

GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 27.401 PARA FISCALES

Responsabilidad penal de personas jurídicas
por hechos de corrupción en Argentina



JUAN PABLO MONTIEL (DIR.)
CECILIA GOYENECHÉ (COORD.)

Guía de Implementación de la Ley N° 27.401 para Fiscales / CRIMINT
Jujuy, 1ra. edición: 2021.

ISBN 978-987-88-3035-3

Libro digital, E-Book

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en:
www.crimint.org

Los contenidos de esta publicación son de libre reproducción en todo o en parte,
citando la fuente

Distribución gratuita. Prohibida su venta.



GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY Nº 27.401 PARA FISCALES

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS
POR HECHOS DE CORRUPCIÓN

Juan Pablo Montiel (dir.)

Cecilia Goyeneche (coord.)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	1
METODOLOGÍA DE TRABAJO	2
RECOMENDACIONES DE USO DE LA GUÍA	4
GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN	5
I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Nº 27.401	6
1. Catálogo de delitos	6
2. Personas jurídicas comprendidas por la ley	7
II. PRESUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	9
1. Explicación preliminar	9
2. Responsabilidad originaria	9
a. Modelo de RPPJ receptado por la Ley Nº 27.401	9
i. ¿Por qué es importante conocer el modelo de RPPJ?	9
ii. Principales modelos de RPPJ	10
iii. Modelo de atribución de responsabilidad adoptado por la Ley 27.401	11
b. Requisitos de la atribución del delito a la persona jurídica (art. 2)	13
i. Comisión de un delito del catálogo por la persona física	13
a. Criterio general	13
b. Prueba y existencia del hecho principal	14
ii. Criterios de transferencia	14
a. “Con su intervención”	14
b. Representación	15
c. Existencia de beneficio o interés	17
c. Resumen	17
3. Responsabilidad sucesoria	17
a. Objetivo de la regulación	17
b. Supuestos	18
c. Límite temporal para enmarcar la investigación	19
d. Diligencia debida en los procesos de transformación societaria	19
e. Resumen	20

III.	CLASES Y DETERMINACIÓN DE LAS PENAS	21
1.	Introducción	21
2.	Catálogo de penas y criterios de selección	21
3.	Criterios de selección de penas	23
4.	Cuantificación de la pena de multa	24
5.	Diligencias y actividades de la Fiscalía respecto a la selección de la pena	26
IV.	CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA PENA A LA PERSONA JURÍDICA	28
1.	Introducción	28
2.	Circunstancias excluyentes de la punibilidad de la persona jurídica	29
a.	Clase de eximente	29
b.	La denuncia espontánea de un hecho conocido por una actividad propia de detección e investigación interna	30
i.	Requisitos de procedencia	30
ii.	¿Cuándo es espontánea la denuncia?	31
iii.	¿Cuándo debe formularse la denuncia espontánea?	32
iv.	Requisitos formales y diligencias procesales	32
c.	Implementación <i>ex ante</i> de un programa de integridad	33
i.	Noción de programa de integridad y requisitos de procedencia	33
ii.	Elementos de un programa de integridad	35
a.	Generalidades	35
b.	Características y acreditación de los elementos	35
1)	Código de ética	35
2)	Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en cualquier interacción con el sector público	37
3)	Capacitaciones sobre el Programa de Integridad	39
4)	Análisis periódico de riesgos	40
5)	El apoyo al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia	42
6)	Canales de denuncias	43
7)	Política de protección de denunciantes contra represalias	45
8)	Sistema de investigaciones internas	46
9)	Políticas de diligencia debida de terceros	48
10)	Debida diligencia en procesos de transformación societaria y adquisiciones	49
11)	El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad	50
12)	Oficial de cumplimiento	51

13)	El cumplimiento de las exigencias reglamentarias	53
iii.	Evaluación de adecuación del programa de integridad	53
a.	Criterios de adecuación establecidos por la Ley N° 27.401 y principales desafíos interpretativos	53
b.	Pasos de verificación de la adecuación de un programa de cumplimiento	56
c.	Criterios generales sobre la prueba de la adecuación del programa de integridad	60
1)	Objeto de prueba	60
2)	Medios de prueba de compliance	60
3)	Carga de la prueba	62
iv.	Evaluación de la temporalidad del programa de integridad	62
d.	Devolución del beneficio indebido	62
3.	Circunstancias que inciden en la graduación de la pena	63
a.	Introducción	63
b.	Principales criterios de graduación de la pena	66
i.	Organización en compliance	67
ii.	Denuncia espontánea a las autoridades como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna	68
iii.	El comportamiento posterior	70
iv.	La cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito	70
V.	PRINCIPALES REGLAS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	72
1.	Introducción	72
2.	Reglas procesales genéricas	72
a.	Situación procesal de la persona jurídica	72
b.	Notificaciones	73
c.	Representación	74
d.	Rebeldía	76
3.	Decomiso	77
4.	Reglas relativas a la acción penal	80
5.	Acuerdo de colaboración eficaz (ACE)	82
a.	Introducción	82
b.	Sujetos legitimados	83
c.	Oportunidad	84
d.	Características de la información aportada por la persona jurídica	84
e.	Confidencialidad de la negociación	85

f.	Condiciones del acuerdo	86
g.	Procedimiento del acuerdo de colaboración eficaz	88
i.	Esquema gráfico	88
ii.	Fases	88
a.	Paso 1: La celebración del acuerdo	88
b.	Paso 2: Control judicial de la legalidad	90
c.	Paso 3: Cumplimiento del ACE y dictado de la sentencia	92
6.	Recomendaciones generales sobre la investigación de delitos cometidos por personas jurídicas	93
a.	Estrategia	93
b.	Recomendaciones durante la investigación	96
c.	Prueba de la RPPJ	98
VI.	DOCUMENTOS CONSULTADOS	100

PRESENTACIÓN

El 1º de marzo de 2018 entró en vigor la Ley N° 27.401, mediante la cual se establece un régimen de responsabilidad penal de persona jurídica (en adelante, RPPJ) por hechos de corrupción. De este modo, siguiendo una clara tendencia internacional y especialmente el movimiento de reformas en Latinoamérica, nuestro país acabó reconociendo la posibilidad de imponer sanciones de carácter punitivo a las personas morales por delitos de corrupción nacional y transnacional. Con ello, el legislador parece haber querido que los cuestionamientos dogmáticos (y, en algunos casos, constitucionales) no sean un obstáculo para incorporar una institución, cuya correcta aplicación constituye objetivamente una pieza clave en la prevención de la corrupción.

Según el art. 27 de la propia Ley N° 27.401, se trata de una ley complementaria del Código penal (en adelante, CP) que, además de ser modificatoria de ciertas regulaciones de la Parte especial del CP (artículos 29 a 37) y del Código Procesal Penal de la Nación (art. 38), establece presupuestos materiales y procesales de la RPPJ. En cuanto a lo primero, cabe destacar aquí las personas jurídicas comprendidas, los delitos cuya comisión habilitan la RPPJ, los presupuestos de la RPPJ, los tipos de penas y sus criterios de graduación, y las eximentes. En cuanto a las disposiciones de

carácter procesal, se prevén reglas relativas, entre otras, a la competencia, las notificaciones, al ejercicio de la acción y una modalidad abreviada de proceso, que lleva la denominación de “acuerdo de colaboración eficaz”.

Las particularidades de este nuevo sujeto pasivo de responsabilidad penal hacen inconveniente la aplicación de las reglas convencionales de responsabilidad penal y torna necesaria la previsión de otras nuevas, que tornen posible impulsar un proceso penal contra la persona jurídica sin una merma de las garantías penales.

Desde entonces el Estado Nacional ha impulsado diferentes iniciativas orientadas a la correcta implementación de esta ley mediante capacitaciones, conferencias y, sobre todo, regulaciones y procedimientos. Respecto a esto último, deben destacarse aquí los "Lineamientos de Integridad" de 2018, la "Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en Pequeñas y Medianas Empresas" de 2019 y la reciente iniciativa de crear un Registro de Integridad y Transparencia para personas jurídicas. Sin perjuicio de ello, la difusión de la Ley y la capacitación de los recursos humanos de los Ministerios Públicos y de los Poderes judiciales federal y provinciales todavía es muy incipiente. Quizás esta última cuestión sea uno de los motivos más relevantes por los que todavía no exista ninguna sentencia contra una organización

por hechos de corrupción, y que prácticamente no haya investigaciones en curso contra personas jurídicas en las fiscalías de todo el país.

Entre los diferentes países que comparten una misma tradición jurídica y que ejercen cierta influencia en nuestras prácticas, solamente España y Chile presentan una actividad judicial intensa respecto a la persecución penal de personas jurídicas. En España desde el reconocimiento legal de la RPPJ ya existen más de un centenar de sentencias. Por su parte, la Justicia chilena se ha mostrado activa desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.393 en 2009, con varias sentencias dictadas en juicios abreviados y con un hito marcado en el presente año con la primera sentencia condenatoria en juicio oral a una persona jurídica (Caso CORPESCA), en el que no sólo se analizaron los presupuestos de la RPPJ, sino que también se valoró la eficacia del respectivo programa de integridad.

El elemento común que tienen estos países es que sus respectivos Ministerios Públicos han dictado sus propias Instrucciones o Circulares, las que han aportado concretas pautas orientadoras a los fiscales en la investigación y persecución penal de personas jurídicas. En el plano práctico, los fiscales de ambos países consideran determinante para la implementación de la RPPJ la existencia de esas Instrucciones o Circulares, pues les

brindan criterios certeros para llevar adelante las investigaciones. Al mismo tiempo, demuestra por parte de la máxima autoridades de los Ministerios, el interés explícito de perseguir penalmente a las personas jurídicas, allí donde se hubiese verificado un delito que habilita su responsabilidad. Incluso, la importancia de estas reglas internas se amplifica en los sistemas acusatorios que progresivamente se van generalizando en nuestro país. Con base en ello, la verdadera implementación de la Ley N° 27.401 queda supeditada a la actividad de los Ministerios Públicos.

METODOLOGÍA DE TRABAJO

El presente documento surge como iniciativa del [Centro Virtual de Investigación Aplicada en Derecho penal \(CRIMINT\)](#), en su anhelo de colaborar con la mejor implementación de la Ley N° 27.401. Este documento constituye en realidad el segundo aporte de CRIMINT en este marco, puesto que ya en 2018 presentó ante la Oficina Anticorrupción el *E-Book* "[Lineamientos de integridad](#)", en el que se hacía un comentario a los "[Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas](#)" de dicho organismo público. En esta ocasión, con esta "Guía de Implementación" se quiere acercar una herramienta que permita a los fiscales interpretar y aplicar la Ley N° 27.401, con

herramientas que aporten a la mayor eficiencia de los investigadores.

En la confección de este documento trabajó un grupo de 16 personas entre los meses de marzo y octubre de 2021. El equipo estuvo conformado por fiscales, asistentes judiciales, abogados, consultores y académicos. De la dirección y coordinación de todo el proyecto estuvieron a cargo Cecilia Goyeneche y Juan Pablo Montiel, quienes asumieron, entre otras cuestiones, la diagramación del contenido, la gestión de los grupos de trabajo, el ensamblaje del documento final, etc.. Marco Antonio Olivas Flores colaboró en el armado del documento, en la logística de las reuniones y en la edición del documento final. Los restantes integrantes del proyecto trabajaron en grupos sobre cuatro áreas temáticas diferentes: “Presupuestos de la RPPJ”, “Reglas de *compliance*”, “Individualización de la pena” y “Criterios procesales”. Cada uno de estos grupos trabajó por separado en los temas asignados y también interactuaron entre sí para intercambiar ideas y fortalecer el trabajo de cada uno de los grupos. Finalmente cada grupo presentó un informe que luego fue integrado y armonizado en el documento definitivo. Asimismo, durante esos meses hubo sesiones virtuales plenarias entre todos los integrantes del equipo y también sesiones individuales de los grupos con el director y la coordinadora.

La versión final del borrador de la presente “Guía de Implementación” fue sometida al análisis de académicos nacionales y de fiscales y procuradores o fiscales generales de diferentes provincias. En especial cabe destacar la participación de la **Red Nacional de Fiscales Anticorrupción del Consejo Federal de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina** y del **Consejo Federal de Política Criminal**. Ambas instituciones hicieron un análisis exhaustivo del documento y aportaron ideas y comentarios que fueron aceptados en la versión final.

Listado completo de participantes en el proyecto

- **María Florencia Acuña** (Fiscal Auxiliar, Provincia de Entre Ríos)
- **Santiago Alfieri** (Fiscal Auxiliar, Provincia de Entre Ríos)
- **Gonzalo Badano** (Fiscal, Provincia de Entre Ríos)
- **Gianfranco Barchiesi** (Abogado, Provincia de Mendoza)
- **Sebastián Capizzi** (Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos del Ministerio Público, Provincia de Mendoza)
- **Antonella Donnes** (Abogada y consultora en *compliance*, CABA)
- **Flavio D'Amore** (Fiscal integrante de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos del Ministerio Público, Provincia de Mendoza)
- **Jerónimo Franco Trigo** (Abogado de la Defensa Pública del Poder Judicial, Provincia de Córdoba)
- **Diego García Austt** (Abogado y consultor en *compliance*, CABA)

- **Cecilia Goyeneche** (Procuradora Adjunta, Provincia de Entre Ríos)
- **Rosana Luggren** (Fiscal Auxiliar, Provincia de Entre Ríos)
- **Juan Pablo Montiel** (Director de CRIMINT, Provincia de Buenos Aires)
- **Gonzalo Nazar** (Fiscal Adjunto en lo Penal, Provincia de Mendoza)
- **Marco Antonio Olivas Flores** (Estudiante de Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima)
- **Ana Clara Rivero** (Funcionaria judicial, Poder Judicial de CABA)
- **Bruno Rusca** (Becario Posdoctoral CONICET, Provincia de Córdoba)
- **André Sota** (Abogado y consultor en *compliance*, Lima, Perú)

RECOMENDACIONES DE USO DE LA GUÍA

La presente Guía es un documento orientado primariamente a fiscales y colaboradores del Ministerio Público Fiscal o de la Acusación y tiene como principal objetivo ayudarlos a perseguir penalmente a las personas jurídicas. En ese sentido, el documento aporta criterios precisos respecto a cómo interpretar las normas contenidas en la Ley N° 27.401 y también acerca recomendaciones sobre las medidas probatorias y procesales (en general) que deben adoptarse para una adecuada implementación.

