

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA: LINEAMIENTOS PARA LA EXENCIÓN DE LA PENA

Natalia Rocío NAVARRO

Resumen: La ley 27.401 ha incorporado a nuestra legislación la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos contra la corrupción establecidos en su artículo 1. A su vez, mediante la incorporación de la exención de la pena ha pretendido incentivar a las personas jurídicas a fin de que colaboren en la prevención y denuncia de estos ilícitos mediante el cumplimiento de estrictos requisitos cuyo análisis será el objeto del presente.

Palabras claves: Responsabilidad penal de las personas jurídicas- Exención de pena- Programas de cumplimiento- Transparencia- Anticorrupción.

Abstract: Law 27.401 has incorporated into our legislation the criminal liability of the legal entity for the crimes against corruption established in its article 1. Furthermore, through the incorporation of exemption of penalties, legal entities have an incentive to prevent and report those crimes, if they have implemented a Compliance Program and carry out the other conditions established by law.

Key words: Criminal liability of legal entity – Exemption of penalties – Compliance Program – Transparency- Anti-corruption.

1. INTRODUCCIÓN

La sanción de La ley 27.401 incorporó a nuestra legislación la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas (en adelante LRPPJ) con el objetivo de dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad, y, en caso de investigaciones por la posible comisión de un delito, cooperen con las autoridades de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

De esta manera se ha pretendido adaptar el Sistema Penal Argentino a los estándares internacionales a los cuales se obligó al adherir a la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE) en el año 1997 y que entró en vigencia a partir del 9/04/2001.

Si bien con anterioridad a la sanción de la presente ley las personas jurídicas ya eran pasibles de sanciones de naturaleza administrativa contravencional o penal ante infracciones determinadas en un marco específico regulatorio, la atribución de dicha responsabilidad dependía, a su vez, de la acreditación de responsabilidad de las personas humanas que llevaban adelante tales infracciones.

La actual legislación sobre responsabilidad de las personas jurídicas trae como novedad que dicha atribución de responsabilidad no requiere necesariamente la declaración de culpabilidad de una persona humana bastando con que se hubiera acreditado que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos.

En este contexto, dada la rigurosidad que el nuevo régimen impone a las personas jurídicas, resulta importante para las mismas tener en claro las circunstancias que les permitirían eximirse de pena evitando tanto las sanciones penales como administrativas que pudieran corresponderle.

Así, el objetivo del presente es proceder a un análisis de los requisitos establecidos por la legislación para la exención de la pena, trayendo a colación brevemente los debates suscitados a raíz del factor de atribución establecido por la ley 27.401, lo que resultó determinante para la inserción del instituto bajo análisis.

Igualmente, se hará especial hincapié en los Programas de Integridad, cuya implementación ha pasado a ser fundamental para las personas jurídicas que desean contratar con la Administración Pública en especial, pero también para las personas jurídicas en general, en tanto sólo mediante su adopción podrán intentar acceder a la exención de pena si por algún motivo quedasen implicados en alguno de los delitos previstos en la Ley 27.401.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) es un tema que se ha debatido desde antaño en el ámbito del Derecho Penal, discusión que giraba en torno a dos posturas sobre la esencia de la persona jurídica -teoría de la ficción de Savigny y teoría de la ficción de Gierke- y también en función de las teorías de la pena, todas ellas desarrolladas durante el S. XVIII⁷⁴⁵.

No es el propósito del presente profundizar en dicho debate si no tan solo hacer una breve mención al mismo para poder abordar el tema escogido desde una base sólida, ponderando la posición ecléctica que se le atribuye a la Ley 27.401 en relación a la postura asumida, lo que, necesariamente, tendrá consecuencias en la forma de interpretar una eventual eximición de pena de la persona jurídica.

En un primer momento, “La doctrina mayoritaria negó la RPPJ basándose en el principio *societas delinquere non potest*, y por ello, en el ámbito penal, se mantuvo la idea de que cuando los hechos delictivos se produjeran en el marco de actividades de personas jurídicas sólo se castigaba a las personas físicas que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.”⁷⁴⁶

Es decir, se ponderaba que las personas jurídicas actuaban a través de sus representantes y no tenían por sí, capacidad de actuación y, en consecuencia, no podían tener responsabilidad penal.

Estas posturas fueron discutidas por distintos autores, entre ellos Otto Gierke, quien desarrolló la teoría de la *reale Verbandsperson* partiendo de la base que “la personalidad del ser humano no difiere prácticamente de la concepción sostenida por los romanistas, pero toma en consideración también la realidad de la vida social. En la realidad social se encuentran expresiones vitales pertenecientes tanto a los individuos como a las personas jurídicas que tienen idéntico significado social. La misma finalidad —señala Gierke- puede tener en la vida social los mismos efectos, útiles o lesivos. Sobre la base de esa igualdad de las finalidades y de los efectos de las mismas, —sea que pertenezcan al individuo o a una persona jurídica como fenómenos de la vida social—, parece

745 GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica” en Durríeu, Nicolás y Saccani, Raúl R. Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Ed. La Ley, Suplemento Especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018. Pág. 2.

746 *Ibíd.*

posible justificar que las personas jurídicas también son personas sociales con la misma capacidad jurídica que los individuos”⁷⁴⁷.

En alusión a la acción del ente ideal, se dijo que “no se trata de saber si las personas jurídicas tienen capacidad de acción real, identificable con el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente si las tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifestación más de la normativización del ilícito que ya no es más causación sino imputación.”⁷⁴⁸

Hasta el día de la fecha, y en lo que concierne a nuestro país, no existe consenso en relación a la posibilidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas girando la discusión en torno al principio de culpabilidad por el cual la pena solo puede ser la respuesta al comportamiento de un individuo.

Así, la tesis que propugna la imposibilidad de aplicar sanciones -de cualquier tipo- a las personas jurídicas se funda en la violación legal del principio de debido proceso legal, atento a que las personas jurídicas no pueden ser legitimadas pasivas de un proceso penal en función del *Societas delinquere non potest*, en la medida que se considera que el delito es una manifestación humana que solo puede ser atribuida a una persona física.

Un importante antecedente de esta postura ha quedado evidenciado en un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJN) en el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, único miembro que consideró bien concedido el recurso extraordinario deducido y que se pronunció en relación al tema bajo análisis.

Lo hizo manifestando que, “...la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal (...) 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.”⁷⁴⁹

Añadió además que, “...más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por 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 (...) Que tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también

747 BACIGALUPO Silvina, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Ed. Hammurabi, p. 60/61 citada por VELASCO, Ramiro. La ley 24.769 y la responsabilidad de los entes ideales. Publicado en: DJ 05/06/2013, 99 Cita Online: AR/DOC/943/2013. Extraído de La Ley Online, U.A. 08/2/2020.

748 RUSCONI Maximiliano A., Cuestiones de imputación y responsabilidad penal en el Derecho Penal Moderno, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 118 citado por VELASCO, Ramiro, Op. Cit.

749 CSJN, “Fly Machine S.R.L.”- 30/05/2006. Cita Fallos Corte: 329:1974- Cita Online: AR/JUR/1758/2006. Disponible en La Ley Online, U.A.: 8/02/2020.

individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso.⁷⁵⁰

Nótese que hasta aquí no se admitía siquiera la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas por hechos cometidos por sus representantes o en su beneficio (responsabilidad indirecta o refleja). Con el tiempo, en cambio, se fue desarrollando “una creciente (y mayoritaria) corriente jurisprudencial que admitió la validez de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, por ejemplo, cuando los hechos delictivos habrían sido efectuados por dependientes o representantes legales en beneficio y en nombre de la entidad.⁷⁵¹”

Ante este cambio de paradigma, comenzó a aceptarse la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de procesos por la comisión de delitos aduaneros, cuerpo normativo que específicamente ha incluido la posibilidad de que estos entes puedan no solo cometer tales delitos, si no también ser procesados por ello.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Económico (en adelante CNAE), sala E, ha sostenido, “... con relación a la posibilidad de imputar un delito a una persona jurídica, “...en el Código Aduanero existen numerosas disposiciones legales de las que surge, inequívocamente, no sólo la posibilidad de responsabilizar penalmente por un delito a una persona de existencia ideal [actualmente persona jurídica] y, consecuentemente, de aplicarle las sanciones específicamente previstas, sino que de aquellas disposiciones surge también que, ante aquella posible responsabilidad penal, corresponde someter a aquella persona jurídica a un proceso penal...” y: “...por el Código Aduanero se prevé, expresamente, que las personas de existencia ideal pueden ser ‘responsables’ de un delito aduanero y, por ende, pueden ser ‘procesadas judicialmente’, sobreseídas, absueltas o condenadas en el marco de un proceso penal; no caben dudas en cuanto a que uno de los sujetos de aquel proceso penal deberá ser la persona de existencia ideal de que se trate...[-]” (confr. Regs. Nos. 642/00 y 313/05 de esta Sala “B”).⁷⁵²

Ante este panorama, coincido con lo sostenido por GONZÁLEZ GUERRA, en relación a que “...Determinar si las personas jurídicas serán responsables penalmente o en un plano meramente administrativo, son cuestiones que sólo pueden ser resueltas por la vía legislativa, es decir que el régimen aplicable será lo que resuelvan los respectivos sistemas jurídicos positivamente⁷⁵³”, y en este sentido, la sanción de la Ley 27.401 se ha pronunciado a favor de la imputación penal de las personas jurídicas.

