

jurídicas únicamente en el marco del derecho administrativo sancionador; justificando su postura en la distinción entre este y el derecho penal propiamente dicho. Gracia Martín señalaba que el principio de culpabilidad resulta contrario a la existencia de una responsabilidad directa y solidaria, como la que se exige en el ámbito civil a las personas jurídicas. Este tipo de responsabilidad objetiva se condice con el derecho civil, pero en forma alguna con el derecho penal. Otra de las objeciones formuladas fue la imposibilidad de reprocharle la conducta a la empresa, ya que esta no se encontraba dotada de moral²⁴. Es así que se concluía que la culpabilidad solo podía referirse a individuos responsables de sus propios actos, ya que tal concepto se encontraba tradicionalmente vinculado a la posibilidad de actuar de otro modo, posibilidad que la empresa no tiene, ya que carece de actuación propia. Como se observa, es la línea que se seguía en nuestro país, consolidada en “Fly Machine”.

b) Quienes aceptan la responsabilidad de la persona jurídica mediante modelos de heterorresponsabilidad

En línea opuesta a la postura anterior encontramos a quienes, como Hafter por ejemplo, entienden que tanto la voluntad como la conciencia de la organización dependen de las personas físicas que la conforman. Así, se afirma que los hechos resultan ser la expresión de una empresa que posee determinados valores y, como tales, responden al espíritu de esta; entonces, la participación en una organización obliga al individuo a velar porque esta no actúe en forma lesiva a la sociedad²⁵. Schroth realiza la siguiente deducción: debido a que la persona jurídica adquiere una capacidad de acción derivada de sus órganos, o bien, de las personas físicas que actúan por ella, la persona jurídica será culpable de la formación de voluntad defectuosa. A tales fines, introduce el concepto de “culpabilidad funcional del órgano”, puesto que este se compone por la suma de los comportamientos individuales de quienes se encuentran agrupados.

24 Gracia Martín, Luis; Boldovar Pasamar, Miguel Á. y Alastuey Dobón, María del C. (coords.): “Las consecuencias accesorias” - 1ª ed. - Tirant lo Blanch - Valencia - España - 1996 - págs. 386 y ss.

25 Busch, Richard: “Modernas transformaciones en la teoría del delito” - 3ª ed. - Ed. Temis - Santa Fe de Bogotá - Colombia - 1992

c) Quienes afirman la responsabilidad de las personas jurídicas de acuerdo con modelos de autorresponsabilidad

En paralelo al criterio anterior, encontramos la construcción de Heine, quien considera fundamental el establecimiento de programas de autovigilancia de cumplimiento efectivo y su puesta en práctica por parte de las empresas. Entonces, la culpabilidad empresarial se da por el *management* de riesgo defectuoso. Otro planteo interesante es el realizado por Dannecker, quien introduce por primera vez el concepto de “buen ciudadano corporativo”, que debe ser fiel al derecho. Adopta el esquema conceptual creado por el autor antes citado: “1. estructura organizativa deficiente o una filosofía empresarial criminógena; 2. lesión de un bien jurídico que pueda imputarse a la empresa; 3. relación de antijuridicidad entre el fallo organizativo dentro del sistema o la filosofía empresarial criminógena y la lesión del bien jurídico. Por último, hace referencia a la imputación subjetiva exigiendo 4. un dolo o imprudencia en relación con el fallo organizativo dentro del sistema o con la filosofía empresarial criminógena”.

VII - EL SISTEMA EN LA PRÁCTICA. EJEMPLO A TRAVÉS DE UNA SENTENCIA

En este punto recurrimos nuevamente a nuestro caso testigo español.

El Superior Tribunal de ese país²⁶ ha juzgado a la sociedad “Transpinelo S. L.” afirmando que “*se han acreditado todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de la persona jurídica. La atribución de responsabilidad penal a Transpinelo S. L. se ajusta, en efecto, a las exigencias contenidas en el artículo 31 bis*”. El magistrado votante consideró que sus administradores y directivos, Amadeo Pio, Manuel Roberto y Alberto Benito, tanto de hecho como de derecho actuando en representación de la empresa llevaron a cabo una continuada actividad encuadrable en los términos del artículo 301, CP, en tanto blanqueo de capitales. Así, la entidad recibía dinero procedente de la actividad de tráfico de drogas que lidera Amadeo Pio, siendo esta una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas.

En ese orden de ideas, continúa la sentencia, ha concurrido un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad en tanto

26 STS 583/2017, de 19 de julio, Pte. Antonio del Moral García

Amadeo Pio realizó sucesivas inyecciones de dinero a la empresa para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas, adquiriendo para la sociedad vehículos y maquinaria con dinero de idéntica procedencia. Asimismo, está presente también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad, ya que la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión de ese delito en el seno de la empresa. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo.

VIII - ALGUNAS CONCLUSIONES

No cabe duda de que el tema analizado da mucha tela para cortar. Si bien la mayoría de nuestras opiniones ya se han ido volcando en el desarrollo del trabajo, sí queremos agregar que, mientras en la Argentina nos encontramos pasando del criterio tradicional de no responsabilidad penal de personas jurídicas al modelo denominado de heterorresponsabilidad, como se pudo apreciar al analizar los modelos en el punto VI, el caso español podría inscribirse en el criterio de autorresponsabilidad, y en esto resulta clave la ubicación que se les brinda a los mecanismos de autovigilancia o *compliance*.

En tal sentido, y más allá de la distinción teórica, no podemos dejar de destacar que en el sistema argentino estos mecanismos constituyen causal de no punibilidad, a diferencia del caso español donde forman parte del tipo penal, tal como bien lo explica el Tribunal Superior de ese país en la S154/2016: *“El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización [...] la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”*.

Este aspecto posee indudable relevancia práctica ya que, en nuestro caso, al tratarse de eximentes de punibilidad, la prueba de su efectiva implementación se encuentra en cabeza de las propias personas jurídicas, es decir, no rige el principio de *onus probandi* que mantiene la carga de la prueba sobre la acusación; mientras que de considerarse parte del tipo penal, la carga de la prueba recae efectivamente sobre la fiscalía que deberá demostrar la inexistencia o ineficacia de los sistemas de autovigilancia para recién, una vez constatado esto, tener configurado el delito.