Recomendamos, de modo especial, en relación con la interpretación de las reglas relativas al programa de integridad, complementar las interpretaciones y

criterios aportados en esta Guía con los "[Lineamientos de Integridad](#)" (Resolución OA N° 27/2018) de la Oficina Anticorrupción. Tanto esos "Lineamientos de Integridad" genéricos de 2018, como la "[Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en Pequeñas y Medianas Empresas](#)" (Resolución OA N° 36/2019) pueden ofrecer a los fiscales un material útil para guiar su trabajo y su valoración del programa de integridad de la persona jurídica investigada.

El documento es, por ende, simplemente un apoyo y eventualmente un complemento de las regulaciones internas, instrucciones o circulares que los respectivos Ministerios Públicos dicten o hayan dictado sobre aspectos vinculados a la Ley N° 27.401. Del mismo modo, esta "Guía de Implementación" se apoya en otros documentos públicos de relevancia, a los que (expresa o implícitamente) se remite en diferentes partes.

Por último, si bien se trata de un documento destinado especialmente a fiscales, consideramos que también puede ofrecer criterios útiles para otros sujetos procesales que intervengan en un proceso penal contra la persona jurídica. Así, también ofrece este documento sugerencias y criterios útiles para defensores públicos, abogados y consultores.

GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N° 27.401

1. Catálogo de delitos

La Ley N° 27.401 ha adoptado un régimen de catálogo para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Su art. 1 establece que la persona jurídica solamente será pasible de pena en caso de haberse cometido alguno de los siguientes delitos:

a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis CP)

b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 CP)

c) Concusión (art. 268 CP)

d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 1 y 2 CP)

e) Balances e informes falsos agravados (art. 300 bis CP).

Lo anterior quiere significar que el ámbito de aplicación de la Ley N° 27.401 está ceñido exclusivamente a los delitos específicamente previstos en este catálogo y **bajo ningún concepto puede extenderse a otros delitos del Libro Segundo del Código penal**. Una interpretación diferente constituye una interpretación vedada por el principio de legalidad.

Esta aclaración es de gran relevancia, puesto que el art. 27 de la Ley N° 27.401 establece su carácter de *complementaria* respecto al Código penal, lo que si bien implica la vigencia de las reglas de la Parte General, de ninguna manera habilita una extensión del catálogo de delitos.

Esta última cuestión es especialmente significativa respecto a las regulaciones previstas en los artículos 304 y 313 CP, en los que se establece también un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas por ciertos delitos contra el orden económico y financiero. Estas regulaciones del CP establecen criterios claramente diferentes a los establecidos en la Ley N° 27.401, por lo que una aplicación de las reglas de esta última normativa en el CP resulta incompatible y desnaturaliza el tipo de RPPJ establecida para los delitos contra el orden económico y financiero.

Las notables diferencias regulatorias existentes entre el régimen de RPPJ previsto en el CP en sus artículos 304 y 313, y el previsto en la Ley N° 27.401, nos conduce a afirmar que en la actualidad existen en el ordenamiento jurídico argentino dos regímenes diferentes e independientes.

En cuanto a la tarea del investigador, este artículo le indica al Ministerio Público que deberá acreditar dos presupuestos para subsumir -en principio- el hecho investigado a la presente ley. Estos son:

1. **El carácter de la persona jurídica investigada:** que se trate de una persona jurídica privada en los términos del art. 1.
2. **La comisión de un delito del catálogo:** que el hecho investigado encuadre en alguno de los delitos enumerados en el art. 1.

2. Personas jurídicas comprendidas por la ley

También el art. 1 de la ley expresa que el régimen previsto será aplicable a las personas jurídicas privadas, sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.

En la doctrina existe consenso en que las personas jurídicas privadas a las que refiere la ley son las enumeradas por el art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir:

- a) **las sociedades;**
- b) **las asociaciones civiles;**
- c) **las simples asociaciones;**
- d) **las fundaciones;**
- e) **las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;**
- f) **las mutuales;**
- g) **las cooperativas;**
- h) **el consorcio de propiedad horizontal;**
- i) **toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.**

Respecto a la inclusión de los sindicatos y partidos políticos dentro del concepto de persona jurídica privada, la doctrina mayoritaria considera que no están comprendidos en la ley, debido a que no se encuentran dentro de la enumeración del art.148 del CC y debido a que gozarían de una naturaleza jurídica híbrida, en la que el componente público haría desaconejable perseguir penalmente a estas personas jurídicas. No obstante, se trata de una

cuestión que no se encuentra absolutamente resuelta y que dependerá, en última instancia, del tipo de personería que hayan adoptado para su estructura.

II. PRESUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Explicación preliminar

La Ley N° 27.401 establece en su art. 2 los presupuestos que deben darse para poder afirmar la RPPJ por los delitos del catálogo. Estos presupuestos, además de guiar el trabajo de los sujetos procesales (estrategias, objeto de prueba, etc.), permiten identificar el modelo de RPPJ adoptado por la ley. Con la verificación de estos presupuestos queda perfeccionado el delito en virtud del cual se hace responder penalmente a la persona jurídica. Ello no excluye (como se verá *infra*) que puedan concurrir otras circunstancias que condicionan la punibilidad de los ilícitos de la persona jurídica. Así, el art. 9 de la ley establece condiciones excepcionales bajo las cuales el delito imputado a la persona jurídica puede no generar responsabilidad por decaer la punibilidad del hecho.

Adicionalmente, el art. 3 de la ley prevé reglas tendientes a evitar lagunas de punibilidad en los casos de modificaciones societarias, en los que se rompe la identidad entre la persona jurídica original y la persona jurídica resultante.

A los efectos de facilitar la exposición, se estipula la expresión “**responsabilidad originaria**” para hacer alusión a las reglas de imputación previstas en el art. 2, para supuestos ordinarios de RPPJ. Mientras que, respecto a las modificaciones societarias, se empleará la expresión “**responsabilidad sucesoria**”.

2. Responsabilidad originaria

a. Modelo de RPPJ receptado por la Ley N° 27.401

i. ¿Por qué es importante conocer el modelo de RPPJ?

Para emprender una investigación penal contra una persona jurídica en el marco de la Ley N° 27.401 se torna imprescindible para el fiscal comprender cuál es el modelo receptado por el legislador. Esta primera comprensión facilita de manera determinante la interpretación integral de la ley, pero también condiciona actividades procesales elementales, tales como la fijación del objeto de prueba, la carga de la prueba, los estándares de valoración de la prueba, etc.

Esto significa que la fiscalía no debe atribuir a la Ley cualesquiera de los modelos de responsabilidad reconocidos por la doctrina, sino más bien orientarse según el modelo que haya sido receptado concretamente por el legislador. Lo contrario podría representar en ciertos casos infringir el principio de legalidad, pero especialmente puede generar problemas argumentativos que luego puedan dar lugar a impugnaciones a lo largo del proceso penal.

ii. Principales modelos de RPPJ

Conforme a los desarrollos doctrinarios, los modelos más conocidos a nivel comparado son los siguientes:

Modelo de la hétero-responsabilidad, vicarial o por atribución: Según este modelo, el delito del catálogo es cometido por la persona física y, bajo ciertas condiciones, puede ser transferido o imputado a la persona jurídica. De acuerdo con esta concepción, la persona física actuaría como representante de la persona jurídica o bien ésta sería beneficiaria de la actuación delictiva de la persona física. Las condiciones o criterios de *transferencia* suelen ser la representación o el beneficio obtenido por la persona jurídica por la comisión del delito.

De este modelo se infieren las siguientes consecuencias:

- La sola comisión de un delito por una persona física da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica únicamente cuando se dan los criterios de transferencia.
- Los criterios de transferencia son de carácter **objetivo**, por lo que no se considera la capacidad de la persona jurídica para cometer o impedir la comisión del delito. Existe una responsabilidad solidaria de la persona jurídica por lo realizado por sus representantes o benefactores.
- La existencia de un programa de *compliance* o de un programa de integridad no tiene ninguna incidencia en la configuración de la RPPJ. Estas reglas internas de la persona jurídica únicamente pueden cobrar relevancia en la determinación de la pena.

Este modelo es seguido en nuestra legislación en los arts. 304 y 313 CP y en el Régimen Penal Tributario (Ley N° 27.430) art. 13, 2ª parte.

Modelo de la auto-responsabilidad o del hecho propio: Para este modelo, el delito del catálogo es cometido directamente por la persona jurídica, a quien se le atribuye responsabilidad por haber permitido la comisión del hecho, por parte de la persona física, como consecuencia de un **déficit de organización**.

Bajo este modelo, a la persona jurídica no se le imputa responsabilidad por el hecho de la persona física, sino que tiene responsabilidad originaria por haber favorecido la comisión del delito de la persona física en virtud de su defecto de organización. En general, se entiende que existe este defecto cuando la persona jurídica no contaba con una organización en *compliance* adecuada y ello imposibilitó el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia.

Como se infiere de lo anterior, la existencia de un programa de *compliance* eficaz antes de la comisión del delito excluye la responsabilidad de la persona jurídica, ya que en tal caso no estará afectada por un déficit de organización.

Modelo(s) mixto(s): Bajo este rótulo aparecen caracterizadas combinaciones de los dos modelos anteriores, con lo que se busca superar sus respectivas limitaciones. Suele ser el modelo más ampliamente reconocido a nivel internacional.

Las principales variantes de este modelo reconocidas legislativamente suelen encontrar concreción de dos maneras distintas:

- En el establecimiento de las reglas de imputación a la persona jurídica se siguen criterios de heterorresponsabilidad respecto a personas físicas de bajo rango jerárquico dentro de la organización, mientras que respecto a la alta dirección se toma la idea de la infracción de los deberes de control y supervisión, como síntoma del defecto de organización.
- En el establecimiento de las reglas de imputación a la persona jurídica se sigue un modelo de heterorresponsabilidad para todos los supuestos. Sin embargo, la adecuada organización cobra importancia a la hora de excluir la responsabilidad penal. Por ello, la existencia de un programa de *compliance* o de integridad adecuado resulta ser una eximente.

iii. Modelo de atribución de responsabilidad adoptado por la Ley 27.401

Si se toma en consideración la ley en su conjunto y los debates parlamentarios que tuvieron lugar al momento de ser aprobada, cabe afirmar que la Ley N° 27.401 ha receptado un **modelo mixto** del segundo tipo, caracterizado en el apartado inmediatamente anterior. Según el art. 2 el perfeccionamiento de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se sustenta en un modelo de heterorresponsabilidad, pero la previsión del art. 9 incorpora elementos de autorresponsabilidad para excluir la pena, al otorgar relevancia a la adecuada organización en *compliance*.

Del art. 2 se infiere que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica privada es de corte vicarial (hétero-responsabilidad). Incluso, así se sostiene explícitamente en los debates parlamentarios¹. Con ello, la empresa no comete el delito, sino que son las personas físicas quienes llevan adelante los hechos delictivos y que, bajo ciertas condiciones, le transfieren a aquélla la responsabilidad penal. La imputación se concentra en la actuación de la persona física en representación, interés y beneficio, mientras que la conducta de la empresa y su programa de integridad no poseen ninguna incidencia en la configuración del injusto.

Este modelo vicarial puro se ve atenuado por los efectos eximentes que se le reconocen en el art. 9 a la autogestión que adopta la persona jurídica en la prevención y reacción frente a la comisión del delito. Como se verá en detalle más adelante, según este precepto, la exoneración de responsabilidad sólo procede cuando la organización se ha autodenunciado a partir de una previa investigación interna, cuando se ha devuelto el beneficio indebidamente obtenido y, especialmente, cuando con anterioridad a la comisión del delito existía un programa de integridad adecuado.

¿Cómo condiciona entonces la ley nuestro modo de razonar la RPPJ?

- a) **Regla:** Siempre que se den las condiciones requeridas por el art. 2 deberá trasladarse a la persona jurídica la responsabilidad por el delito de la persona física. Satisfecho ello, tanto la persona física, como la jurídica serían *como regla* merecedores de pena por el delito del catálogo cometido.
- b) **Excepción:** Sin embargo, la verificación de los presupuestos *excepcionales* del art. 9 hace que, pese a haber sido transferido a la persona jurídica el delito de la persona física, aquélla no responda penalmente. La actividad realizada por la persona jurídica para impedir la comisión del delito, colaborar con la justicia y mitigar los efectos de la corrupción, es valorada para excluir la necesidad de pena. Teniendo en cuenta que la eximente del art. 9 operan una vez confirmada la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, es correcto interpretar que se trata de una excusa absoluta.

¹ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 13ª Reunión (8ª sesión especial), de 27 de septiembre de 2017, pp.10 y s.

b. Requisitos de la atribución del delito a la persona jurídica (art. 2)

i. Comisión de un delito del catálogo por la persona física

a. Criterio general

Este presupuesto de la atribución del delito a la persona jurídica es caracterizado como la existencia de un “hecho de conexión”. Se trata del delito del catálogo que debe haber sido cometido por la persona física y que será imputado a la persona jurídica.

Cabe recordar que el art. 1 Ley N° 27.401 fija el catálogo de delitos, en virtud de los cuales las personas jurídicas pueden responder penalmente.

El requisito de la comisión de un delito realizado por la persona física comprende naturalmente aquellos supuestos en los cuáles ella fuere autora de uno de los tipos penales anteriormente enumerados. Sin embargo, a los efectos de considerar verificados los presupuestos del art. 2 Ley N° 27.401, adicionalmente hay que atender a estas otras circunstancias.

- **Delitos realizados por la persona física en grado de tentativa.** También en los casos de tentativa existe un injusto capaz de ser transferible a la persona jurídica, en la medida en que se vean satisfechos los criterios que serán caracterizados *infra*.
- **Intervención de la persona física como cómplice en el hecho de conexión:** también corresponde tener por verificada la existencia de un “hecho de conexión” cuando la persona física que sirve como referencia de la imputación de la persona jurídica ha intervenido en el delito del catálogo en carácter de partícipe. Por ende, no solamente debe iniciarse la investigación contra la persona jurídica, cuando la persona física de referencia ha realizado el delito como autor, sino también cuando ha contribuido en carácter de instigador o cómplice (necesario o no necesario).

En suma, en los siguientes supuestos debe tenerse por verificado este primer requisito:

- **Una persona física ha consumado en carácter de autora alguno de los delitos del catálogo del art. 1 Ley N° 27.401.**
- **El delito del catálogo realizado por una persona física en carácter de autora ha quedado en grado de tentativa.**

- **La persona física transferente ha participado en el delito del catálogo, consumado o tentado por una tercera persona física.**

b. Prueba y existencia del hecho principal

El art. 2 requiere que para transferir responsabilidad a la persona jurídica es necesaria la comisión del delito del catálogo, con independencia de si el autor ha sido identificado, procesado o condenado por ese delito. Ello significa que para que se produzca la transferencia lo único necesario es acreditar la comisión del delito.