Como se adelantó, en el abandono progresivo de la máxima *societas delinquere non potest*, nuestra legislación fue incorporando en distintos ordenamientos, la posibilidad de imponer sanciones penales contra las personas jurídicas, citando a título ejemplificativo⁷⁵⁴, el régimen penal aduanero (Ley 22.415, Código Aduanero, Arts. 887 y 888), régimen penal tributario (Art. 14 de la

750 *Ibíd.*

751 PAPA, Rodolfo G. “Los pilares y elementos estructurales de la Ley 27.401” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...* Op. Cit. Pág. 16.

752 CNAE, Sala B. “Sapori e Tradizioni S.R.L. s/ infracción ley 22.415”- 22/02/2017- Cita Online: AR/JUR/6670/2017. Disponible en La Ley Online, UA: 8/02/2020.

753 GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica” DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...* Op. Cit. Pág. 2.

754 Ejemplificación tomada de CARRIÓ, Alejandro y REUSSI, Maximiliano. “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...* Op. Cit. Pág. 39.

ley 24.769 luego de la reforma operada por la ley 26.735 y art. 13 de la actual ley 27.430), delitos contra el orden económico y financiero (Arts. 303 a 313 del Cód. Penal que receptan las reformas producidas por la ley 26.733, particularmente arts. 304 y 313), régimen penal cambiario (Ley 19.359, art. 2º inc. f), defensa de la competencia (Ley 27.442, Capítulo VII), ley de abastecimiento (Ley 20.680, art. 8º), sistema integrado de jubilaciones y pensiones (Ley 24.241, art. 154), entre otros.

Con la sanción de la Ley 27.401 se extendió la responsabilidad de las personas jurídicas al ámbito penal. Así, y si bien en un primer momento el Proyecto de la Cámara de Diputados abarcaba todos los delitos establecidos en el Código Penal, las modificaciones del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Senadores acotaron la responsabilidad a un número limitado de delitos.

De esta manera, el artículo 1 quedó redactado en los siguientes términos:

“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 y 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.”

Se adopta así el sistema de *numerus clausus* frente a la posibilidad de una cláusula general de atribución de responsabilidad.

La persona jurídica será penalizada tanto si los mismos son realizados directa o indirectamente, con su intervención, o en su nombre, interés o beneficio⁷⁵⁵.

3. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO POR LA LEY

Las diferentes legislaciones que han establecido sanciones a las personas jurídicas han adoptado diversos sistemas en orden a fundamentar la atribución de responsabilidad de estos entes, intentando brindar respuesta a las objeciones que las teorías denegatorias sostienen en contra de dicha atribución.

En los extremos de estos sistemas tenemos por un lado a quienes adoptan un sistema de responsabilidad objetiva⁷⁵⁶ por el hecho de sus dependientes, lo que se conoce como modelo

755 Art. 2, Ley 27.401. Para un análisis más profundo en relación a su análisis ver CARRIÓ, Alejandro y REUSSI, Maximiliano. “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance... Op. Cit. Pág. 39-52.

756 Estados Unidos ha adoptado un sistema de responsabilidad objetiva por los hechos de sus dependientes. No existe una eximición de responsabilidad en base a la culpabilidad autónoma de la persona jurídica, aunque sí se admite una morigeración de las sanciones o Deferred Prosecution Agreements o Non-Prosecution Agreements (DPA o NPA) con la

vicarial. Este modelo considera que las personas jurídicas serán responsables en la medida en que las personas físicas actúen en su nombre y beneficio, produciéndose, de alguna manera, una transferencia a la persona jurídica de su propia responsabilidad penal⁷⁵⁷.

En la vereda del frente, se encuentra el Modelo de Autoresponsabilidad o sistema autónomo en el cual no debemos atender a la responsabilidad de la persona física que transfiere a su vez responsabilidad penal a la persona jurídica, sino a la propia responsabilidad penal de la persona jurídica, que se desprende de la existencia o ausencia de instrumentos adecuados y eficaces para prevenir la comisión de conductas delictivas en su seno⁷⁵⁸.

La determinación del modelo seguido por la Ley 27.401 ha sido en extenso tratado por diversos autores, quienes se han declinado en general, por sostener que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley no es plenamente autónomo ni vicarial. Se trata de un modelo mixto que presenta sus particularidades y problemáticas que se irán dando en la práctica y cuyas soluciones deberán buscarse en la labor jurisprudencial de los Tribunales.

A esta conclusión llega YACOBUCCI al sostener que “De la lectura de la ley 27.401 parecería surgir una doble previsión o sistema mixto al disponerse responsabilidades de más de una forma según surge de su art. 2º, cuando el delito se realiza con intervención de la empresa o en su nombre, ese resultado disvalioso se habría alcanzado por su organización defectuosa, en tanto que al referirse a los hechos realizados en su interés o en su beneficio o si los realiza un tercero sin atribuciones de representación pero con ratificación aún tácita por parte de la empresa, parece tratarse de una responsabilidad propia. Esta última interpretación se vería ratificada con el texto del art. 6º de la ley, según el cual la persona jurídica puede ser condenada aunque no se haya identificado o juzgado a la persona humana que intervino siempre que pueda establecerse que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos societarios.”⁷⁵⁹

En el mismo lineamiento se pronuncia PAPA⁷⁶⁰ al manifestar que la solución impuesta por la ley 27.401 “oscila entre una transferencia de responsabilidad originada en el hecho cometido por una persona humana determinada, por un lado, y por un hecho propio en los que se atribuye responsabilidad a la persona jurídica como tal por sus propias acciones, por el otro.”

Como puede verse, el tinte de “autoresponsabilidad” viene dado por la incorporación del artículo 6, por medio del cual se ha consagrado la independencia de acciones, en los siguientes términos: *“Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aún 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.”*

fiscalía (GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance... Op. Cit. Pág. 2.)

757 KPMG Abogados, “¿Responsabilidad penal vicarial o autorresponsabilidad de las personas jurídicas?” Economía 3, 10/08/2016. Disponible en: <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/> U.A.: 09/02/2020.

758 Ibid.

759 Yacobucci, Guillermo J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, en LL del 27/11/2017, 1, cita online AR/DOC/3034/2017 citado por ROBIGNIO, Carolina. “Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 56.

760 PAPA, Rodolfo G. “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401” DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance, Op. Cit. Pág. 17.

No obstante, debe recalcar que la introducción de este artículo no importa la adopción de un sistema de responsabilidad puramente subjetivo o autónomo -basado en el déficit de la organización- como tampoco exclusivamente vicarial u objetivo, en tanto la persona jurídica no responde por cualquier actuación de las personas físicas.

Así, la modificación al proyecto original remitido por el Poder Ejecutivo que había incluido como factor de atribución el sistema basado en el “déficit o culpa de la organización” trajo importantes consecuencias, especialmente en materia de eximición de pena, que es el tema central aquí desarrollado.