El art. 6 establece: *“La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido (...)”*. Para entender correctamente esta regulación es importante tener en cuenta que no alude a supuestos en los que no se pueda probar la materialización del delito (lo cual debería impedir hablar de la existencia del hecho de conexión). Como puede apreciarse, el legislador no solamente se refiere al supuesto en el que, por razones probatorias no se hubiere podido establecer quién ha realizado el delito, sino también a casos en los que por alguna razón el autor no haya podido ser juzgado, pudiéndose contemplar como ejemplo su fuga. También en relación con este último supuesto el art. 4 2º párr. ofrece un supuesto específico en el que la imposibilidad de someter a juicio a la persona física obedece a la prescripción de la acción.

ii. *Criterios de transferencia*

La sola comisión de un delito del catálogo por parte de una persona física no justifica la automática imputación a la persona jurídica, incluso cuando existe entre ellas algún tipo de relación. Según el art. 2, para que ese traslado pueda operar deben verse satisfechos criterios, cuya concurrencia puede darse de manera alternativa, por lo que con la satisfacción de uno solo de esos criterios basta para afirmar el traslado de la imputación a la persona jurídica.

a. *“Con su intervención”*

Entre los criterios de transferencia el art. 2 emplea la expresión *“con su intervención”*, para tomar en consideración aquellos casos en los que las personas físicas que cometen el delito expresan la voluntad de la persona jurídica. Dado que, según el modelo seguido por la ley, no es la persona jurídica la que obra por sí misma sino que requiere para ello de personas

físicas, quienes ocupan posiciones en el directorio y órgano de administración son quienes pueden expresar la voluntad de la organización. En este sentido, se refiere a supuestos en los que quienes desempeñan funciones de dirección y supervisión cometieron el delito.

Según esta interpretación, el solo hecho de que el autor o cómplice de un delito de corrupción haya sido un director o un miembro del órgano de gobierno de la empresa, no conlleva forzosamente que el delito vaya a transferirse a la persona jurídica. La fiscalía deberá además acreditar que el tipo de intervención, o el rol asumido en la actuación por quien tiene en la organización una posición apical ha expresado la voluntad de la persona jurídica.

b. Representación

- ***Supuestos de representación ab initio***

El art. 2 también contempla como criterio de transferencia la *representación*, cuando emplea la expresión “en su nombre”. El sentido de la transferencia aquí está apoyado en la noción de *solidaridad*, puesto que a la persona jurídica se le van a atribuir todos los efectos derivados de la actuación de sus vicarios o representantes.

Actúan en representación todas aquellas personas físicas que tienen una relación contractual o fáctica con la organización o bien a las que se les ha otorgado un poder de representación para actos determinados, aun pudiendo ser terceros ajenos a su estructura. A modo de ejemplo, puede considerarse que obran *en representación* de la persona jurídica:

- **Gerentes de área**
- **Oficial de cumplimiento**
- **Todo empleado de la empresa**
- **Gestores contratados por la empresa**
- **Despachantes de aduana contratados por la empresa**

Respecto a las personas físicas recién mencionadas y que desempeñan funciones permanentes para la persona jurídica, es necesario que la comisión del delito se dé con motivo de sus funciones en la organización.

- ***Supuestos de representación ex post: la ratificación***

La pregunta clave aquí es: *¿Siempre que falta representación se excluye la imputación a la persona jurídica?*

No. El art. 2 2º ap. Ley N° 27.401 prevé la posibilidad de mantener el criterio de la representación, en aquellos casos en los que un tercero actúa sin las atribuciones para representar a la persona jurídica, pero esta última acaba ratificando la actuación. El mencionado precepto establece que una *ratificación expresa o tácita* implica una convalidación *ex post* de la actuación, por lo que cabe tener a esa actuación como realizada en representación de la persona jurídica.

Cuenta como *ratificación expresa* la aprobación realizada por cualquier órgano de la persona jurídica con poder de decisión, con independencia del nivel jerárquico. Así, no se requiere una aprobación por el máximo órgano de gobierno, pudiendo bastar la ratificación hecha, por ejemplo, por un gerente de área, oficial de cumplimiento o por un auditor interno. No obstante, es importante que el órgano ratificante tenga cierta jerarquía, de la que pueda inferirse el carácter vinculante de la ratificación.

En cuanto a la formalidad de esa ratificación, no se requiere que quede plasmada en un acta de directorio o de la máxima autoridad de gobierno de la persona jurídica. Atento a los criterios remarcados en el párrafo anterior también puede constar en el acto de otro órgano e incluso cualquier documento escrito emitido por alguien con poder de decisión en la organización. Por ello, incluso la ratificación mediante un correo electrónico podría ser suficiente.

Puede también ratificarse la gestión de un tercero realizada inicialmente sin poder, sin necesidad de un pronunciamiento expreso de los órganos de la persona jurídica sobre la actuación del gestor. Son ejemplos de *ratificación tácita* los siguientes casos:

- **Aprovechamiento de los beneficios derivados de la gestión sin poder.**
- **Continuación de la gestión inicialmente iniciada por un tercero sin poder.**
- **En caso de trámites realizables en etapas, conceder al tercero que inició unilateralmente la gestión un poder exclusivamente para que la culmine.**

c. Existencia de beneficio o interés

Se transferirá a la persona jurídica todo delito cometido por cualquier persona física que le reporte algún tipo de beneficio o le genere algún tipo de interés. Beneficio e interés deben ser interpretados en este marco como sinónimos. Actuar en beneficio o interés de la persona jurídica no implica exclusivamente la obtención de un beneficio económico o de una mayor capacidad de influencia en el mercado derivada de la actuación ilícita de su agente, sino más bien se trata de llevar a cabo alguna actividad orientada a facilitar o favorecer la consecución de los fines que hacen a su objeto social. No resulta posible imputar a la persona jurídica el delito de la persona física cuando éste solamente ha sido realizado en interés del autor.

Para tener por verificado este criterio de transferencia, la fiscalía deberá constatar que *ex ante* (es decir, al momento de cometerse el delito del catálogo) esa actuación reportaría *objetivamente* un beneficio. Por tanto, este requisito no se vería satisfecho cuando el autor del delito cree que su actuación conlleva un beneficio para la persona jurídica, pero en realidad su actuación es inidónea para reportar un beneficio o para ser de interés para la organización.

Es fundamental que la fiscalía se encargue de **demostrar** la concreta **relación entre la actuación delictiva de la persona física y el beneficio generado para la persona jurídica**.

c. Resumen

PASOS QUE DEBEN SEGUIRSE PARA ATRIBUIR EL DELITO A LA PERSONA JURÍDICA

Primero: Demostrar la existencia de un delito del catálogo cometido por una persona física

Segundo: Acreditar la existencia de alguno de los criterios de transferencia

3. Responsabilidad sucesoria

a. Objetivo de la regulación

El art. 3 de la Ley N° 27.401 prevé la regla de responsabilidad sucesoria con el objetivo de evitar la impunidad de personas jurídicas que se hayan valido de herramientas societarias para modificar su personalidad formal. Se trata de supuestos en los que la persona jurídica a la que se le imputa el delito de una persona física, al momento de ser sometida a un proceso

penal o de ser condenada, ha experimentado una modificación de su estructura societaria. Cuando se produce esa modificación, desde el punto de vista formal, ya no existe identidad entre la persona jurídica del momento de la comisión del delito y la persona jurídica resultante de la modificación al momento del procesamiento o de la condena. Por lo que existirían dos personas jurídicas distintas y el castigo podría verse obstaculizado, porque implicaría el desconocimiento al **principio de personalidad de las penas**.

Para evitar fraudes de ley, el art. 3 permite a los aplicadores del Derecho considerar a la persona jurídica resultante de la modificación como si fuera la misma a la que se le transfirió inicialmente el delito de la persona física, pese a que estructurarse luego con otro tipo societario.

b. Supuestos

La Ley N° 27.401 prevé en su primer párrafo la aplicación de la responsabilidad sucesoria en supuestos de modificación societaria en sentido estricto, es decir cuando la persona jurídica ha cambiado de tipo societario. En el segundo párrafo se refiere a modificaciones societarias en sentido amplio, que van más allá de los tipos específicamente previstos por la Ley N° 19.550.

1.-Transformación (art. 74 Ley N° 19.550): La persona jurídica en cuestión adopta un tipo societario diferente. Ejemplo: Integridad S.A. pasa a ser Integridad S.R.L.

2.- Fusión (art. 82 Ley N° 19.550): Se prevén dos supuestos de fusión: dos o más sociedades se disuelven para conformar conjuntamente una nueva sociedad o bien cuando una ya existente se incorpora a otra.

3.- Escisión (art. 88 Ley N° 19.550): La escisión puede asumir tres formas diferentes con efectos jurídicos diferentes. En la primera y segunda modalidad una sociedad escidente no se disuelve y simplemente destina parte de su patrimonio a: 1) ser integrado a una sociedad ya existente; 2) dar vida, junto a otra persona jurídica, a una nueva sociedad; y 3) crear una o varias sociedades nuevas. Bajo la tercera opción, la escisión presupone forzosamente su disolución, aunque se mantiene sin ser liquidada y se constituyen con todo el patrimonio varias sociedades.

El segundo párrafo del art. 3 Ley N° 27.401 contempla situaciones diferentes. Mientras que en los casos de transformación, fusión y escisión el precepto en cuestión traslada la responsabilidad penal de una persona jurídica a otra nueva —resultante de la operación de

modificación societaria—, en este segundo párrafo el legislador establece la pervivencia de la responsabilidad, pese a no existir más *en apariencias* persona jurídica alguna. Puesto en términos de identidad temporal: mientras que en los supuestos del primer párrafo en el momento del juicio jurisdiccional hay una persona jurídica distinta de la existente al momento de la comisión del delito, en los casos que trae el segundo párrafo directamente no existiría más una persona jurídica al momento de la imposición de la pena. El art. 3 contempla aquí el caso de las personas jurídicas que, buscando eludir toda responsabilidad penal, se disuelven *solo en apariencias* pero mantienen clandestinamente su “actividad económica y (...) la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

c. Límite temporal para enmarcar la investigación

El concepto de “pasivo de corrupción” es esencial para poder comprender la investigación que debe llevar adelante la Fiscalía. Con esta expresión se hace referencia a los delitos históricos que habrían sido imputados a la persona jurídica antes de su modificación. Cuando se produce la modificación, la nueva persona jurídica hereda este pasivo. En este marco la pregunta procesal crucial es **“¿cuáles de estos delitos que integran el pasivo de integridad deben ser investigados?”**.

Respecto a la pregunta sobre cuánto tiempo atrás cabe remontarse en la investigación, es de utilidad tomar en consideración las reglas relativas a la prescripción de la acción de los delitos imputados a las personas jurídicas. El art. 5 Ley 27.401 establece que la acción penal prescribe a los **seis años**. Este límite deberá ser tenido en cuenta para limitar la investigación y los medios de prueba a recolectar.

d. Diligencia debida en los procesos de transformación societaria

Uno de los procesos que más frecuentemente realizan los titulares de las personas jurídicas antes de una operación de modificación societaria es hacer una revisión de cuál es el pasivo de corrupción de la empresa que están por adquirir o fusionar. Este proceso se denomina “diligencia debida en procesos de transformación societaria”. Mediante estos procedimientos, las empresas buscan identificar los riesgos implicados en esta modificación y evitar una herencia de responsabilidad penal por hechos ilícitos que se le hayan imputado a la antigua sociedad.

Las políticas de diligencia debida en este ámbito son un elemento conocido en todo programa de integridad. Estas políticas orientan los pasos que deben seguirse para hacer una investigación exhaustiva sobre los pasivos de corrupción. Cuando se da seguimiento a estos procedimientos se considera que la persona jurídica ha obrado cuidadosamente para advertir si la empresa que adquiere ha cometido delitos de corrupción.

Muchas legislaciones otorgan valor a los esfuerzos realizados por las organizaciones para identificar “pasivos de corrupción”, a partir de excluir la responsabilidad sucesoria cuando se ha realizado una adecuada diligencia debida. Sin embargo, en nuestra legislación la responsabilidad sucesoria es de **carácter objetivo** por lo que basta con que exista un pasivo de corrupción en la sociedad originaria o adquirida para que le sea transmitida la responsabilidad a la sociedad sucesoria. **La transmisión se dará siempre, con independencia de si se implementó o no una diligencia debida.**

Sin perjuicio de ello, la Fiscalía debería diferenciar aquella persona jurídica que ha hecho esfuerzos por visibilizar un pasivo de corrupción mediante una rigurosa diligencia debida, de aquella otra que ha omitido toda medida a este respecto. Por ello, resulta recomendable considerar lo dispuesto por el art. 8º Ley N° 27.401, relativo a la circunstancias que inciden en la graduación de la pena. El cumplimiento de una diligencia debida debería ser tomado en consideración para morigerar la pena.

A los fines de constatar y valorar este proceso se podrá solicitar a la empresa que presente un informe detallado sobre las medidas adoptadas durante el proceso de negociación, análisis y ejecución de la transformación societaria para identificar “pasivos de corrupción”. Para determinar si lo realizado en esas etapas por la persona jurídica investigada es correcto y merece dar lugar a la atenuación, se recomienda atender a los criterios previstos por los Lineamientos de Integridad de la Oficina Anticorrupción en el punto 3.9.

e. Resumen

PASOS QUE DEBEN SEGUIRSE PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA RESPONSABILIDAD SUCESORIA:

- 1º) Identificar la existencia de un delito imputado a la persona jurídica originaria.
- 2º) Establecer la modalidad de modificación societaria empleada.
- 3º) Reconocer si la persona jurídica resultante ha adoptado en el proceso de transformación medidas de diligencia debida.

III. CLASES Y DETERMINACIÓN DE LAS PENAS

1. Introducción

El art. 7 de la Ley N° 27.401 habilita la aplicación de diversos tipos de penas, la cual puede tener lugar de manera alternativa o conjunta, pues, pese al silencio de este instrumento legal, no existe ninguna regla que exija la aplicación de un único tipo de pena. Cabe llegar a esta conclusión a partir de la remisión que realiza el art. 27 Ley N° 27.401 a las reglas generales del Código penal en todo aquello no expresamente previsto por esta ley especial. Más allá de que por el tipo de derechos afectados por la pena puedan surgir dudas respecto al carácter penal de la sanción, la decisión del legislador de aludir expresamente a la responsabilidad *penal* y específicamente de aludir expresamente a *penas* y no a *sanciones* (como lo hace el art. 304 CP), deja en claro el carácter penal (no administrativo) de la sanción que conmina la Ley N° 27.401.