Ello desde que, “la falta de vigilancia de la persona jurídica no se ha establecido como parte integrante del tipo penal, sino que tales mecanismos de vigilancia, de darse todos sus requisitos, se establecen como un supuesto de exención de la pena, es decir se analiza con posterioridad a la configuración del delito. Teniendo en cuenta, adicionalmente, que al tratarse de un supuesto de eximición de la punibilidad, la prueba de su efectiva implementación se encuentra a cargo de la persona jurídica, y no sobre la acusación, mientras que, de haberse considerado parte del tipo penal, la carga de la prueba hubiera recaído efectivamente sobre la fiscalía que hubiera tenido que demostrar la existencia e ineficacia del sistema de auto-vigilancia, para tener por acreditado el delito.”⁷⁶¹

4. LA EXENCIÓN DE LA PENA

Antes de ingresar al análisis de la exención de la pena en nuestra legislación, comenzaré por un análisis de dicho instituto en el Derecho comparado. Así, podremos observar de que manera, la adopción de un sistema de atribución de responsabilidad determinado tiene importantes consecuencias en las posibles exenciones de penas o morigeración de sanciones, y en los requisitos que se establecen para ello.

En el caso de Chile, a partir del dictado de la ley 20.393 rige la atribución subjetiva de responsabilidad penal de la persona jurídica por inexistencia o deficiencia en los programas de integridad para prevenir la comisión de delitos -responsabilidad por defecto de organización-.

Es por ello que su legislación “prevé que la persona jurídica pueda ser exonerada de responsabilidad u obtenga una atenuación si llegara a demostrar que cuenta con un programa de prevención. También incorpora la posibilidad de obtener una certificación que acredite la adopción e implementación de un modelo de prevención, con vigencia por dos años, emitido por empresas auditoras externas. Por su parte, la doctrina entiende, que dicha certificación operaría como una presunción respecto de la adopción e implementación del modelo de integridad, susceptible de ser desvirtuada por el Ministerio Público.”⁷⁶²

En España, se “incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Código Penal mediante la sanción de la Ley Orgánica 5/2010 para determinados delitos cometidos. Cinco años después se produjo una reforma integral al Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015. En dicha reforma se reguló la exclusión de responsabilidad cuando se cumplen ciertas condiciones que, en caso de no darse en su totalidad, sirven para la atenuación (...) La persona jurídica puede reducir la

761 *Ibíd*, p. 19.

762 GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica” DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...Op. Cit.* Pág. 6.

graduación de la pena o directamente eximirse responsabilidad para el caso que demuestre una implementación adecuada de un programa de cumplimiento.⁷⁶³

Brasil, en cambio, se ha inclinado por una responsabilidad objetiva mediante el dictado de la ley 12.846/2013, circunstancia que limita una posible exención de pena de la persona jurídica. No obstante ello, ha previsto la posibilidad de firmar “Acuerdos de Clemencia” con el fin de eximir o mitigar las sanciones administrativas que pudieran corresponder a las Personas Jurídicas. Los mismos han sido reglamentados mediante el Decreto 8420/2015 y requieren la cooperación en la investigación de un acto ilícito específico, la suspensión de su participación en el mismo, la confesión de su participación en la infracción administrativa y la proporción de información, documentación y evidencia⁷⁶⁴.

La implementación de Programas de Integridad, por su parte, también será tenida en cuenta al determinar las sanciones que se aplicarán. Los criterios de evaluación de estos Programas de *Compliance* también fueron establecidos mediante el Decreto 8420/2013⁷⁶⁵.

Argentina, por su parte, con la sanción de la ley 27.401 ha adoptado un sistema de atribución de responsabilidad “mixto” según lo reseñado en los puntos anteriores. De allí que exista la posibilidad de exonerarse de la pena que pudiera corresponderle si cumple con los requisitos establecidos por el artículo 9:

“Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Espontáneamente 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 hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.”

Como sostiene con acierto PAPA, “El texto en su versión inicial no brindaba incentivos a las empresas que hubieran implementado un programa de integridad, toda vez que en ningún caso se había previsto la posibilidad de eximir las de sanción, a diferencia de lo que prevé el art. 9º de la ley 27.401.⁷⁶⁶”

No obstante, la inclusión de la posibilidad de eximirse de pena mediante la implementación de Programas de Integridad -llamados indistintamente en el presente también como Programas de *Compliance*- guarda relación con la fundamentación del dictado de la norma, esto es, dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad, y, en caso de

763 *Ibíd.*

764 AYRES, Carlos. “Brasil: Normativa de Compliance destacada” en SACCANI, Raúl R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo II, p. 356.

765 *Ibíd.*, p. 348.

766 PAPA, Rodolfo G. “Los pilares y elementos estructurales de la Ley 27.401” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 15.

investigaciones por la posible comisión de un delito, cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal⁷⁶⁷.

Ahora bien, el incentivo de alcanzar la eximición de la pena requiere que los tres requisitos se den en forma simultánea, motivo por el cual procederé a un análisis por separado de cada uno de ellos, dejando para el final el tratamiento del inciso b) -Implementación de Programas de Integridad- por la mayor profundidad que requiere el análisis del mismo.

4.1. LA AUTODENUNCIA

El primer requisito establecido por el artículo 9 inc. a) ya transcripto precisa que la persona jurídica espontáneamente haya denunciado un delito previsto en la ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna.

Hay autores que desdoblán este inciso en dos requisitos, que la autodenuncia se realice de manera espontánea, y que la misma sea consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna⁷⁶⁸.

Cualquiera sea el modo en que la letra del inciso sea analizada, lo cierto es que de su redacción se generan una serie de interrogantes que irán teniendo respuesta a medida que se desenvuelva la labor jurisprudencial en relación a este tema: el momento oportuno en que debe realizarse, la forma en que se ha llegado a su conocimiento, la persona que devela la información ante las autoridades, etc.

En primer lugar, la denuncia de un delito previsto en la ley debe ser espontánea, es decir, sin que medie ninguna actividad judicial o investigativa del poder público por medio de la cual se hubiera tomado conocimiento de tales ilícitos. De esta manera, la exención funciona como un verdadero incentivo a fin de que las personas jurídicas no esperen a que el delito sea de conocimiento de la autoridad si no que, evitando un dispendio innecesario de recursos, se avenga a “confesar” dicho delito, a fin de lograr una eximición de la pena si se acredita el cumplimiento del resto de los requisitos.

La autodenuncia no debe ser confundida con la colaboración o los Acuerdos de Colaboración Eficaz regulados en el artículo 16 de la ley 27.401. “La colaboración en cambio -que puede darse o no en conjunto o de manera sucesiva a una autodenuncia- es una circunstancia que debe ser analizada por separado. Presupone una investigación penal en curso (es decir, el hecho ya ha sido descubierto por las autoridades, por la vía que sea). E implica que en esa investigación una persona perseguida (física o jurídica, según regímenes y condiciones distintas), esperando a cambio un beneficio, aporte a la investigación información o pruebas que la perjudicarán (porque permite que avance la investigación en su contra). Y que esta información o pruebas le parezcan al fiscal útiles para esclarecer los hechos, hacer cesar su comisión o efectos adversos, o individualizar o detener a posibles implicados.⁷⁶⁹”

Ahora bien, dicha autodenuncia debe provenir de una actividad propia de detección e investigación de la empresa. En este sentido, MONTIEL realiza una “distinción fundamental de

767 Considerandos del Decreto 277/2018 del 05/04/2018, reglamentario de la ley 27.401.

768 DIURREI, Nicolás. “La autodenuncia y otras exenciones de pena” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 141.

769 MARTÍNEZ, Diego. “EL DILEMA DEL “SELF DISCLOSURE”: LAS EMPRESAS ARGENTINAS FRENTE A LA AUTODENUNCIA POR CORRUPCIÓN” en Centro de Gobernabilidad y Transparencia. Disponible en: <https://www.gobernabilidadytransparencia.com/2018/04/23/el-dilema-del-self-disclosure-las-empresas-argentinas-frente-a-la-autodenuncia-por-corrupcion/> U.A.: 09/02/2020.

investigaciones internas: investigaciones internas *prejudiciales* e investigaciones internas *parajudiciales*. En los arts. 8 y 9 las investigaciones deben dar lugar a una denuncia espontánea de la empresa, esto es, una denuncia que no haya estado movilizada por una acción previa del Estado (intimación, denuncia, etc.). Con ello, los (indirectos) efectos benéficos de las investigaciones internas se refieren a las de carácter *prejudicial*. Esto constituye un premio para la persona jurídica que, en lugar de especular hasta ver si la ilicitud llega hasta los estrados judiciales, se pone espontáneamente a disposición de la Justicia. Puesto que en este último caso se aprecia en la persona jurídica una conducta más fiel a la legalidad, resulta acertada la decisión del legislador de favorecerla punitivamente.⁷⁷⁰

DURRIEU considera que la alusión a una “actividad propia de detección” limita a mecanismos internos de la empresa como una auditoría o un canal de denuncias. “No obstante, ello no quita que se permita obtener dicha información a través de terceros, siempre y cuando sea a través de los canales establecidos que la sociedad tenga constituidos, de acuerdo a su programa de cumplimiento. Para ello, si bien no es obligatorio, cobra especial relevancia contar con una línea de denuncias anónimas abierta a terceros (punto III del art. 23).⁷⁷¹”

Por lo general, el desarrollo de esta actividad investigativa interna va de la mano de la implementación de un Programa de Integridad conforme lo establece el art. 9 inc. b). Ello desde que es un elemento esencial en los mismos un sistema de investigación interno que permita detectar incumplimientos al Código de Conducta o Código Ético de la empresa, y dichos códigos se refieren tanto al cumplimiento de las normas y reglamentaciones legales, como también a aquellas que hacen a la cultura organizacional y valores de la entidad.

Además, y siendo la implementación de estos Programas un requisito para acceder a la eximición de la pena, en los casos que se opte por realizar la autodenuncia de un ilícito probablemente se contará con un Programa que hubiera permitido su detección con anterioridad a las autoridades y que tenga además establecidos los procedimientos de como proceder en estas situaciones, todo lo cual permitirá colocar a la persona jurídica en una situación ventajosa en orden a obtener efectivamente la eximición de la pena.

Tal como señala DURRIEU, en alusión al tratamiento legislativo de la norma bajo análisis, “se pensó que la autodenuncia era una demostración objetiva de que el programa de integridad se encontraba implementado de manera adecuada en la entidad, sin tener que recurrir a la discrecionalidad del juez o fiscal.⁷⁷²”

De allí que se considere con acierto que el diseño de un programa de integridad debe contemplar que, frente a un delito detectado internamente brinde suficientes herramientas para darle un abordaje inmediato, integral y especializado desde las perspectivas disciplinaria, penal, civil, contractual y reputacional y que permita evaluar rápidamente el curso de acción más adecuado (autodenuncia y deslinde de responsabilidades o remediación interna y confidencial)⁷⁷³.

770 MONTIEL, Juan Pablo. “Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance... Op. Cit. Pág. 82.

771 DIURREI, Nicolás. “La autodenuncia y otras exenciones de pena” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 143.

772 *Ibíd.* Pág. 143.

773 MARTÍNEZ, Diego H. “La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 292.

4.2. DEVOLUCIÓN DEL BENEFICIO INDEBIDO

El inciso c), a su vez, dispone como requisito para la exención de la pena la devolución del beneficio indebido obtenido.

En relación a este requisito, y en primer lugar, cabe aclarar que el art. 9º no establece que debe ser concomitante con la denuncia la devolución del beneficio obtenido. “Al respecto, cuando habla que a fin de eximirse de pena la persona jurídica es necesario que los requisitos “concurran simultáneamente”, se refiere a la procedencia del instituto, pero no impide que difiera en el tiempo la devolución. Ello resultará lógico ya que será de difícil determinación *a priori* el beneficio obtenido o intentado. Es más, en los casos complejos el pago debería estar supeditado a lo que en definitiva determine la pericia de los peritos oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en el caso que sea federal).⁷⁷⁴”

Ello en virtud de que el beneficio indebido obtenido no es fácilmente calculable ni se equipara, por ejemplo, a las sumas involucradas en la comisión de uno de los delitos tipificados en el art. 1 de la ley, si no que podría ser mayor o incluso menor o inexistente.

En este sentido, resulta acertada la observación de MARTÍNEZ en relación a la determinación del beneficio indebido: “como habrá de calcularse, a los efectos de su devolución, y qué sucederá cuando no haya un beneficio para devolver, son cuestiones que también pueden despertar interrogantes y poner en peligro la posible exención basada en autodenuncia y *compliance*.⁷⁷⁵”

Quizás resulte importante tener en cuenta que, según el artículo 7, inciso 1, una de las penas aplicables para a las personas jurídicas será una multa de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiera podido obtener.

El modo en que dicha se pena se calculará en la práctica podrá ser aplicado también al inciso bajo análisis, debiendo, también ante los interrogantes generados en este punto, aguardar los lineamientos jurisprudenciales que se vayan creando a partir de la aplicación de la norma a los casos concretos.

4.3. IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTROL Y SUPERVISIÓN ADECUADO

Finalmente, el inc. b) del artículo 9 establece la necesidad de haber implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de dicha ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.

Vemos así nuevamente la aplicación de un sistema mixto de responsabilidad, donde el modelo objetivo de atribución de responsabilidad se ha visto atenuado mediante la inserción de circunstancias que permitirían eximir de pena a la persona jurídica que contaba con programas de control idóneos en los términos establecidos por la legislación y reglamentación aplicable.

“A la ley 27.401 no subyace una lógica de “castigo absoluto” de la persona jurídica que comete como autor o como partícipe alguno de los delitos plasmados en su art. 1º, esto es, no prevé castigar a la persona jurídica siempre que ella aparezca involucrada en esos delitos. Más bien, la lógica de la ley parece ser que la empresa únicamente va a responder penalmente cuando el delito deje

774 DIURREI, Nicolás. “La autodenuncia y otras exenciones de pena” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...Op. Cit.* Pág. 141.

775 MARTÍNEZ, Diego H. “La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance....* Pág. 293.

interpretarse como el *output* de una organización defectuosa o bien cuando pueda retrotraerse ese delito a una conducta negligente o dolosa de la persona jurídica. Diferentes pasajes de la ley dan cuenta de ello.

Ello sucede especialmente respecto a los sistemas de integridad que cumplen con los estándares fijados en los arts. 22 y 23, dado que la comisión de alguno de los delitos del art. 1º no obsta a que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal cuando se dispone de un sistema de integridad idóneo.⁷⁷⁶

Como podemos ver, el artículo 9, inc. b), nos remite necesariamente al análisis de los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401, lo que a su vez nos remitirá a la reglamentación y lineamientos dictados en consecuencia. Así, tenemos en primer lugar que el artículo 22 del Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas establece:

“Programa de Integridad. 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.”

Aunque de la redacción de la norma se deduce que la implementación de los programas de integridad es meramente facultativa, en virtud del artículo 24, la misma se torna obligatoria para aquellas personas jurídicas que contraten con el Estado nacional en el marco de los contratos allí definidos⁷⁷⁷.

Asimismo, su implementación se torna obligatoria para que resulte procedente la exención de la pena prevista en el artículo 9. De allí que, en la práctica, debería existir interés por todas las personas jurídicas en crear un sistema de control y supervisión que les permita acceder a este beneficio de darse las circunstancias previstas.

El segundo párrafo del artículo transcrito contiene ciertos lineamientos a tener en cuenta en la implementación de un Programa de Integridad, mientras que el artículo 23 se centra en el contenido del mismo, diferenciando elementos “obligatorios” de los “voluntarios”, aunque dicha distinción es objeto de múltiples críticas.

Asimismo, mediante el Decreto 277/2018 se delegó en la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecer los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la mencionada ley.

776 MONTIEL, Juan Pablo. “Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance... Op. Cit.. Pág. 74.

777 LEY 27.401. ARTÍCULO 24.- Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que:

a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y

b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4º del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

En consecuencia, con fecha 1/10/2018⁷⁷⁸ la Oficina Anticorrupción, en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, elaboró dichos lineamientos, los que fueron aprobados mediante la Resolución 27/2018 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.

Estos lineamientos, elaborados a partir de los aportes de los ciudadanos y de expertos en la materia, pretenden ser una guía técnica a empresas, organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, agencias estatales, operadores del sistema de justicia, etc. a fin de que cuenten con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura y sus procesos a efectos de prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción, así como para implementar Programas de Integridad adecuados y evaluarlos de acuerdo a pautas técnicas objetivas⁷⁷⁹.

Conviene comenzar el análisis de este requisito especificando que se entiende por Programas de Integridad -Programas de Cumplimiento o Programas de *Compliance*- y el alcance que ha pretendido darle nuestra legislación al establecer grandes incentivos para su implementación en el seno de las personas jurídicas.