Las reglas legales relativas a las penas aplicables son bastante exiguas, dado que únicamente las enumera en el art. 7 y luego fija criterios de graduación en el art. 8. Este último precepto fija también algunos criterios relativos a la aplicación de ciertas penas, pero de ninguna manera puede reconocerse la existencia de un sistema exhaustivo de criterios de selección de la pena.

Finalmente, la norma dispone que no deberá aplicarse la sanción de suspensión total o parcial de actividades, como tampoco la disolución y liquidación de la persona jurídica, cuando ello fuera indispensable para mantener la continuidad de la empresa, una obra o servicio en particular. También establece la facultad de fraccionar el pago de la multa en un período de hasta cinco años cuando su cumplimiento en un único pago pudiera poner en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de puestos de trabajo. Estos criterios refieren concretamente a circunstancias extrapenales, que carecen de toda relación con el hecho ilícito cometido, características de la organización o razones de prevención. Por lo cual, la decisión de imponer alguna de estas sanciones obligará a analizar previamente el impacto económico que pudieran tener en el funcionamiento de la empresa y en el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y laborales. No obstante, este análisis no debería hacerle perder efecto disuasorio a la pena.

2. Catálogo de penas y criterios de selección

El art. 7 estipula las siguientes penas en caso de serle imputado a una persona jurídica alguno de los delitos del catálogo cometido por sus agentes:

- 1) **Multa;**
- 2) **Suspensión total o parcial de actividades;**
- 3) **Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado;**
- 4) **Disolución y liquidación de la personería;**
- 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.**

Según la experiencia internacional, la multa se presenta como la sanción más característica y habitual en las condenas a personas jurídicas. Su cuantía se establece a partir de la **determinación del beneficio indebidamente obtenido o que se hubiese podido obtener**, en caso de consumarse el delito. Este tipo de sanción es aplicable como pena en la generalidad de los casos, ya que el objetivo del beneficio económico será mayormente el que explique la conducta de la persona jurídica.

La pena de suspensión total o parcial de actividades también adquiere relevancia en el catálogo como una suerte de inhabilitación. Dada la amplitud de la medida habilitada legislativamente (hasta un máximo de 10 años) será importante que el Fiscal que solicita esta pena tenga seriamente en consideración todas las características del hecho para ser respetuosos del principio de proporcionalidad.

La pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere la empresa comporta sobre la persona jurídica efectos similares a la pena de multa, pues representa un detrimento patrimonial derivado de la pérdida de la percepción de un beneficio económico directo.

Sin dudas, en el catálogo previsto en el art. 7 la pena más severa es la de disolución y liquidación de la personería jurídica. En cuanto a este tipo de pena, la propia norma marca una circunstancia específica de aplicación, esto es, **cuando la persona jurídica hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito** o cuando **esos actos constituyan la principal actividad de la entidad**. La gravedad de este tipo de sanción penal explica por qué su ámbito de aplicación es limitado y sus condiciones son de aplicación rigurosa. Se trata de una suerte de “pena capital” de la persona jurídica, en tanto tiene como efecto el cese de su existencia y excluye todo tipo de rehabilitación de la persona jurídica.

3. Criterios de selección de penas

A diferencia de lo que sucede con los supuestos de responsabilidad penal de personas físicas, donde el respectivo tipo penal prevé el marco penal de una única pena o de dos o tres penas alternativas o acumulativas, la Ley N° 27.401 reconoce un catálogo más amplio para cualesquiera de los delitos imputados a la persona jurídica. Del art. 7 pueden inferirse solamente tres criterios generales:

1. **PENAS APLICABLES A TODOS LOS DELITOS:** Todas las penas del catálogo serán aplicables para cualquier caso, por lo que la Fiscalía podrá solicitar cualquiera de estas penas individual o conjuntamente.
2. **PENA PARA SUPUESTOS DE ORGANIZACIONES ILÍCITAS:** La disolución o liquidación solamente podrá ser tenida en cuenta por la Fiscalía cuando la persona jurídica investigada tenga un objeto social ilícito o bien cuando en los hechos la principal actividad de la persona jurídica implique la comisión de delitos. En este sentido, cabría afirmar que esta pena queda reservada para aquellas organizaciones que dan forma jurídica a auténticas asociaciones ilícitas. Cabe entender que esta pena está prevista para los siguientes supuestos:
 - a) **Empresas criminales pertenecientes al crimen organizado o a grupos terroristas,**
 - b) **Empresas de fachada, creadas *ad hoc* para la realización de hechos delictivos;**
 - c) **Empresas peligrosas, cuya actividad genera un importante peligro para bienes jurídicos.**
3. **PENAS PARA SUPUESTOS DE SERVICIOS INDISPENSABLES:** Según el art. 8, 3º párr. de la ley N° 27.401, las penas de disolución o liquidación de la persona jurídica y de suspensión de actividades no podrán ser aplicables cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular.

Más allá del criterio general del punto 1, la ley no brinda otros más específicos para la selección de penas, concurriendo cinco penas con características marcadamente distintas. Sin ánimos de exhaustividad se enuncian a continuación algunos criterios que se recomienda considerar, con el objetivo de hacer una selección acertada de penas aplicables a todos los supuestos.

- **Clase de pena que mantiene una relación más directa con el tipo de delito cometido**

Ejemplo: Si el delito imputado a la persona jurídica es un cohecho cometido para que sea seleccionada en un concurso público, tiene sentido que la pena sea la suspensión para participar en concursos o licitaciones.

- **Clase de pena que mantiene una relación más directa con el tipo de financiamiento principal de la persona jurídica**

Ejemplo: cuando el principal cliente de la persona jurídica en cuestión es el Estado nacional, provincial o municipal o alguna entidad pública internacional, la pena tiene que ser un incentivo para preservar relaciones de integridad. En este caso, las penas de suspensión para participar en concursos o licitaciones o de pérdida de los beneficios estatales serán adecuadas.

- **Prevención general**

Considerar aquella pena que, además de ser adecuada a la gravedad del hecho, tenga un efecto expresivo intenso respecto a la generalidad de personas jurídicas que operan en el mismo sector del mercado en el que lo hace la investigada por la Fiscalía, para que adopten internamente medidas de organización eficaz y eviten así la comisión de delitos de corrupción.

- **Prevención especial**

Considerar aquella pena que, además de ser adecuada a la gravedad del hecho, tenga un efecto expresivo intenso respecto a la persona jurídica investigada, buscando un cambio cultural interno que fomente la integridad de las prácticas o neutralice las posibilidades de seguir adelante con actividades riesgosas de la persona jurídica.

4. Cuantificación de la pena de multa

Como indica el art. 7 inc. 1, la pena de multa se calcula sobre la base del beneficio indebidamente obtenido o el que se hubiese podido obtener. Por tanto, la determinación correcta de ese beneficio resulta crucial no solamente para cuantificar en general la pena de multa, sino también para lograr una pena realmente disuasoria. En relación a esto último, es evidente que un cálculo inadecuado del beneficio puede restar seriedad a la pena.

Como primer paso será esencial determinar la cuantía de ese beneficio a través de equipos contables (peritos y asesores), que indiquen desde la planificación de la etapa de recolección de evidencias, qué documentación o información es necesaria para establecer cuantitativamente ese beneficio y que luego analicen las variables para establecer el monto del beneficio indebido.

No se trata necesariamente del dinero entregado en el cohecho, ni el comprometido, sino que se refiere al beneficio que ha o podría haber significado para la empresa; por lo que dependerá del tipo de delito y del contexto en el que se cometa:

- **Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional:** Será necesario establecer el cálculo del valor que representó -o proyectó- para la empresa, los efectos del acto que se haga, retarde o deje de hacer.
- **Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas:** Será el valor total del contrato u operación sobre la que versó la negociación o interés incompatible, en la porción adjudicable a la empresa.
- **Concusión:** Habrá que definir si hay algún efecto beneficioso mas allá de la concusión en sí misma.
- **Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados:** El beneficio a cuantificar es el que resultara para la empresa a partir de su vinculación con ese funcionario.
- **Balances e informes falsos agravados:** Se deberá analizar el efecto de la aplicación de los balances falsificados y no los balances o informes en sí mismos, esto es, el beneficio económico al que debe atenderse es el obtenido a partir del cohecho o tráfico de influencias que se pretende ocultar en la maniobra sobre los balances e informes.

Asegurada la información y disponibles los documentos, es recomendable entregar todo ello al equipo pericial para que se determine la cuantía precisa. En algunos casos será directo, y en otros habrá que proyectar el beneficio a partir del ámbito en el que se dio la maniobra delictiva, el tipo de conducta realizada y si se ha materializado el beneficio económico o se ha interrumpido su desarrollo. Será tarea de los peritos contables establecer el monto, el que luego se traducirá en el monto de la pena de multa, a partir de tomar como referencia los criterios de las 2 y 5 veces su cuantía.

La determinación del monto de la pena de multa, no debe perder de vista los fines de la pena, y la racionalidad proporcionada de la misma, atendiendo a si se aplica de manera exclusiva o conjunta a otras penas. En particular, se recomienda atender a la capacidad económica de la empresa, siendo que no es objetivo de la Ley el de disolver las empresas, sino fomentar el autocontrol y organización para evitar la proliferación de la corrupción desde y con los Estados.

5. Diligencias y actividades de la Fiscalía respecto a la selección de la pena

1º) Tomar en consideración las características del delito investigado y la modalidad comisiva

Esto permitirá al fiscal tener más información relevante para la selección de la clase de pena que propondrá. Esta información le permitirá tomar una decisión respecto a cuál de las penas del catálogo resulta más adecuada para el caso concreto.

2º) Acreditar si se verifican o no las circunstancias que habilitan o excluyen la imposición de cierto tipo de pena

La Ley N° 27.401 condiciona la aplicación de la pena de disolución o liquidación de la persona jurídica al hecho de que ella hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o de que esos actos constituyan la principal actividad (art. 7, inc. 4). Por su parte, su art. 8 3º párr. excluye la aplicación de la pena de disolución y también la pena de suspensión de actividades cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa, o de una obra, o de un servicio en particular de la persona jurídica imputada.

Será necesario que la Fiscalía asuma también la carga probatoria de estas circunstancias, para tener certeza sobre el tipo de pena que está habilitada a petitionar al juez.

A los efectos de la verificación de estos hechos se recomienda analizar, entre otros, los siguientes aspectos:

Creación con el objeto de cometer delitos o que ellos constituyan su principal actividad:

- Analizar si la misma persona jurídica o alguno de sus agentes cuenta con alguna investigación judicial en curso por alguno de los delitos del catálogo en los últimos 10 años.
- Analizar si la persona jurídica investigada ha celebrado algún contrato con el Estado y en su caso si existe algún tipo de irregularidad en su negociación, conclusión y ejecución.
- Analizar si dentro de la persona jurídica existe algún tipo de sistema específicamente diseñado para realizar, encubrir o tolerar la comisión de alguno de los delitos del catálogo.

Actividad indispensable

- Analizar si la actividad tiene que ver con un servicio público y si es el único oferente del mercado. En caso de darse esta circunstancia, habrá que concluir que se trata de una actividad indispensable. En caso de tratarse de un servicio público brindado por varios oferentes, cabrá considerar la existencia de una actividad indispensable cuando la suspensión de la actividad pudiese causar un grave perjuicio a los usuarios, por el hecho de que ninguna otra empresa competidora pueda asumir la prestación de la persona jurídica imputada.
- Analizar si existe una prestación de servicio en curso, cuya continuidad no puede ser asumida por ninguna otra organización o su continuidad no podría garantizarse sin un grave perjuicio de los consumidores o usuarios.
- Analizar si la persona jurídica investigada está realizando una obra pública y su continuidad únicamente podría ser garantizada con un alto costo para el Estado correspondiente.

IV. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA PENA A LA PERSONA JURÍDICA

1. Introducción

La Ley N° 27.401 contempla adicionalmente circunstancias que repercuten en la pena aplicable, ya sea por incidir en su graduación o en su exclusión. Así, una vez que se han verificado los presupuestos del art. 2 o 3 y, por ende, corresponde imputar el delito de la persona física a la persona jurídica, pueden darse circunstancias que tengan incidencia directa sobre la pena.

El art. 8 enumera una serie de factores que inciden en su *graduación*. Se contemplan aquí criterios para la *individualización* de la pena, esto es, para fijar la gravedad o entidad que tendrá la pena dentro de los límites establecidos por el legislador en el art. 7. Esos límites son los siguientes:

- **Pena de multa: de dos (2) a cinco (5) veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener (inc. 1)**
- **Suspensión de actividad: hasta 10 años (inc. 2)**
- **Suspensión para participar en concursos o licitaciones públicas: hasta 10 años (inc. 3)**

De este modo, el art. 8 Ley N° 27.401 desempeña respecto a la pena de la persona jurídica una función equivalente a la que cumple el art. 41 CP para las personas físicas. Según cuál y cómo se verifique el respectivo criterio del art. 8, la Fiscalía tendrá elementos objetivos para decir solicitar una pena más leve o más grave dentro del marco previsto por el legislador.

Adicionalmente, el art. 9 reconoce una eximente de responsabilidad con una estructura compleja, en comparación con las regulaciones vigentes en la materia a nivel internacional. En efecto, siguiendo una tendencia claramente dominante a nivel internacional la Ley N° 27.401 establece que la **adopción de un programa de *compliance* o de integridad** puede excluir la responsabilidad de la persona jurídica. Este dato implica que al momento de imponer la pena la legislación argentina valora positivamente los esfuerzos realizados por la organización para impedir la comisión de delitos. Sin embargo, el art. 9 establece que la exclusión de la punibilidad únicamente se produce cuando, además de contar con un programa de integridad adecuado, la persona jurídica ha adoptado otras medidas. En este sentido, para gozar de una exención de pena **también** se requiere haber realizado una **autodenuncia y haber devuelto el beneficio indebidamente percibido**.