“Se define a los programas de cumplimiento como el conjunto de esfuerzos sistemáticos realizados por los integrantes de una empresa para asegurar que las actividades de la misma sean llevadas a cabo sin vulnerar la legislación aplicable. El programa de cumplimiento debe tender a que la empresa no reciba sanciones, mediante la reducción de conductas delictivas en el desarrollo de la actividad comercial y se realiza a través de un plan para actuar con estricto apego a la legalidad y estableciendo un adecuado sistema de monitoreo de su cumplimiento.”⁷⁸⁰

En el Derecho Comparado su implementación no resulta novedosa, mientras que en nuestro país, se limita a multinacionales y empresas que deben contar con el mismo en forma obligatoria, ya sea por quedar abarcadas por reglamentación específica o por tratarse de empresas que contratan con el Estado Nacional en las condiciones establecidas en el artículo 24 de la ley 27.401.

Con la sanción de la presente ley, y aunque su incorporación no es obligatoria -salvo para quienes deseen contratar con el Estado Nacional-, se ha pretendido crear un incentivo para la implementación de Programas de Integridad en tanto contar con él es requisito indispensable para la exención de la pena que podría caberle a la persona jurídica y también para intentar llegar a un Acuerdo de Colaboración Eficaz (art. 16 y ss. de la ley 27.401).

Asimismo, la incorporación de este tipo de Programas fomenta el cumplimiento normativo -conocido como *Compliance*- entendido no solo como cumplimiento de la legislación vigente que le resulta aplicable a la empresa -derecho positivo, identificado como *Hard law*-, sino también de aquellas normas que integran el llamado *Soft Law*.

Por *Soft Law* generalmente se entiende el conjunto de normas, principios y valores que una entidad decide cumplir en forma “voluntaria” y que, en la mayoría de los casos, integra su Código Ético o de Conducta. También se lo identifica como las recomendaciones o buenas prácticas

778 Fecha de emisión. La fecha de publicación fue 4/10/2018.

779 Considerandos del Decreto 27/2018 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de 1/10/2018.

780 Artaza Varela, Osvaldo, “Programas de cumplimiento”, en Mir Puig, Santiago - Corcoy Bidasolo, Mirentxu - Gómez Martín, Víctor (coord.), Responsabilidad de la Empresa y Compliance, BdeF, 2014, ps. 231-271, p. 237 citado por ROBIGLIO, Carolina. “Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales” DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 69.

imperantes en la materia -Normas ISO, Guías de buenas prácticas, *Integrity Compliance Guidelines*, etc.-.

En la práctica, se produce una yuxtaposición del *Hard Law* y del *Soft Law*, tendiendo el *Compliance* o Cumplimiento Normativo a crear una cultura de cumplimiento en todos los miembros de la empresa desde las mas altas a las mas bajas jerarquías, en el entendimiento de que fomentar el respeto de los valores de la compañía incidirá en el acatamiento de las leyes y regulaciones.

A ello debe añadirse que los Programas de Integridad, no son solo un conjunto de medidas tomadas por la empresa para la prevención de la comisión de delitos en su interior, sino que también funciona como un esquema de detección y reacción frente a la comisión de aquellos. De allí que las actividades proactivas de la empresa frente a la alerta de comisión de un comportamiento delictivo en su esfera de competencia pueden configurar un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal del ente⁷⁸¹.

Ahora bien, debemos partir de que los riesgos de incumplimiento a los que cada empresa se expone variarán según el tipo de actividad que realice dado que hay sectores más o menos regulados, también dependerá de su tamaño, el número de empleados que posea, la sociedad en que se encuentre inserta, el grado de desarrollo de un Programa de Integridad y la eficiencia del mismo, de contar con uno.

Por supuesto, que el Programa de Integridad de una PyME no resultaría adecuado para una multinacional que cotice en bolsa y que realice contrataciones millonarias con el Estado en el marco de licitaciones públicas. De igual manera, la aplicación mecánica del Programa de Integridad en forma inversa resultaría igual de inadecuado.

No se trata pues de contar con un Programa extenso y complejo, sino que, tal como la ley ha dispuesto, de que el mismo sea “adecuado” según la actividad que desarrolle cada empresa.

Dicho parámetro será objeto de apreciación judicial y dependerá de la prueba que se rinda en el caso concreto. Así, y más allá de que ello puede dar lugar a ciertas arbitrariedades, lo real y cierto es que es imposible diseñar un Programa que resulta lo suficientemente laxo para adaptarse a todas las personas jurídicas abarcadas por la ley.

De por sí, “la existencia de un sistema de integridad es un dato que genera la presunción *iuris tantum* de que la persona jurídica se encuentra correctamente organizada o, al menos, organizada de tal manera que no resulta sencillo a las personas físicas cometer delitos.”⁷⁸²

No obstante, y tal como sostiene ROBIGLIO, “Debe tenerse en cuenta que ante la comisión de un delito, la mera existencia de un programa de cumplimiento no habilita a deslindar responsabilidades que en verdad se tienen. Por tal razón en cada caso será necesario ponderar adecuadamente el manual en función de su contenido contrastado con las particularidades de la empresa, ya que, por ejemplo podría haberse adoptado un programa que prevea unos controles sólo aparentes, en cuyo caso, no cumpliría con su cometido...”⁷⁸³

781 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. “El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...* Op. Cit. Pág. 93.

782 MONTIEL, Juan Pablo. “Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...* Op. Cit. Pág. 75.

783 ROBIGLIO, Carolina. “Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance...* Op. Cit. Pág. 93.

Para evitar estos “Programas de papel”, mediante los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401, y su reglamentación mediante el Decreto 277/2018 y la Resolución 27/2018, se ha pretendido brindar a los destinatarios de la ley, así como a los Jueces, directrices claras para su implementación y valoración judicial respectivamente a fin de determinar si el mismo es “adecuado” de conformidad a la exigencia del art. 9 inc. b) de la LRPPJ.

Es por ello que a continuación se analizarán los criterios y elementos mencionados por dichos artículos, siguiendo el orden establecido por la legislación, aunque no se comparta el método de clasificación empleado en la misma como se explicará en el desarrollo del siguiente apartado.

4.3.1. LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 27.401

En primer lugar, el art. 22 de la ley 27.401 comienza definiendo los Programas de Integridad como 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 dicha ley.

En este punto, y tal como se expuso en el apartado 4.3., los programas de cumplimiento persiguen algo más que el mero acatamiento del derecho positivo. Para comprender los mismos de manera integral debemos ubicarnos en un contexto de ética empresarial, donde la implementación de *Compliance* se realiza no sólo por una exigencia normativa, si no por el convencimiento, a nivel organizacional, de que el cumplimiento normativo -en su interpretación amplia- redundará en beneficio no sólo de la organización si no también de la sociedad -responsabilidad social empresarial.

Incluso pensándolo más allá del *Compliance Ético*, la implementación de estos sistemas trae aparejado innumerables ventajas para las personas jurídicas, “tales como una mejor reputación en el mercado, una mayor integridad y transparencia interna, mejores herramientas para controlar el fraude interno y desarrollar estrategias de sostenibilidad, un compromiso más fuerte de los trabajadores con los intereses de la compañía, una mayor atracción de recurso humano de calidad, una mayor competitividad y eficiencia, entre muchos otros.”⁷⁸⁴

Continúa el mencionado artículo disponiendo que el programa de integridad a implementarse 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.

Este artículo debe ser analizado ponderando el carácter de “adecuado” que requiere el art. 9 inc. b) para que proceda la exención de la pena. Sólo si se cumple con estos criterios y, además, se incluyen los elementos obligatorios del art. 23 primera parte, la persona jurídica puede aspirar al beneficio de la exención.

De esta manera, la reglamentación ha brindado nociones generales sobre estas pautas, debiendo siempre tenerse presente que la efectiva implementación variará de empresa a empresa teniendo en cuenta justamente los parámetros a analizar:

a. **Riesgo:** El riesgo ha sido definido como la posibilidad de que ocurra alguna de las conductas delictivas previstas en el artículo 1 de la Ley. En consecuencia, se recomienda diseñar el Programa considerando tanto la posibilidad de ocurrencia como al impacto potencial asociado a ello. La determinación de los riesgos y su posible configuración concreta es tomada como un paso previo

784 OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Ley 27.401. Responsabilidad penal de Personas jurídicas. Ed. SAIJ, febrero del 2019. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.bibliotecadigital.gob.ar Pág. 22.

decisivo para el diseño del Programa. La reglamentación proporciona Indicadores de riesgos que pueden servir de guía o parámetro para el mapeo inicial de riesgos.

b. **Dimensión:** En relación a esta pauta la reglamentación se ha limitado a mencionar variables que deben ser tenidas en cuenta para el diseño e implementación del Programa: complejidad de la organización interna, configuración de las funciones de los diversos mandos, cantidad de trabajadores, dispersión de sedes, etc. Sin embargo, no ha dado pautas objetivas que permitan catalogar una empresa como de mayor o menor talla, y en consecuencia, determinar que es lo esperable de cada una en razón de este criterio.

c. **Capacidad económica:** Al igual que en la pauta anterior, la reglamentación se limita a manifestar que a mayor capacidad económica mayores exigencias en virtud de sus posibilidades de acceder a servicios de profesionales y de costear un Programa sofisticado y complejo. También menciona variables (patrimonio neto, facturación y resultados de cada ejercicio), pero no delimita una distinción de personas en virtud de montos determinados.

Como puede deducirse, estos preceptos resultan fundamentales para poder valorar un sistema de *compliance*, pero especialmente para concluir si este sistema es lo suficientemente sólido como para habilitar la exclusión de pena. No obstante, no es mucha la luz que la reglamentación ha arrojado en relación a estos criterios, limitándose a exponer conclusiones que en materia de *Compliance* son bien conocidas por sus operadores.

En consecuencia, deberemos esperar a que judicialmente se analice el carácter “adecuado” de un Programa de Integridad para poder definir, en virtud de estos criterios, y mediante un método comparativo, si éstos guardan relación con los riesgos, dimensión y capacidad económica de una empresa determinada.

4.3.2. ELEMENTOS DE UN PROGRAMA DE INTEGRIDAD

Como adelanté, la ley ha diferenciado entre elementos que obligatoriamente deben estar presentes en un Programa de Integridad, de aquellos cuya inclusión es voluntaria pero que, en definitiva, serán necesarios para que el mismo pueda calificar como “adecuado” en los términos de la legislación (art. 9 inc. b, Ley 27.401).

Por supuesto que, llegado el caso, será necesario someter el mismo a un análisis judicial a fin de que se determine si el requisito se encuentra cumplido a los fines de proceder a la exención de la pena que pudiera corresponderle.

Para una mejor exposición seguiré la estructura de la norma en el análisis de los elementos de un Programa de Integridad, aunque la distinción entre elementos obligatorios y voluntarios merece una crítica en tanto no se condice con la realidad en la implementación de los mismos. Si bien ello será analizado en cada caso en particular, puedo adelantar que el establecimiento de un Oficial de Cumplimiento, sistemas de investigación, canales de denuncia, o análisis periódico de riesgos son elementos esenciales de un Programa de Integridad y que deberán cumplirse, no porque la ley los imponga obligadamente, si no porque será muy difícil que puedan considerarse adecuados si no cuentan con tales elementos.

4.3.2.1. Elementos obligatorios:

Comienza el artículo 23 de la Ley 27.401 estableciendo en su primer párrafo los elementos que el Programa de Integridad **debe** contener, es decir, obligatoriamente. Aunque ello debe analizarse a la luz de lo expuesto precedentemente, resultando legalmente obligatorios, pero no necesariamente indispensables en un Programa de Integridad.

A los fines de su tratamiento, procederé a tratar cada uno de manera separada, aclarando que el profuso desarrollo que cada uno de ellos tiene me impide su tratamiento en profundidad dada la finalidad del presente, remitiendo al lector a las fuentes aquí citadas para un estudio más completo del tema.

a. Un Código de ética o de conducta:

El primer elemento mencionado en el inciso a) del artículo 23 consiste en *“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”*.

Considero necesario partir el análisis de este elemento diferenciando el Código de Ética o de Conducta del Programa de Integridad en sí, dado que es usual que los mismos sean equiparados o se considere que una empresa cuenta con un Programa de Cumplimiento por el solo hecho de contar con un Código Ético cuando en realidad este es tan solo un elemento más de estos Programas que ninguna relevancia tendría en la práctica si no se dieran el resto de los elementos que permitirían alcanzar los objetivos perseguidos mediante su implementación.

Un Código de Ética suele agrupar en un solo documento las políticas de integridad generales aplicables a todos los miembros de una empresa, e incluso, también a terceros. Aunque esto último suele depender de la dimensión e importancia de una empresa, lo que le permitirá imponer sus valores y principios a aquellas personas con las cuales se relaciona.

Tal como expresa la reglamentación, este documento suele contener: los valores de la organización, pautas éticas que guíen el obrar de todos los integrantes, prohibiciones claras y expresas de los comportamientos indebidos, sanciones en caso de incumplimiento. Aunque añade expresamente que, *“como base mínima para resistir una evaluación crítica a la luz de la Ley N° 27.401, su simple lectura debe permitir afirmar que contempla suficientemente los riesgos asociados a los delitos del artículo 1.”*⁷⁸⁵

b. Reglas y Procedimientos específicos:

El segundo elemento mencionado como obligatorio por la legislación consiste en *“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”*.

En este punto, la redacción de la norma ha pecado de limitada o sectorizada. Un Programa de Integridad adecuado debería contar con reglas y procedimientos que permitan prevenir ilícitos en general, o, si se quiere, al menos los tipificados por el artículo 1.

En este sentido ha observado correctamente la reglamentación que estas reglas y procedimientos deberían cubrir toda infracción relevante con el sector público, o, para ser más precisos, con sus integrantes.

Por lo tanto, la existencia de este elemento incluirá una política de regalos y hospitalidades, que por lo general integrarán el Código Ético, aunque nada obsta a que se regule detalladamente en un documento independiente que cuente con la debida publicidad y circulación, sobre todo en el

785 OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Lineamientos... Op. Cit. Pág. 41.

marco de actividades en que la interacción con el sector público es alta, y en consecuencia, mayor es la exposición a los riesgos de cometer esta clase de ilícitos.

Igualmente, pueden implementarse procesos en el marco de estas interacciones que limiten la discrecionalidad o la actuación individual de una determinada persona o sector. Aunque ello guardará relación con los procedimientos de auditoría y monitoreo que por lo general son parte integrante de estos Programas.

c. Capacitaciones periódicas:

El último requisito coercitivo consiste en *“La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.”*

Nos encontramos aquí con un elemento esencial para el éxito de un Programa de Cumplimiento. Así como no puede esperarse que el mismo alcance gran desarrollo en el marco de una empresa que no cuente con un mínimo de cultura de cumplimiento desarrollado, no puede pretenderse que los miembros de la empresa se involucren, cumplan, participen e implementen un Programa cuyo funcionamiento no conocen.

No se trata de presentar el Programa de Integridad en forma teórica o en un mero “acto inaugural” del mismo, si no de que, y en este punto es asertiva la reglamentación, las capacitaciones deben ser algo más que una mera transmisión de conocimientos. “Para ser efectiva, debe estar focalizada en valores, asegurando su efectiva comprensión e internalización por los integrantes, evitando convertirse en una mera divulgación de contenidos⁷⁸⁶.”

Y en este sentido ningún colaborador queda exento de participar de estas capacitaciones, ya que, como la propia ley lo exige, las mismas deben estar dirigidas a directores, administradores y empleados, debiendo ponerse especial énfasis, a mi entender, en los mandos altos y medios (*tone at the top* y *tone at the middle*), que es donde suelen concretarse los delitos tipificados por la norma.

Debemos añadir que estas capacitaciones deben ser periódicas, en el entendimiento de que el Programa de Cumplimiento se integra a la vida de una empresa en forma dinámica y activa, motivo por el cual los procesos se irán profesionalizando y adquiriendo mayor complejidad, lo que requerirá a su vez que el plantel pueda seguir estos avances para evitar un desfase que torne inadecuado el Programa.

4.3.2.2. Elementos Voluntarios:

En el siguiente párrafo, el artículo menciona elementos que **podrán** estar presentes en un Programa de Integridad, dotándolos de un carácter un tanto voluntario que en nada se condice con la importancia que los mismos revisten en un Programa de Integridad.

a. El análisis de riesgo y la consecuente adaptación del programa de integridad

Hemos expuesto que el riesgo propio de la actividad desplegada por la persona jurídica será un criterio a tener en cuenta al momento de implementar un Programa de Integridad. En consecuencia, no será posible prescindir de un análisis de riesgo, tanto en forma previa a su diseño e implementación como también en forma periódica, en el marco de su monitoreo y revisión.