2. Circunstancias excluyentes de la punibilidad de la persona jurídica

a. Clase de eximente

La Ley N° 27.401 regula en el art. 9 una única eximente de responsabilidad penal para las personas jurídicas, procedente sólo cuando se ven satisfechas de manera simultánea los siguientes tres requisitos:

1º) Denuncia espontánea de un delito previsto en la ley tras una investigación interna

2º) Implementación de un programa de integridad o *compliance* con anterioridad a la comisión del delito

3º) Devolución del beneficio indebidamente percibido

Cabe atender que estas circunstancias se refieren a comportamientos *pre- y posdelictivos* atribuibles a la empresa. La implementación de un programa de *compliance* antes de la comisión del delito representa una medida preventiva de la organización, adoptada con el objetivo de reducir drásticamente las posibilidades de que un agente cometa alguno de los delitos del catálogo. Ello significa que *ex ante* la persona jurídica había adoptado medidas para impedir la comisión de delitos, para detectarlos y reaccionar frente a ellos. Por su parte, el art. 9 también otorga importancia al comportamiento posdelictivo de la persona jurídica: básicamente atiende a cómo ha reaccionado tras la comisión del delito. Iniciar una investigación interna, denunciarse espontáneamente ante la Justicia y, finalmente, devolver lo percibido indebidamente constituyen claras señales del compromiso de la organización con la legalidad.

Todo esto lleva a entender esta eximente como una *excusa absolutoria*. Las circunstancias reconocidas en el art. 9 no afectan el **merecimiento de pena** de la persona jurídica, el cual ya se ha perfeccionado con la transferencia del delito de la persona física a la jurídica (injusto de la persona jurídica). Más bien, las circunstancias previstas en el art. 9 excluyen meramente la **necesidad de pena** o la **punibilidad** de la persona jurídica, dado que por razones político-criminales (esto es, ajenas a la gravedad del hecho) se decide liberar de castigo a la organización.

Según la tesis del legislador, la concurrencia simultánea de estos tres elementos conlleva la falta de necesidad de pena, pese a serle imputable el delito a la persona jurídica. Desde el punto de vista político-criminal, la actitud pre- y posdelictiva de la organización evidencia un compromiso serio con el cumplimiento de la ley, lo que amerita identificar aquí un decaimiento de la necesidad de castigo para la persona jurídica, sin que ello tenga incidencia alguna en la responsabilidad penal de las personas físicas involucradas en el hecho delictivo.

El fin último de la ley es crear un interés en las personas jurídicas por evitar la corrupción y colaborar con la investigación de hechos delictivos en los que se ha visto envuelta y por esta razón se la exime de pena si demuestra un férreo compromiso con la integridad. Asimismo, también el legislador ha buscado con esta eximente incentivar a las personas jurídicas a colaborar con los órganos de persecución penal y velar así por la economía procesal.

b. La denuncia espontánea de un hecho conocido por una actividad propia de detección e investigación interna

i. Requisitos de procedencia

Es fundamental tener en cuenta que la procedencia de la eximente requiere no solamente una autodenuncia, sino también que ella venga precedida por un proceso de investigación interna. Esta doble exigencia busca que la denuncia espontánea sea la plasmación del apego de la persona jurídica a la legalidad y no un acto de especulación, cuando la persona jurídica estuvo inactiva a la espera de los movimientos de los órganos de persecución penal. De este modo, se premia solamente a aquellas personas jurídicas que contaban con anterioridad a la comisión del delito con mecanismos internos de prevención, entre ellos, un sistema de investigaciones internas y de detección. La realización de una investigación interna o la formulación de un reporte demuestran que la persona jurídica tenía antes del hecho procesos de integridad que le permitían detectar la comisión del delito e investigarlo. Ello significa que una denuncia espontánea no precedida de una investigación interna no permite aplicar la eximente.

Las investigaciones internas consisten en el conjunto de medidas implementadas por las organizaciones para poder reconstruir los hechos que dieron lugar a una denuncia. Estas investigaciones surgen habitualmente a partir de denuncias presentadas por los canales de denuncias o bien por las alertas del sistema de *compliance*. Ello no excluye que la *notitia criminis* o los indicios de un delito no puedan surgir de otros canales, como ser un reporte de auditoría. Según el tenor del art. 9 inc. a, es necesario que tras aparecer la *notitia criminis* la persona jurídica haya iniciado una investigación interna en los términos que se caracterizará *infra*, al momento de analizar los elementos de un programa de integridad. A los efectos de este artículo, basta entender que se requiere la adopción de diligencias internas para verificar la verdad de los hechos denunciados y en su caso reconstruir lo sucedido.

A los fines de acreditar este elemento se recomienda a la Fiscalía convalidarlo únicamente cuando se hayan cumplido con todas las buenas prácticas reconocidas internacionalmente para una investigación interna. Basta con constatar:

- Que la investigación interna ha surgido a partir de una denuncia o alerta del sistema de integridad o auditoría;
- Que se han adoptado medidas para recabar información y reconstruir lo sucedido (mediante el análisis de correos electrónicos, entrevistas con trabajadores, etc.);
- Que los investigadores han elaborado un informe, en el que se detallan los principales hitos de la investigación y se exponen las conclusiones.

En la práctica pueden presentarse casos en los que la organización se autodenuncie sin estar culminada la investigación interna. En principio, si la investigación interna está **recién iniciada** y no se ha llegado a ninguna conclusión clara sobre lo sucedido, no sería equivocado interpretar que **no se verifican las circunstancias del inc. a**. Distinta sería la situación cuando hay **mayores avances en la investigación interna** y, pese a no estar concluida, existen serios riesgos de que se filtre la información hacia fuera y ello haga previsible que la denuncia formal de terceros impida a la persona jurídica ver satisfecho este requisito de la eximente, pese a sus esfuerzos en *compliance*. La autodenuncia radicada con sustento en **investigaciones parciales o no concluidas** solo podría ser aceptada en **casos de complejidad manifiesta** que permita advertir la posible pérdida del beneficio de la eximente ante la demora de su presentación. En estas situaciones será necesario que la persona jurídica motive detalladamente la situación y su decisión de autodenunciarse.

En cuanto a la denuncia, ella debe cumplir con todas las formalidades requeridas por los Códigos procesales correspondientes. Entre las muchas cuestiones interpretativas relevantes sobre esta cuestión sobresalen dos:

ii. *¿Cuándo es espontánea la denuncia?*

La Ley N° 27.401 no establece parámetros a este respecto, por lo que habrá que valorar las características de cada caso. Es recomendable no entender la espontaneidad como la ausencia de motivos externos a la empresa para autodenunciarse. En este sentido, a partir de la praxis judicial internacional resulta recomendable incentivar a que las empresas sean **proactivas** en la investigación interna y colaboren con la Justicia. En base a ello, solamente se perdería la espontaneidad cuando la denuncia se interpone luego de que la persona jurídica toma conocimiento de que existe una investigación formal en marcha por parte de una Fiscalía. En este sentido, se recomienda interpretar *espontaneidad* como ausencia de coacción pública,

es decir, de manera similar a lo recomendado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...una presentación será espontánea siempre que no se produzca a raíz de una inspección, observación o denuncia del organismo recaudador...” (Fallos 327:3937), en consonancia con lo dispuesto por el art. 113 de ley 11.683.

A partir de este criterio, una simple acusación en los medios de prensa o aquella que se hace pública por medios secundarios, como pueden ser redes sociales o publicaciones audiovisuales, no pueden tener la capacidad de privar a la denuncia que se realiza tras estas publicaciones espontáneas.

iii. ¿Cuándo debe formularse la denuncia espontánea?

Si bien la norma indica que la denuncia a la autoridad competente debe ser espontánea, nada dice sobre la temporalidad de esa denuncia. De allí se colige que no se requiere inmediatez. Esta circunstancia puede dar lugar a un análisis de conveniencia y oportunidad dentro de la propia persona jurídica, siempre que tal dilación no se prolongue en demasía y conlleve que el hecho sea conocido por las agencias estatales por una vía o modo ajeno a la empresa. Ello debido a que, siendo la *notitia criminis* conocida por cualquier otra vía que no haya sido la autodenuncia proveniente de la propia persona jurídica, se habrá perdido la espontaneidad y consecuentemente la posibilidad del beneficio de exención de pena. No obstante, la Ley N° 27.401 ofrece incentivos para no especular en demasía, pues si la persona jurídica deja pasar mucho tiempo entre el reporte o la investigación interna y la denuncia, corre el riesgo de que un tercero se anticipe y realice la denuncia o que la Fiscalía comience con la investigación. Ello haría caer la eximente de la persona jurídica.

iv. Requisitos formales y diligencias procesales

A los efectos del art. 9, en el contenido de la denuncia debería constar al menos elementos que brinden una base concreta para comprender el hecho:

- La relación circunstanciada del hecho (modo, tiempo, lugar, etc.);
- Descripción sobre las personas que hubieren intervenido o presumiblemente intervinieron en la ejecución del ilícito que se denuncia (nombres, profesión, cargo público en el caso de empleados o funcionarios, vinculación directa o indirecta con el hecho, en el caso de haberse podido identificar en la actividad de detección llevada adelante por la empresa);

- La referencia a la investigación interna o proceso desarrollado que dio lugar al conocimiento del hecho (por una denuncia interna o procesos específicos, etc.);
- Un detalle general del beneficio o provecho obtenido de manera indebida, a partir de pericias (en el caso de ser dinero) o una descripción en otros casos (acceso a determinados contratos aún no ejecutados, beneficios impositivos todavía no determinados, obtención de habilitaciones o permisos aduaneros, cambiarios, etc.).

En esencia, la denuncia debería especificar el modo en que se llegó al conocimiento del hecho ilícito para poder demostrar que el origen de la autodenuncia se basa sobre hechos o sospechas ciertas, y no en forma maliciosa o tendenciosa, para evitar eventuales fraudes en búsqueda de obtener la eximición de pena.

Junto a la denuncia la persona jurídica deberá acompañarse toda la documentación y evidencia que se haya reunido en el proceso de investigación interna. Si no la acompaña la fiscalía deberá requerirle que aporte la prueba que respalda su denuncia.

La fiscalía deberá efectuar un juicio de valoración inicial con relación a la entidad de la denuncia, para identificar si la misma es maliciosa o la prueba ha sido manipulada. Si de esta investigación surgiera que la empresa ha manipulado la información o la prueba aportada o ha incurrido en alguna maniobra de ocultación de envergadura, la fiscalía deberá rechazar el otorgamiento de los beneficios del art. 9 , sin perjuicio de los recursos que la ley procesal le otorgue a la empresa.

c. Implementación *ex ante* de un programa de integridad

i. *Noción de programa de integridad y requisitos de procedencia*

El art. 22 Ley N° 27.401 define a los programas de integridad de la siguiente manera:

“Un 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”.

Al presentar la autodenuncia, la empresa deberá acreditar juntamente con la información llevada a conocimiento de la Fiscalía, la documentación que demuestre que previamente a la comisión del delito del catálogo disponía de un programa de *compliance* que funcionaba adecuadamente.

La configuración de este segundo requisito del art. 9 depende de la verificación de dos circunstancias:

1. La implementación de un programa de integridad *adecuado*.
2. La implementación de un programa de integridad *antes de la comisión del delito*.

Sería razonable entender que con el establecimiento de estos dos requisitos el legislador pretende que solamente puedan gozar de una exoneración de pena aquellas personas jurídicas que se hayan esforzado seriamente para impedir la comisión de delitos de corrupción. En primer lugar, el requisito de la adecuación condiciona la procedencia de la eximente a que el programa de integridad tenga la capacidad de dificultar seriamente la comisión de delitos del catálogo, esto es, cuando funciona adecuadamente. En segundo lugar, la implementación no debe surgir de la especulación de la organización tras la comisión de un delito, sino que se valora la adopción de medidas verdaderamente preventivas.

La Ley N° 27.401 no establece la obligatoriedad de implementar programas de integridad o *compliance*, sino que su existencia solamente condiciona la procedencia de ciertos beneficios para la persona jurídica. Así, una organización que carezca de un programa de integridad se verá impedida de utilizar en su favor una eximente de responsabilidad o bien de obtener una pena menor. Asimismo, conforme al art. 24 ninguna empresa que carezca de un programa de *compliance* adecuado podrá contratar con el Estado nacional. Dicho de otro modo: no es sancionada por no tener un programa de integridad.

Buena parte del análisis que se hace en relación al programa de integridad en el marco del art. 9 va a tener incidencia necesariamente en el art. 8, el cual también considera algunas cuestiones de *compliance* para la graduación de la pena.

Pese a que algunos elementos son comunes a ambas regulaciones, se desprende del tenor de ambos artículos y de la sistemática de la ley que el art. 8 es *subsidiario* del art. 9. Es decir, antes de ingresar en el procedimiento de graduación de la pena, la Fiscalía debe verificar si en el caso concreto concurren las condiciones del art. 9. Si alguna o todas ellas están ausentes, entonces debe procederse a analizar el caso a la luz del art. 8. Es decir, sólo en el supuesto de que no estén reunidos los requisitos del art. 9 para eximir de pena a la persona jurídica, deberán seguirse las pautas del art. 8 para graduar la sanción.

Adicionalmente, a diferencia de la técnica legislativa empleada en el art. 8, en el art. 9 de la ley 27.401 la enumeración es indudablemente taxativa, ya que no es posible agregar ninguna otra exigencia a las que la ley establece para que opere la exclusión de pena. La redacción del artículo es clara también en el sentido de que deben concurrir de modo simultáneo.

ii. Elementos de un programa de integridad

a. Generalidades

Conforme a la definición brindada por el legislador en el art. 22 Ley N° 27.401, el programa de integridad se conforma por un conjunto de elementos heterogéneos que funcionan organizadamente para prevenir, detectar y reaccionar frente a la comisión de los delitos de corrupción. Estos elementos pueden ser *materiales* de diferente naturaleza (políticas, protocolos, procedimientos, recursos humanos) o bien *inmateriales* (apoyo de la alta dirección o “*tone at the top*”, la cultura ética).

Diferentes documentos internacionales reflejan las buenas prácticas de las organizaciones en esta materia y en ese marco se enumeran los elementos más comunes de un programa de *compliance*. La Ley N° 27.401 refleja en su art. 23 gran parte de esas buenas prácticas y establece una enumeración de los elementos de un programa de integridad, la cual no parece tener la aspiración de ser taxativa, pese a lo extensa que resulta.

A partir de una mirada global de los programas de integridad, es necesario entender que no se trata simplemente de la acumulación de políticas, protocolos, procedimientos, etc., relativos a la integridad, sino más bien de que todo ello funcione correcta y sistemáticamente para prevenir, detectar y reaccionar ante los delitos enumerados en el art. 2 Ley N° 27.401.

En el apartado que sigue serán caracterizados los elementos del programa de integridad reconocidos por la Ley N° 27.401 y se indicarán aquellos aspectos que deben ser considerados por la Fiscalía para constatar si el respectivo elemento está funcionando adecuadamente.

Más allá de las valoraciones y recomendaciones que se formulan para la Fiscalía, se considera importante que se tengan en consideración de manera complementaria los “Lineamientos de Integridad” de la Oficina Anticorrupción.

b. Características y acreditación de los elementos

1) Código de ética

Características

Un código de ética es una carta de buenas intenciones en la que se expresan los lineamientos éticos generales de la empresa. En este documento se expresan de manera abstracta los principios que fundamentan todo el sistema de *compliance* y cuyos protocolos y

políticas se encargarán de concretar y resguardar. En la Ley N° 27.401, el concepto de “Código de ética” se utiliza de manera impropia, como sinónimo de código de conducta. Este Código contiene el conjunto de protocolos y políticas específicas en materia de cumplimiento normativo, siendo comparable a una especie de código general que contiene todas las autorregulaciones empresariales en materia de prevención de ilícitos. Aquí se caracteriza a los “Códigos de ética” en sentido estricto.

Este requisito busca que las personas jurídicas se vean compelidas a poner claridad allí donde se puedan generar situaciones dudosas, trazando una clara línea que separe las buenas prácticas comerciales de las delictuales.

Será un instrumento para que los empleados y directivos de la empresa asuman como propios una serie de principios éticos capaces de crear una cultura de respeto por la legalidad, a los que debe tender la actividad de la organización. Expresa de manera general y abstracta las máximas éticas que pueden permear y que no puede olvidar la autorregulación empresarial.

Su función está ligada principalmente a generar una cultura ética en la organización y establecer cuáles son sus valores fundamentales. De ese modo, agrupará en un único documento las políticas de integridad aplicables a todos los integrantes (y eventualmente a los terceros). Cada organización deberá definir su contenido de acuerdo a las características propias del sector en el que opera y sus riesgos intrínsecos.

Si bien cada organización se dota de su propio Código de Ética y éste suele tener un contenido distinto en cada una de ellas, es posible enumerar una serie de temas que suelen aparecer tratados habitualmente. Entre estos temas cabe mencionar los siguientes:

- **Filosofía de la empresa**
- **Uso de activos de la sociedad**
- **Información, confidencialidad, contabilidad y registros**
- **Relacionamiento con el sector público**
- **Competencias**
- **Valores y principios inspiradores de la empresa**
- **Políticas de género y laborales**
- **Generalidades sobre obsequios y donaciones**
- **Conflicto de intereses**

- **Políticas medioambientales y responsabilidad social empresaria**
- **Integridad empresarial**

Dado que el Código de Ética tiene aspiraciones de señalar las principales preocupaciones y los principales temas del *compliance*, un programa de integridad deberá contar con diferentes políticas y protocolos que refuercen el mandato normativo, que especifiquen y concreten las normas del Código de ética.

Los fiscales deben tener en cuenta que, de acuerdo a las prácticas internacionales, resulta llamativo que sean obligatorios los Códigos de ética o de conducta y no otros elementos enumerados en el art. 23, puesto que la praxis ha demostrado que ellos son incluso de mayor importancia, como ocurre con el canal de denuncias, el oficial de cumplimiento o el apoyo de la alta gerencia.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía:

- No existen criterios muy certeros en la praxis y en la teoría que permitan determinar con claridad si un Código de ética está bien o mal confeccionado, dado que estos códigos se limitan a cristalizar los valores, principios éticos y la mirada organizativa sobre muy diversas cuestiones de relevancia social, como ser el medioambiente, la integridad pública, la igualdad de género, el ambiente laboral saludable, etc.
- Con vistas al enfoque de la Ley N° 27.401, es necesario analizar como simple criterio orientador para la Fiscalía si con esta normativa la organización está fomentando de manera inequívoca su voluntad de velar por la integridad de sus prácticas.
- Si bien para la ley vigente se trata de un requisito imprescindible, la experiencia internacional y la praxis ofrece contundentes evidencias del escaso poder disuasivo de un Código de ética. Requiere siempre de la complementación de políticas y protocolos específicos.

2) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en cualquier interacción con el sector público

Características

La Ley N° 27.401 incluye entre los elementos del programa de integridad a las reglas y protocolos que rigen en las relaciones con el sector público. Si bien el art. 23 1º parte inc. b) refiere expresamente a las reglas y procedimientos específicos aplicables a concursos y procesos licitatorios y a la ejecución de contratos administrativos, el precepto apunta

particularmente a toda regla aplicable al relacionamiento con el sector público. Ello lleva a que muchas organizaciones cuenten con protocolos independientes para cada tipo específico de relacionamiento (por ejemplo, un protocolo de relacionamiento con la Aduana), mientras que otras opten por un manual genérico que se enfoque en todo tipo de vínculo con el sector público.

Tratándose de una ley que se enfoca en los delitos de corrupción, sin dudas estas políticas tienen una gran importancia para obstaculizar seriamente la comisión de ilícitos. Estos protocolos establecen las reglas de conducta que rigen para los miembros de la persona jurídica en su relación con el sector público. Algunos de los contextos respecto a los cuales suelen establecerse reglas de conducta son los siguientes:

- **Obsequios y regalos a funcionarios públicos.**
- **Invitaciones a comidas, eventos sociales, etc. de funcionarios públicos.**
- **Canales de comunicación con la administración pública.**
- **Procedimientos de control y supervisión del relacionamiento con el sector público.**
- **Denuncia de pagos u ofrecimientos de sobornos.**
- **Trámites ante la administración pública.**

Los temas abordados en estos protocolos suelen variar según la actividad y los riesgos a los que se expone la organización. De ahí que sea tan importante la correspondencia de estas políticas con los riesgos relevados en el mapa de riesgo. En este mismo sentido, se requiere que la intensidad de las medidas de control y supervisión se adecuen a la gravedad de esos riesgos.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía:

- El punto de partida para analizar la adecuación de estas reglas y procedimientos es atender a los riesgos identificados, comprendidos y evaluados en el mapa de riesgos y ver si ellos (y no otros) son abordados correctamente por estas políticas.
- Además de una clara identificación de las conductas prohibidas y permitidas en el relacionamiento con el sector público, es recomendable prestar atención a los mecanismos de control existentes sobre el adecuado cumplimiento de estas políticas.
- Un factor importante para medir la fortaleza de un protocolo de relacionamiento con el sector público es el manejo de dinero, fondos y del otorgamiento de beneficios.

Una organización que no establece reglas claras y rigurosas a este respecto facilita la comisión de delitos, aunque enuncie claramente las conductas prohibidas.

3) Capacitaciones sobre el Programa de Integridad

Características

El elemento de las capacitaciones periódica comprende la posibilidad de dotar a la empresa de capacidad real para la prevención de ilícitos. Ningún programa de *compliance* puede ser juzgado como adecuado (y, por tanto, habilitar una posible exclusión de la pena) si no cuenta con un plan de capacitación razonable para los directivos y empleados de la persona jurídica. Sólo así los recursos humanos de la organización van a estar en condiciones de gestionar adecuadamente los riesgos penales.

No alcanza con que una actividad de capacitación, aunque esté correctamente planificada y aplicada, sólo transmita conocimientos. Para ser efectiva debe estar focalizada en valores, asegurar su efectiva comprensión e internalización por los integrantes, evitando convertirse en una mera divulgación de contenidos. La capacitación, para ser merituada como válida, no puede constar de una reunión anual o bianual en la que se transmitan únicamente conceptos y regulaciones aplicables, menos aún en aquellas organizaciones donde los distintos sectores manejan diferentes riesgos de corrupción.

Las capacitaciones son un elemento central de un programa de integridad y ello justifica que el legislador haya dispuesto incluirlas entre los elementos obligatorios. Su importancia radica en que para que las políticas, protocolos y procedimientos de un programa de integridad sean correctamente implementados, los recursos humanos involucrados debe conocer esa normativa y saber manejarse con ella. La falta de capacidad de los recursos humanos para gestionar adecuadamente las políticas y procedimientos conlleva forzosamente al fracaso del programa.

Los contenidos del plan de capacitación se definirán según las tareas desarrolladas por los empleados o funcionarios. Los planes deberán ser aprobados por el órgano de administración o máxima autoridad de la persona jurídica. De allí se desprende que el compromiso que debe existir en la formación de recursos humanos se encuentra presente desde el vértice de la organización.

Debería existir evidencia dentro de la empresa de que estas capacitaciones está correlacionadas con las políticas antisoborno, el Código de ética y los riesgos de la

organización. Las capacitaciones no deben ser genéricas, esto es, abstraídas de las características concretas del específico programa de integridad de la respectiva organización.

Se debe asegurar que los conocimientos adquiridos estén efectivamente interiorizados y sean comprendidos por los destinatarios de las políticas: el objetivo es que ellos, además de conocer estas políticas, tengan las herramientas necesarias para poder actuar conforme a las exigencias del programa, que se expresan en las diferentes políticas, protocolos y procedimientos. Del mismo modo, el contenido de las capacitaciones debería variar según el perfil de los destinatarios, ya que en la gestión del riesgo, por ejemplo, las competencias de la gerencia o de la alta dirección no son las mismas que las del personal administrativo que prepara la documentación de las licitaciones públicas o los del departamento de compras.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía:

- Existencia y contenido de un plan de capacitación: la Fiscalía deberá verificar que se hayan impartido efectivamente las capacitaciones y que ellas hayan versado sobre los procedimientos, políticas y protocolos que integran el programa de *compliance*. Estas capacitaciones deben formar parte de un plan propuesto por el oficial de cumplimiento (o el órgano que cumple funciones de tal) y aprobado por el máximo órgano de la organización.
- Verificar si existe algún registro de asistencia para constatar que las capacitaciones han sido efectivamente impartidas.
- Teniendo en cuenta los registros de asistencia y también el plan de capacitación, identificar si estuvo incluido el personal de todos los niveles de la organización que gestionan el riesgo. La alta dirección no puede quedar excluida.
- Verificar si se dispone de alguna documentación que acredite que los recursos humanos han adquirido efectivamente los conocimientos impartidos en las capacitaciones. Al respecto, pueden servir tomar en consideración exámenes físicos o digitales realizados por los miembros de la organización.

4) Análisis periódico de riesgos

Características

La expresión empleada por el art. 23, 2ª parte, I. “análisis periódico de riesgos” debe ser interpretada como sinónimo de “mapa de riesgos originario”, es decir como aquel análisis de los riesgos de la organización que se hace al momento inicial del diseño del programa de *compliance*. Este mapa de riesgos se encarga de identificar, comprender y valorar todos los

riesgos jurídicos a los que se encuentra expuesta la persona jurídica y con base en este mapa de riesgos es que luego se desarrollan todas las políticas, protocolos y procedimientos del programa de integridad. La referencia al análisis “periódico” apunta a que se trata de un elemento que no permanece inerte tras su elaboración, sino que es necesario que sea revisado siempre que acontezcan incidentes o se produzcan cambios jurisprudenciales o legislativos que puedan impactar en los riesgos jurídicos a los que se expone la empresa.

La adecuada gestión de riesgos comprende diversas actividades basadas en los criterios de probabilidad de materialización del riesgo e impacto o consecuencias de la materialización del riesgo para la organización. En la doctrina se han estudiado estas etapas, las que comprenden:

- **Identificación de riesgos:** En el marco de las exigencias de esta ley, aquí se procede a reconocer cuáles son los riesgos jurídicos a los que se exponen las personas jurídicas. Para ello, será necesario atender al catálogo de delitos previsto en el art. 1 Ley N° 27.401.
- **Comprensión de los riesgos:** Se requiere comprender cómo se desarrolla la actividad mediante la cual la empresa se expone a un riesgo concreto. Por ejemplo, respecto al delito de cohecho, se trata de analizar qué áreas intervienen en los relacionamientos con la Administración Pública a los efectos de realizar algún trámite, participar en una licitación, etc.
- **Evaluación del riesgo:** En esta última etapa debe atenderse a la frecuencia con que la persona jurídica se expone al riesgo en cuestión y a las posibles sanciones, penas y consecuencias accesorias derivadas de la comisión de esos delitos.

Toda la información relativa al trabajo realizado en las fases de identificación, comprensión y evaluación de riesgos debe aparecer contenida en un informe de riesgos, en el que se detalle cómo se ha trabajado en cada una de estas etapas. Si bien el mapa de riesgos muchas veces suele estar asociado a la llamada **matriz de riesgos** o “mapa de color”, esto se trata únicamente de una representación gráfica que, de no estar respaldada por el informe de riesgos, **carece totalmente de valor**.

La información obtenida a partir de este análisis posibilita a la persona jurídica comprender la gravedad de los riesgos a los que se expone y, a partir de ello, gestionarlos de tal manera que esos riesgos no se acaben concretando. Por esta razón, la única manera de que todas las políticas, procedimientos y protocolos de un programa de integridad funcionen adecuadamente es a partir de sustentarse en este mapa de riesgos.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

Para verificar si la persona jurídica tiene o no un mapa de riesgos riguroso se recomienda a la Fiscalía tener en consideración la existencia del **informe de riesgos** que contenga información, al menos, sobre los siguientes puntos:

- Explicación de la metodología seguida para identificar, comprender y evaluar los riesgos.
- Identificación de los riesgos penales, con base en el art. 1 de la ley.
- Comprensión de los riesgos. Es importante que aquí se evidencie un estudio exhaustivo de la organización, habiéndose analizado todos los niveles de la organización.
- Valoración de los riesgos. Es relevante constatar que aparezcan aquí los criterios utilizados para considerar la frecuencia y el impacto de los riesgos.

5) El apoyo al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia

Características

Las buenas prácticas corporativas en materia de *compliance* señalan que la alta dirección debe asumir un compromiso y liderazgo reales en el establecimiento, funcionamiento y mantenimiento del sistema de *compliance*, lo cual también se conoce como *“tone at the top”*. En la doctrina se señala que el mensaje de la alta dirección fijará la postura de la organización hacia el compromiso ético y que deberá transmitir la importancia de la ética y su cumplimiento para la organización, así como para los colaboradores y el resto de grupos de interés.