786 OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Lineamientos... Op. Cit. Pág. 48.

Así, y tomando el procedimiento desarrollado en extenso por PAGANO⁷⁸⁷, el proceso de evaluación de riesgos importa seis etapas bien diferenciadas: 1) La identificación de riesgos; 2) El desarrollo de criterios de evaluación; 3) La evaluación de riesgos; 4) La evaluación de las interacciones de riesgo; 5) El establecimiento de prioridades de riesgos según la exposición; y 6) La respuesta a los riesgos.

Por supuesto, el desarrollo de cada una de estas etapas excede el presente, limitándome a señalar que aun cuando su determinación varía de autor a autor, lo importante, y que en definitiva será relevante al momento de valorar si el Programa de Integridad resulta “adecuado” será que el análisis de riesgos se realice sobre los resultados concretos de la empresa en la cual se aplica, obtenidos a través de información recabada en el seno de la organización mediante procedimientos documentados y que reflejen la realidad de la persona jurídica, única manera de concluir que el Programa ha sido adaptado a esa empresa y responde a las necesidades que ésta presenta en materia de prevención de los ilícitos del art. 1.

b. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia

Este elemento es conocido generalmente en *Compliance* como *tone at the top* e importa justamente el apoyo de la alta dirección de la empresa a las políticas de integridad implementadas.

Es decir, que la alta gerencia deberá brindar respaldo y compromiso al Programa de Integridad en forma continua, fomentando y difundiendo los valores de la empresa, en especial mediante una declaración de tolerancia cero a la corrupción y desviaciones normativas de cualquier tipo. De esta manera, quienes ocupan el rol de líderes dentro de la organización transmitirán los estándares de conducta que se esperan de ellos no solo a los miembros de la organización si no también a los terceros con quienes se relaciona.

Con el tiempo, se ha desarrollado también la idea de *tone at the middle*, por la importancia que revisten los mandos medios en las empresas, en especial, en la puesta en práctica de este tipo de iniciativas.

“El liderazgo de los ejecutivos y el alto *management* alienta a los empleados y socios comerciales a comportarse legal y éticamente, de acuerdo con los requisitos del Programa de Integridad (...) Los mandos medios llevan el estandarte: los supervisores y gerentes del nivel medio convierten los principios en prácticas. Utilizan el mensaje para promover actos éticos.”⁷⁸⁸

Este elemento debe ser analizado dentro de lo que se conoce como Buen Gobierno Corporativo, dado que el *Compliance* ha pasado a ser un tema fundamental desde el fenómeno que se conoce como “privatización del *esforcement*” y que ha importado un incremento en la responsabilidad del Directorio, cada vez mas interesado en la correcta implementación de los Programas de Cumplimiento, y en demostrar su apoyo inequívoco a los mismos para lograr la mayor adhesión posible en el entendimiento de que ello redundará en beneficio de la organización -económico, reputacional, penal, etc.-.

c. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos

787 PAGANO, Alfredo. “El proceso de evaluación de riesgos de Compliance” en SACCANI, Raúl R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo I, p. 434-437.

788 SACCANI, Raul R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. “Definiendo Compliance y los Programas de Integridad” en Saccani, Raúl R. y Morales Oliver, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo I, p. 18.

La legislación se ha referido aquí a uno de los elementos de mayor importancia dentro de un Programa de Integridad, los canales de denuncia o *whistleblowing*, pues de nada serviría plasmar en Códigos Éticos principios como “Tolerancia Cero a la Corrupción”, o reglamentar en forma minuciosa un proceso de licitación si en la práctica no resulta posible denunciar las irregularidades e incumplimientos al Programa.

Se trata, en definitiva, del establecimiento de un medio de comunicación -o varios- que permitan poner en conocimiento de la organización -en el supuesto de *whistleblowing* interno- o del agente designado para ello - *whistleblowing* externo- de irregularidades, actos sospechosos o delitos, lisa y llanamente, en especial los mencionados en el art. 1 de la Ley 27.401, que pudiera haber sido cometido por o en beneficio de la persona jurídica que se trate.

La ley va un poco más allá y exige que los canales de denuncia se encuentren abiertos a terceros y estén adecuadamente difundidos. Es decir, no se debe limitar a los miembros de la organización -quienes probablemente en la práctica se encuentren más cohibidos al momento de efectuar una denuncia-, si no que debe permitirse que cualquiera que detecte una irregularidad pueda denunciarla, en cuyo caso, un adecuado sistema de investigación interno evitará vulnerar los derechos del denunciado.

En cuanto a la difusión, suele ser habitual su inclusión en la página web de la empresa, aunque también en los Códigos de Ética que se distribuyen entre el personal y terceros interesados - proveedores, accionistas, inversores, grandes clientes-. Por lo general allí se establecerán los datos mínimos que se requerirán para efectuar una denuncia, pudiendo distinguirse en este punto aquellos que admiten denuncias anónimas, como es el caso de la Sección 301 de la *Sarbanes Oaxley Act*⁷⁸⁹- de quienes no las permiten.

d. Una política de protección de denunciantes contra represalias

La contracara de la habilitación de un canal de denuncias es la correspondiente protección del denunciante contra las represalias que el mismo puede sufrir por hacer uso de los mismos.

Así, y si bien lo usual es pensar en represalias hacia empleados que denuncian a superiores jerárquicos o a compañeros dentro de la organización, éstas pueden ser de la más diversa índole, y dirigirse y perjudicar a quienes no necesariamente son empleados de la persona jurídica, como sería el caso de un pequeño proveedor al que se le genera mala reputación en el mercado a modo de represalia por una denuncia efectuada en este contexto.

Cada empresa podrá, a través de su Programa, implementar la política de protección que estime más adecuada, ponderando que una fuerte protección del denunciante será mayor incentivo para realizar las denuncias, pero, a su vez, puede dar lugar a un uso abusivo del mismo vulnerando los derechos de quien es acusado de la comisión de las irregularidades, incumplimientos e ilícitos.

e. 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

Además de ser un elemento propio de los Programas de Integridad, indirectamente, también resulta necesario para el cumplimiento del artículo 9 inc. a) de la Ley 27.401, atento a que según éste, no resulta suficiente haber tomado conocimiento en forma casual de la comisión de uno de los delitos del art. 1, si no que ello debe haber sido consecuencia de una actividad propia de

789 Nota al pie N° 23 de MONTIEL, Juan Pablo. “Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad” en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance...Op. Cit. Pág. 79.

detección e investigación interna, lo que solo sería posible si se cuenta con un sistema en las condiciones aquí descritas.

A su vez, es necesario mencionar que el artículo 8 también menciona *la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna* como uno de los criterios para tener en cuenta a los efectos de la graduación de la pena.

Esta investigación interna previa que debe existir, permitirá además presentaciones o denuncias serias ante la justicia, realizadas luego de un procedimiento preestablecido que permitió descartar *a priori* conductas que no configurarían delitos o ilícitos sancionados por la ley.

Los sistemas de investigación exigidos por la ley deben respetar los derechos de los investigados, esto es, procurar que puedan ejercer su derecho de defensa, ya sea brindando su relato de los hechos, ofreciendo prueba, incluso participando en el control de los procedimientos llevados en su contra siempre que ello no pusiera en peligro los resultados de la investigación.

La ley también establece que estos sistemas deben imponer sanciones efectivas a las violaciones al Código de ética o conducta. La reglamentación ha considerado indispensable en este sentido que dichas sanciones estén claramente establecidas por escrito y sean pertinentes y proporcionales, y establecer, junto con el protocolo de investigaciones, una política disciplinaria justa, clara y transparente.

Otro aspecto que reglamenta son los resultados posibles de las investigaciones: amplias posibilidades de reacción y remediación, responsabilidad disciplinaria, autodenuncia, acciones civiles, aplicación de penalidades y terminaciones contractuales.

f. 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.

En primer lugar, conviene iniciar delimitando quienes revisten la calidad de terceros a estos efectos. La reglamentación menciona, a modo ejemplificativo a: Sucursales, Filiales, Socios en Uniones Transitorias, Distribuidores, Agentes, Representantes legales, Intermediarios, Gestores, Lobistas, Contratistas, Subcontratistas, Consultores, Despachantes de aduana, Proveedores, Prestadores de servicios, Clientes, entre otros, haciéndose énfasis en que la determinación de los mismos dependerá de cada empresa en particular.