El concepto alta dirección es propio de los sistemas de gestión y en materia de normas técnicas internacionales es un término común, sin embargo, dicho término no está regulado con el mismo *nomen iuris* en las legislaciones internas. De acuerdo a los parámetros internacionales, a la alta dirección la conforman la persona o grupo de personas que dirigen y controlan una organización al más alto nivel, que tienen el poder para delegar autoridad y proporcionar recursos dentro de la persona jurídica. En este sentido, la Fiscalía deberá considerar principalmente la actitud o la actividad del Directorio u Órgano de Gobierno, pero también pueden ser consideradas las gerencias.

La importancia que se le reconoce a este elemento *“intangible”* tiene que ver con que es clave para generar dentro de la organización un clima de integridad y compromiso con la legalidad. La experiencia práctica muestra que en aquellas organizaciones donde la alta dirección asume su liderazgo ético se reducen significativamente la comisión de ilícitos.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

Debido a que el tono ético de la alta dirección suele ser caracterizado como un elemento “intangibles” del programa de *compliance*, no suele ser sencillo identificar aquellos hechos que expresan ese compromiso ético. A continuación, se enumeran algunos criterios que podrían ser considerados por la Fiscalía.

- Informarse y asegurarse de que el sistema de gestión antisoborno, la política y los objetivos se establezcan, implementen, mantengan y revisen, y que estén alineados con los objetivos de la organización.
- Frecuencia de las reuniones con el oficial de cumplimiento.
- Garantizar la independencia del oficial de cumplimiento.
- Dotar al sistema de gestión antisoborno de los recursos suficientes y adecuados para su funcionamiento eficaz.
- Comunicación eficaz sobre los estándares éticos y de transparencia en la organización.
- Dirigir y apoyar al personal para contribuir a la eficacia del sistema de gestión antisoborno.
- Promocionar una cultura antisoborno apropiada dentro de la organización.
- Promover la mejora continua.
- Apoyar a otros roles pertinentes de la dirección, para demostrar su liderazgo en la prevención y detección del soborno en la medida en la que se aplique a sus áreas de responsabilidad.
- Fomentar el uso de los procedimientos para reportar la sospecha de soborno y el soborno real.
- Asegurarse de que ningún miembro del personal sufrirá represalias, discriminación o medidas disciplinarias como consecuencia de la información aportada de buena fe o sobre la base de una sospecha o creencia razonable de violación de la política antisoborno de la organización o por negarse a participar en el soborno, incluso si tal negativa puede dar lugar a la pérdida de negocios para la organización (excepto cuando el individuo participó en la violación).

6) Canales de denuncias

Características

A través de los canales de denuncia las partes interesadas de la persona jurídica –a nivel interno o externo– podrán comunicar la existencia o sospecha de actos de incumplimiento del programa de Integridad o de actos o sospechas de la comisión de delitos de corrupción. Su objetivo principal consiste en brindarle información a la organización sobre irregularidades en las que incurren sus miembros, socios de negocios o terceras partes relacionadas, para su debida atención e investigación a través de los procedimientos de investigaciones que pueda adoptar la persona jurídica.

La Ley N° 27.401 en su art. 23 2ª parte III alude a canales *internos* de denuncia. La referencia al carácter *interno* de estos canales puede resultar problemática, más aún cuando las buenas prácticas empresariales e incluso los estándares de certificación internacional recomiendan que estos canales sean administrados por terceros ajenos a la empresa. Con esta delegación se garantiza un manejo imparcial y objetivo del canal de denuncias.

Se recomienda interpretar que aquí el legislador no quiso dejar de lado la posibilidad de que el canal pudiera ser gestionado por terceros. Más bien, cabe entender que la referencia a canales internos busca contraponer canales de denuncia cuya titularidad es de la persona jurídica, en contraposición con los canales de denuncia público que muchas Administraciones Públicas o incluso las Fiscalías suelen poner a disposición de la ciudadanía. Sobre la base de esta interpretación, el canal de denuncia que una persona jurídica introduce en su programa de integridad es *interno* incluso cuando pueda ser gestionado por una tercera empresa (la práctica más recomendable), dado que el titular es la persona jurídica a la que pertenece el programa de integridad. El tercero solamente se encarga de la gestión del mismo.

Los canales de denuncia pueden consistir en líneas telefónicas, correos electrónicos, sistemas de denuncias en línea publicitados en la propia *website* de la persona jurídica, reportes de denuncia presenciales, buzones, entre otros.

Adicionalmente, es recomendable que los canales de denuncia permitan la interposición de denuncias anónimas o que, al menos, se garantice el respeto de la confidencialidad del denunciante.

Por último, la persona jurídica deberá implementar protocolos de denuncia para que los denunciantes sepan qué denunciar y cómo denunciar, para que el canal de denuncias no sea mal usado como un canal de quejas o reclamos. En este sentido, si bien la ley 27.401 no lo contempla expresamente, constituye una buena práctica en materia de *compliance* el dotar a la organización también de un canal interno de consulta o consejo.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

Para aseverar un buen funcionamiento del canal de denuncias, la Fiscalía debe tener siempre en consideración como principales máximas el tratamiento confidencial de la información y la transparencia y objetividad en su gestión. De manera más concreta se recomienda prestar atención a los siguientes aspectos.

- **Acceso al canal de denuncias:** Es importante atender a quien administra el canal de denuncias y quien está autorizado a acceder al mismo. Si bien las buenas prácticas recomiendan que el canal sea gestionado por terceros, ajenos a la empresa, que ello no suceda no debe ser visto como la señal de un mal funcionamiento. En este último caso, suele ser el oficial de cumplimiento el encargado de gestionarlo y de evaluar si la denuncia amerita el inicio de una investigación interna.
- Debe garantizarse que las personas denunciadas o cualquier persona de la organización (especialmente el órgano de gobierno) no pueda acceder libremente a las denuncias. El protocolo del canal de denuncia debería garantizar que solamente en casos excepcionales (especialmente cuando el oficial de cumplimiento sea el denunciado), puedan acceder a la información otras personas de la organización.
- **Trazabilidad:** La persona jurídica debe tener un registro de toda la información contenida en la denuncia y del tratamiento posterior que se le ha dado a ella. En caso de ser desestimada la denuncia, es importante que el oficial de cumplimiento o el tercero que gestiona el canal motive la decisión.
- **Facilidades a los usuarios:** Es de gran importancia que el aplicativo, plataforma o cualquier otra modalidad implementada para el canal de denuncias resulte de fácil uso y “amigable” para los usuarios. Modalidades excesivamente engorrosas y complejas pueden ser una señal de un mal diseño o desincentivo a denunciar.
- **Difusión y fomento:** Es importante atender a la gran difusión que se le ha dado en la organización al canal de denuncia y cuánto se ha fomentado que sea usado por los miembros de la organización o terceros. La recepción de denuncias no es necesariamente la señal de que la persona jurídica está haciendo mal las cosas en *compliance*, sino que muchas veces es justamente lo contrario: el programa de integridad funciona y por ello hay personas que se animan a denunciar y esa denuncia es tratada.

7) Política de protección de denunciantes contra represalias

Características

Las políticas de protección del denunciante es un complemento imprescindible de los protocolos de canales de denuncia, de ahí que muchas veces aparecen fusionadas en un mismo documento o política. Su importancia es máxima, dado que un canal de denuncias sin una adecuada política de protección al denunciante conlleva directamente el mal funcionamiento del canal de denuncias. De nada sirve tener un canal de denuncias con procedimientos bien diseñados respecto al tratamiento de la información, si nadie se anima a denunciar por temor a represalias.

El Programa de Integridad deberá garantizar, a través de una de sus políticas, que los denunciantes no sufrirán de represalias por las denuncias de actos de incumplimiento o delictivos que interpongan a través del canal de denuncias.

Asimismo, se podrán implementar mecanismos concretos de protección al denunciante, como son la confidencialidad y el anonimato de las denuncias, entre otros mecanismos a criterio de la persona jurídica. Incluso son recomendables políticas de asistencia y contención de denunciantes.

Una primera política fundamental tiene que ver con la identidad del denunciante. Por un lado, lo más frecuente es que las organizaciones admiten denuncias anónimas, lo cual promueve que las personas se animen a denunciar, pero naturalmente tiene como contrapartida la aparición de denuncias infundadas o de mala fe. Lo más importante es el tratamiento confidencial de la información, dado que una denuncia anónima puede arrojar información que permita identificar al denunciante de manera indirecta, por lo que resulta importante que todo el contenido de la denuncia sea confidencial. Con mayor razón, ello se explica en el caso de no ser anónima la denuncia.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

- El primer paso para la actividad de la Fiscalía respecto a este elemento del programa de integridad es revisar si existe o no una política y, en caso de existir, verificar si realmente se cumple. Aquí no sólo hay que considerar los mecanismos de protección de la identidad del denunciante y la confidencialidad de la información aportada, sino también la existencia de sanciones drásticas contra quienes ejercen represalias y mecanismos del puesto de trabajo y condiciones laborales del denunciante.
- El segundo paso consiste en testear qué tan confidencial es el manejo de la información y controlar quiénes son las personas que tienen acceso a la información de la denuncia.

8) Sistema de investigaciones internas

Características

El sistema de investigaciones internas se refiere al conjunto de medidas adoptadas por una organización, destinadas a esclarecer las circunstancias que dieron lugar a la existencia de una *notitia criminis* y a determinar los cursos de acción que es necesario seguir como consecuencia de la información obtenida. En este sentido, se implementan con el objetivo de

investigar las responsabilidades por los delitos cometidos por la empresa o alguno de sus órganos.

A grandes rasgos puede decirse que estas investigaciones constan de dos grandes etapas. En la primera se adopta una serie de medidas para averiguar si la ilicitud existió o no y, en su caso, determinar de qué manera ocurrió, qué miembros de la empresa participaron, etc. Para ello se implementan diferentes medidas, como entrevistas con los empleados involucrados, revisión de correos electrónicos, llamadas telefónicas y *chats*, análisis de registros audiovisuales, análisis de documentación, etc. Mientras que, en la segunda etapa, se analiza todo el material probatorio recabado, se realiza una reconstrucción de los hechos investigados y se confecciona un informe final.

Se trata de un elemento al que la Ley N° 27.401 le otorga una particular importancia, dado que uno de los presupuestos de la procedencia de la eximente del art. 9 es que se haya realizado una **autodenuncia a partir de una actividad de investigación interna**. Ello conlleva que un buen sistema de detección e investigación interna permite asegurar a la empresa el cumplimiento del requisito de la autodenuncia.

La importancia de las investigaciones internas radica en que, de este modo, la empresa puede detectar y acreditar mediante diferentes medios de prueba si un delito o infracción se ha cometido y cómo es que ello ha sucedido. La prueba recolectada en esta instancia y toda la información obtenida puede ser luego muy valiosa para la Fiscalía y los jueces en el marco del proceso penal contra la persona jurídica. Una investigación interna correctamente conducida puede representar una gran ayuda para la Fiscalía y el Poder Judicial.

Pese a la relevancia de este elemento del programa de integridad, no deben pasarse por alto algunas controversias que pueden surgir respecto a los derechos de los trabajadores. Especialmente ello sucede cuando en el marco de la investigación interna se utiliza violencia o engaño para obtener ciertos medios de prueba. De allí que la Ley N° 27.401 exija que las investigaciones internas deben respetar los derechos de los investigados.

Además, la ley exige que, como mecanismo de reforzamiento de los incentivos, el sistema de investigaciones internas debe contar con un régimen disciplinario que imponga sanciones a quienes se han visto involucrados en los delitos o irregularidades. Estas sanciones deben regirse por la legislación laboral y pueden consistir en multas, apercibimiento, suspensiones, rescisión contractual, entre otras.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

- **Protocolo de investigaciones internas:** Verificar si la persona jurídica cuenta con un protocolo de investigaciones internas y en especial si las prácticas en materia de obtención de prueba se concilian con las exigencias del debido proceso.
- **Análisis del informe final de las investigaciones:** Solicitar el informe final elaborado por quienes condujeron la investigación y analizar las medidas y las razones que respaldan aquellas decisiones que pueden ser más controversiales.
- **Análisis de la validez de la prueba:** De la prueba producida durante las investigaciones internas, identificar aquella que pueda ser empleada en el proceso penal sin vulnerar garantías del debido proceso.
- **Valorar de modo distinto una investigación pre-judicial o para-judicial:** La investigación interna puede iniciarse de manera espontánea antes de que se inicie una investigación formal por una Fiscalía (pre-judicial) o bien luego de que ello suceda (para-judicial). En el primer caso se evidencia en la persona jurídica un mayor compromiso con la legalidad, por lo que es recomendable atender a esta circunstancia a la hora de fijar a la pena solicitada al Juez.

9) Políticas de diligencia debida de terceros

Características

Estos son los procedimientos conocidos como de *due diligence* que se realizan en las relaciones comerciales y cuyos resultados brindarán información valiosa a las personas jurídicas para que tomen una decisión de negocios informada.

Con este procedimiento la ley está fomentando que las personas jurídicas sean diligentes en sus relaciones comerciales. Ello exige que, en caso de advertirse que alguno de sus socios de negocios está involucrado en algún delito de corrupción o de acto contrario a su programa de integridad, sea necesario tomar una decisión informada, que puede consistir en iniciar, continuar, suspender o terminar la relación comercial.

En la Ley N° 27.401 no se establecen cuáles serán los elementos o etapas de la *due diligence* de los socios comerciales, sin embargo, en el marco de estos procedimientos suelen adoptarse algunas de las siguientes medidas:

- 1) Verificación de quién es el beneficiario final de la organización a la que pertenece el socio comercial.
- 2) Indagar sobre si en la conformación societaria del socio comercial se encuentran personas políticamente expuestas.

- 3) Obtención de información sobre las zonas geográficas donde opera el socio comercial, para advertir si se tratan de zonas de riesgos (por ejemplo, zonas de alta corrupción, zonas de poco respecto a los derechos laborales, entre otros criterios).
- 4) Indagar si el socio comercial tiene implementado un programa de integridad.
- 5) Indagar si el socio comercial tiene antecedentes por la comisión de delitos de la misma clase y naturaleza que aquellos prohibidos por el programa de integridad.

Una vez que se ha obtenido esta información, la persona jurídica debe proceder a elaborar un perfil de riesgos de estos terceros y luego establecer medidas de control y vigilancia diferenciables según el nivel de riesgo de cada tercero o socio de negocios.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

- Constatar que la persona jurídica tiene algún tipo de documentación en el que se constate que se ha solicitado información a los terceros y que se ha elaborado un perfil de riesgos diferenciado para cada uno de ellos.
- Verificar que ese perfil de riesgos esté definido por la frecuencia con la que tiene lugar el relacionamiento con ese tercero y por la gravedad probable de la sanción recibida en caso de que el tercero en cuestión se vea involucrado en una irregularidad.
- Constatar que las medidas de control respecto a los casos de niveles más altos de riesgos constituyan *ex ante* obstáculos serios a la comisión de delitos.