Ello desde que la debida diligencia hacia terceros encuentra fundamento en que el art. 2 de la ley 27.401 ha establecido que las personas jurídicas serán responsables por los delitos previstos en el artículo 1, siempre que hubieran sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Es decir, la actuación de terceros en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica pueden determinar su responsabilidad.

En ese caso, se trataría de terceros que de alguna manera tuvieran atribuciones para actuar en su representación, pero incluso si no la tuviesen, la persona jurídica será responsable si ratifica la gestión de ese tercero aun en forma tácita (art. 2 segundo párrafo, Ley 27.401).

Vistas las consecuencias que el obrar de terceros puede tener en la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, la comprobación de su integridad y trayectoria redunda en beneficio de estas últimas.

El modo en que tales procedimientos se llevarán a cabo dependerá del diseño de cada Programa, involucrando por lo general políticas que permitan, en primer lugar, conocer al tercero -donde opera, de que manera, quienes son a su vez sus socios de negocios, si cuenta con Programas de Integridad, etc.-, darle a conocer la posición de la empresa en relación al cumplimiento de su Programa de *Compliance* y el sistema de valores en que se apoya el mismo así como aplicar también en relación a ellos controles periódicos que permitan mantener información actualizada acerca de los mismos.

g. 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

En este punto puede decirse que la ley ha sido reiterativa, o bien ha incluido un supuesto particular dentro del general que es la debida diligencia (tratada en el inciso anterior). Ello desde que, por lo general, la comprobación de la integridad y trayectoria de terceros involucra *per se* a los socios de negocios con los cuales una persona se involucra en el marco de una transformación societaria (fusión, escisión o transformación) o de una adquisición, en tanto revisten el carácter de terceros conforme lo explicitado.

Por supuesto, la importancia de este tipo de operaciones amerita controles rigurosos a fin de determinar la existencia de irregularidades, hechos ilícitos y vulnerabilidades de las personas involucradas, no obstante, no comparto que exista fundamento para que la norma establezca una exigencia adicional en estos casos, máxime cuando el art. 3 dispuso la responsabilidad sucesiva para estos supuestos, por lo que, en todo caso, la aplicación de los procedimientos de debida diligencia en estos casos en particular redundaría en beneficio -o perjuicio- exclusivo de las personas jurídicas involucradas.

h. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad:

Este elemento también resulta primordial dentro de un Programa de Integridad, dado que, “a medida que los programas de cumplimiento maduran, estos elementos sirven como una fuente inestimable de información sobre los desvíos en el comportamiento esperado, y que pueden abrir la ventana a posibles riesgos materiales o sistémicos.”⁷⁹⁰

En este sentido, el monitoreo y evaluación continua permitirán detectar falencias en la implementación del Programa, así como mantener un conocimiento actualizado de los riesgos a los que se encuentra expuesta la persona jurídica a fin de ajustar los procedimientos para su oportuna detección y gestión eficaz.

i. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad:

Este responsable interno al que hace referencia la ley es conocido como Oficial de Cumplimiento o *Compliance Officer* -su puesto dentro de las grandes organizaciones también es denominado CCO, por *Chief Compliance Officer*-.

Su participación dentro de un Programa de Integridad resulta determinante para su éxito, en tanto dicho rol debe ser desempeñado por un experto en la materia, que sea capaz de desentrañar la esencia de la persona jurídica, su cultura organizacional, su actividad económica, el sector en que

790 SACCANI, Raul R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. “Definiendo Compliance y los Programas de Integridad” en Saccani, Raúl R. y Morales Oliver, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo I, p. 90.

se desempeña, y demás características que le permitirán trabajar en el diseño e implementación de un Programa adecuado en los términos de la ley.

Sin embargo, su participación no se limita al diseño de un Programa para entregarlo a una persona jurídica una vez que el mismo esté listo para su implementación, si no que, como responsable del mismo, debe velar por su estricto cumplimiento, revistiendo la calidad de máxima autoridad en materia de *Compliance*.

Incluso dentro de la organización se recomienda que el Oficial de Cumplimiento posea determinada autoridad e independencia en su rol, lo que le permitirá tomar decisiones difíciles e imparciales que pueden involucrar a los mandos altos o medios de la empresa.

j. 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:

Finalmente, el cumplimiento de las reglamentaciones vigente no puede ser un elemento de un Programa de Integridad, si no más bien una exigencia o un criterio para juzgar si el mismo resulta suficiente o adecuado. Por supuesto, cumplir con tales reglamentaciones resulta de suma importancia, y, en este sentido, es elogiada la tarea de la Oficina de Anticorrupción en la redacción de los Lineamientos para la Implementación de los programas de Integridad.

Así, al día de la fecha, la Oficina Anticorrupción, tomando como fuentes documentos propios, de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales, y de organizaciones y doctrina especializada, ha reglamentado los arts. 22 y 23 de la Ley 27.401 mediante la redacción de dichos lineamientos, los que fueron aprobados como Anexo I de la resolución 27/2018 de la Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción con fecha 1/10/2018.

Asimismo, en el entendimiento de que los lineamientos allí establecidos estaban orientados en mayor medida a empresas de considerables recursos y grandes dimensiones, y que, por tanto resultaba imprescindible diseñar pautas específicas que pudieran guiar a las pequeñas y medianas empresas en el proceso de implementación de una cultura de integridad, la Oficina Anticorrupción redactó la “guía complementaria para la implementación de Programas de Integridad en PYMES”, la que fue aprobada como Anexo I de la Resolución 36/2019 de la Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción con fecha 8/11/2019.

El cumplimiento de las directrices allí estipuladas servirá tanto de guía para las empresas, sus oficiales de cumplimiento como también a los funcionarios públicos que deberán poseer conocimiento en materia de Programas de Integridad a fin de juzgar adecuadamente su implementación, y, en definitiva, definir si una persona jurídica se encuentra en condiciones de acceder al beneficio establecido por la ley.

5. CONCLUSIÓN

La determinación de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos mencionados en el art. 1 de la Ley 27.401 es una decisión de política criminal que encuentra sus fundamentos en la necesidad de adecuar nuestra legislación a los estándares internacionales en la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos y el soborno transnacional.

Lo es también el factor de atribución “eclectico” que ha decidido tomarse y que algunos autores identifican como una responsabilidad objetiva atenuada. Se trata, en definitiva, de incentivar a las

personas jurídicas a fin de que tomen un papel más activo en esta lucha, que se ha convertido en un flagelo presente en todas las legislaciones, pero de manera más acuciante en nuestro país y en América Latina.

En un contexto donde las personas jurídicas han adquirido preminencia en el mundo económico, ejecutándose a través de los mismos negocios de gran envergadura en donde por lo general tienen lugar las acciones tipificadas por la ley, y habiéndose alcanzado un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial en relación a su naturaleza jurídica y su capacidad de actuación, no es posible continuar negando su responsabilidad con fundamento en teorías que datan del s. XVIII.

Es por ello que concuerdo plenamente con la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, celebrando la sanción de esta ley como un paso más en la lucha contra la corrupción, y en el entendimiento de que el Estado no puede, por sí sólo, prevenir la comisión de estos delitos.

La posibilidad de la exención de la pena ha sido incorporada como un incentivo que permitirá a las personas jurídicas eludir la pena que pudiera corresponderle si cumplen con los estrictos requisitos establecidos por la norma. Requisitos cuyo cumplimiento no será un mero trámite para los interesados si no que importarán un fuerte compromiso por parte de la empresa en la prevención de estos ilícitos.

Los Programas de Integridad han pasado a ser la “estrella” cuando se habla de responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que sólo su implementación oportuna y adecuada colocará a estas últimas en condiciones de aspirar a los beneficios establecidos por la legislación: exención de pena, reducción de condena o acuerdos de colaboración eficaz. En estos últimos dos casos de manera indirecta, previa o posterior, respectivamente.

Así, nuestra legislación se ha puesto a tono, no sólo de países del primer mundo, si no también de otros países de la región que desde hace varios años le han dado gran preminencia a los Programas de Cumplimiento en esta materia.

Por supuesto, solo el tiempo podrá demostrar de que manera estos institutos, surgidos en el extranjero e importados a nuestra legislación, lograrán hacer mella en la cultura organizacional de las diversas empresas y organizaciones, y, sobre todo, que tan exitosos serán los resultados que se esperan con su implementación.