10) Debida diligencia en procesos de transformación societaria y adquisiciones

Características

Al igual que en el supuesto anterior, aquí se regula la *due diligence* pero en el marco de operaciones de modificaciones societarias, lo que incluye procesos de transformación, fusión y escisión. La Ley N° 27.401 2ª parte VII es clara al precisar que la finalidad de la *due diligence* será verificar irregularidades, hechos ilícitos o vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas en las operaciones de concentración empresarial.

El objetivo de estas medidas consiste en que en el marco de algún tipo de reorganización societaria, la sociedad resultante sea diligente a la hora de analizar el “pasivo” de corrupción o de ilicitudes que viene de la sociedad modificada. Por ello, se torna necesario que antes de realizarse una operación de modificación societaria se estudie si, con anterioridad a la

operación, la sociedad transformada había cometido algún delito que hasta ese momento no era público por algún tipo de investigación judicial o administrativa en curso.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

Principalmente la Fiscalía debe solicitar información sobre las medidas adoptadas por la persona jurídica transformada, escindida o fusionante con relación a posibles pasivos de corrupción de la persona jurídica anterior. Entre esas medidas es importante analizar si los representantes de la sociedad resultante han emprendido alguna de las siguientes actividades:

- Averiguar si hay algún tipo de investigación judicial o administrativa en curso por un delito de corrupción.
- En caso de contar con un programa de integridad la persona jurídica anterior, la revisión de su canal de denuncias y el tratamiento dado en el marco del sistema de investigaciones internas.
- Revisión de documentos para rastrear la comisión de delitos todavía ocultos.

11) El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad

Características

Es fundamental que todo sistema de *compliance* penal sea objeto de mejora continua. Para ello, es necesario que se implementen procedimientos de monitoreo y evaluación continua, con indicadores claros y objetivos estratégicos.

Sobre este punto, el monitoreo debe ser constante y esta función debe asignarse al oficial de cumplimiento, para supervisar la efectiva vigencia del programa de integridad en la organización, detectar las debilidades y proponer a la alta dirección oportunidades de mejora.

Por su parte, la evaluación puede plantearse por períodos determinados o cuando se produzcan modificaciones legislativas o regulatorias relevantes en materia penal y de *compliance* penal para la persona jurídica, o modificaciones en sus líneas de negocio que pueda generar nuevos riesgos. El procedimiento de evaluación también debe concluir en oportunidades de mejora para el fortalecimiento del programa de integridad.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

- Verificar si el oficial de cumplimiento o el área encargada de la gestión de los riesgos penales de la empresa tiene documentado el proceso de monitoreo y si en esa documentación hay constancias de las variaciones de riesgos, sus motivos y las medidas adoptadas para la adaptación del programa de integridad a la modificación de la manifestación o valoración de los riesgos.
- En el caso de las personas jurídicas de gran envergadura, la Fiscalía deberá verificar si tiene un sistema informático que le permita hacer un adecuado monitoreo. Cuando el nivel de complejidad en la gestión es muy elevado por el tamaño de la organización o por la propia complejidad del negocio o de la actividad, un monitoreo sin el apoyo de herramientas tecnológicas puede ser la señal de una gestión inadecuada del monitoreo.

12) Oficial de cumplimiento

Características

La función del oficial de cumplimiento es trascendental para el adecuado funcionamiento del programa de integridad. Pese a que la Ley N° 27.401 no lo menciona entre los elementos obligatorios del art. 23, la praxis indica que todo programa de *compliance* debe contar con alguien encargado de gestionarlo y de velar por su adecuado funcionamiento. Sea que la organización cuente con un empleado dedicado a tiempo completo exclusivamente a la gestión del programa de cumplimiento en las grandes organizaciones o bien que alguien lo haga a tiempo parcial en las organizaciones más pequeñas, el encargado de *compliance* es una figura irrenunciable.

Si bien la ley señala de manera genérica que la función del oficial de cumplimiento consiste en el desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad, resulta necesario concretarlas.

En este sentido, a nivel de las normas técnicas internacionales, por ejemplo, en la norma UNE 19601:2017, "Sistemas de gestión de *compliance* penal, Requisitos con orientación para su uso", se adscriben al oficial de cumplimiento las siguientes funciones:

- 1) Impulsar y supervisar de manera continua la implementación y eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal en los ámbitos de la organización.
- 2) Asegurarse de que se proporcione apoyo formativo continuo a los miembros de la organización para garantizar que todos los miembros relevantes sean formados con regularidad.

- 3) Promover la inclusión de las responsabilidades de *compliance* penal en las descripciones de puestos de trabajo y en los procesos de gestión del desempeño de los miembros de la organización.
- 4) Poner en marcha un sistema de información y documentación de *compliance* penal.
- 5) Adoptar e implementar procesos para gestionar la formación, tales como las reclamaciones y/o comentarios recibidos de líneas directas, un canal de denuncias u otros mecanismos.
- 6) Establecer indicadores de desempeño de *compliance* penal y medir el desempeño de *compliance* penal en la organización.
- 7) Analizar el desempeño para identificar la necesidad de acciones correctivas.
- 8) Identificar y gestionar los riesgos penales incluyendo los relacionados con los socios de negocio.
- 9) Asegurar que el sistema de gestión de *compliance* penal se revise a intervalos planificados.
- 10) Asegurar que se proporcione a los empleados acceso a los recursos de *compliance*.
- 11) Informar al órgano de gobierno sobre los resultados derivados de la aplicación del sistema de gestión de *compliance* penal.

Sin perjuicio de esta referencia a la norma ISO, puede ser de utilidad a la Fiscalía atender a la enumeración de funciones contenida en el art. 12 de la [Resolución UIF 30-E/2017](#). Si bien allí se establecen las funciones que corresponden al oficial de cumplimiento en el ámbito de la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, pueden ofrecer una buena guía para la Fiscalía respecto a este elemento del programa de cumplimiento.

Aspectos que debe considerar la Fiscalía

Para que el oficial de cumplimiento desempeñe correctamente sus funciones es imprescindible que se le garantice *independencia* y *autonomía* en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que el oficial de cumplimiento debe controlar el correcto funcionamiento del programa de integridad sin la injerencia de ningún otro nivel de la organización. La *autonomía* implica su capacidad para desenvolverse por su cuenta, sin necesidad de ser mandado constantemente o sufrir limitaciones que le impidan desarrollar libremente sus cometidos. Por su parte, la *independencia* guarda relación con su neutralidad en el desarrollo de sus cometidos, en no ver conculcada su capacidad de proponer la mejor aproximación técnica desde el punto de vista de *compliance*, exento de presiones y sin miedo a represalias.

Para controlar si el oficial de cumplimiento efectivamente goza de independencia y autonomía, se recomienda a la Fiscalía tener en consideración algunos de los siguientes elementos:

- Que el oficial de cumplimiento se desempeña en un área autónoma, con nivel gerencial, sin dependencia de la gerencia general, con poder de reporte directo al Directorio y órgano de gobierno.
- Verificar si el área de *compliance* tiene asignado presupuesto y recursos humanos suficientes para cumplir con su función.
- Verificar en las actas del Directorio o en otros documentos del órgano de gobierno la frecuencia con la que el oficial de cumplimiento ha estado presente en sus reuniones o ha presentado reportes.
- Analizar la frecuencia y el contenido de los reportes del oficial de cumplimiento al Directorio u órgano de gobierno.

13) El cumplimiento de las exigencias reglamentarias

Este elemento es, en realidad, parte integrante de todo programa de integridad elaborado sobre la base de la ley, pues es natural que estos programas cumplan con las exigencias tanto legales como también administrativas o reglamentarias que se emitan para regular los mismos.

iii. Evaluación de adecuación del programa de integridad

a. Criterios de adecuación establecidos por la Ley N° 27.401 y principales desafíos interpretativos

El art. 9 Ley N° 27.401 establece que la exclusión de responsabilidad penal solamente es procedente cuando el programa de integridad resulta adecuado. Si bien no es sencillo identificar cuáles son las características que deben darse para determinar la adecuación, la ley se encarga de ofrecer esos criterios en los artículos 22 y 23. En el primer precepto se establecen criterios de adecuación genéricos, relativos a las características generales que debe tener un programa de integridad, mientras que en el art. 23 se enumeran los elementos obligatorios y optativos.

Especialmente relevante es el art. 23, pues identifica todos los elementos de un programa de integridad (los cuales ya han sido caracterizados *supra*) y establece qué elementos concretos debe tener como mínimo un programa de integridad para que pueda ser considerado adecuado

y, por ende, dar lugar a la exclusión de la responsabilidad penal. Concretamente, establece este artículo una distinción polémica entre elementos obligatorios y optativos.

El art. 23 1ª parte establece un piso mínimo que, en caso de no ser alcanzado, conlleva valorar al programa de integridad como **inadecuado**. Según la redacción de este artículo, ningún programa de *compliance* puede ser adecuado si no cuenta con los siguientes requisitos obligatorios:

- a) **Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad;**
- b) **Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios**
- c) **La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad.**

Luego en la 2ª parte del art. 23 se enlistan nueve elementos optativos, entre los que cabe mencionar a título ejemplificativo a los siguientes:

- i. **Análisis de riesgos**
- ii. **Sistema de investigaciones internas**
- iii. **Canales de denuncias**
- iv. **Oficial de cumplimiento**
- v. **Apoyo ético de la alta gerencia**
- vi. **Monitoreo de riesgos**

En relación a estos elementos la ley refiere a que el programa de integridad también “podrá” contar con esos otros elementos, lo que ratifica la vigencia del principio de “*autorregulación*” de las personas jurídicas.

Este método de separar entre elementos obligatorios y optativos no es habitual a nivel de Derecho comparado, pues en general las leyes o Códigos no establecen criterios o si lo hacen fijan mínimos, sin diferenciar entre elementos optativos y obligatorios.

Con todo, el mayor peligro que puede generar la Ley N° 27.401 en este aspecto es que la aplicación excesivamente literal del artículo conlleve que las organizaciones que no tienen ningún compromiso real con la legalidad y la integridad se vean beneficiadas con la exoneración de la pena, por lo sencillo que resulta cumplir con los mínimos de la ley. Básicamente existe el riesgo de que los aplicadores del Derecho y la Fiscalía se conformen con

verificar que la persona jurídica tiene el documento del Código de ética o de conducta, las políticas de prevención de ilícitos en concursos y la planificación de capacitaciones. Cumplir con ello es algo que en la praxis no demanda esfuerzos por parte de las organizaciones ni tampoco indica que en las organizaciones se cuente con una cultura de integridad en la que se prevengan delitos de corrupción.

Según la experiencia práctica internacional, la mera verificación de los tres elementos obligatorios no da señales de la existencia de una cultura de cumplimiento ni menos aún de que existen serios obstáculos a la prevención de los delitos. En realidad, tienen una bajísima capacidad preventiva y de este modo será necesario contar con varios de los elementos optativos para que un programa de integridad satisfaga el requisito del funcionamiento adecuado.

Este problema fue advertido ya por la Oficina Anticorrupción, la que, al momento de elaborar sus “Lineamientos de Integridad”, ha aportado criterios que permiten alcanzar una interpretación que favorece un funcionamiento más justo y práctico de la ley. La Fiscalía debe ser cuidadosa de no caer en una interpretación demasiado literal de la ley, que acabe favoreciendo con la impunidad a personas jurídicas que sistemáticamente utilizan la corrupción como modo de hacer negocios con el Estado, pero que cuentan con los tres elementos obligatorios.

Es conveniente que la interpretación de los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 esté orientada hacia los fines perseguidos por el art. 9, al momento de reconocer a la adecuada organización en *compliance* como uno de los presupuestos de la eximente. A este respecto, hay que considerar que para el legislador deja de existir la necesidad de imponer una pena cuando la persona jurídica evidencia que ha hecho **esfuerzos serios para impedir la comisión de delitos**. En estos contextos, el hecho de que ellos se hayan producido de todos modos debe ser el fruto de los **esfuerzos de quien comete el delito por doblegar el programa de integridad**, y no el resultado de la desidia de la empresa o su falta de compromiso con la integridad. En base a esta consideración, la interpretación de los mencionados preceptos debe dar como resultado que solamente puedan gozar de la eximente aquellas empresas que evidencien verdaderos esfuerzos para prevenir la comisión de delitos.

A continuación se propone una estrategia de razonamiento para valorar la adecuación de los programas de integridad, que se asienta en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401.

b. Pasos de verificación de la adecuación de un programa de cumplimiento

1º PASO: VERIFICAR LA ADECUACIÓN GENERAL DEL PROGRAMA DE INTEGRIDAD

El art. 22 establece tres criterios genéricos que deben ser considerados para analizar la adecuación de un programa de integridad:

- **riesgos propios de la actividad**
- **dimensión**
- **capacidad económica**

En primer lugar, el programa de integridad debe tener relación con los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica. En otras palabras, el programa de integridad debe estar diseñado sobre la base de los riesgos penales identificados, evaluados y priorizados en la matriz de riesgos de la empresa. Este primer criterio pretende transmitir la idea de que los sistemas de *compliance* están sujetos a la concreta actividad que desempeña la empresa y por ello, por ejemplo, no es el mismo el sistema que requiere una empresa dedicada a la industria de la celulosa y el papel que un banco.

Para reconocer si el programa de integridad se corresponde con los riesgos propios de la actividad de la empresa, se requiere verificar que el programa de integridad, en su conjunto, se haya diseñado sobre la base del mapa de riesgos de la empresa. Para ello, podrá el proceso de análisis de riesgos consistir en identificar, comprender y valorar los riesgos jurídicos a los que está expuesta la persona jurídica. Todas estas actividades se plasman en el mapa de riesgos.

En segundo lugar, en el análisis de la adecuación debe atenderse al tamaño de la organización, lo que se mide, entre otros criterios, con la cantidad de empleados que colaboran en la organización. El nivel de complejidad de la gestión no es el mismo en una pequeña o mediana empresa que en una empresa multinacional. Justamente, lo que refleja esta situación es que, por ejemplo, la Oficina Anticorrupción nacional ha dictado unos Lineamientos de integridad genéricos para todas las personas jurídicas y otros específicos para PyMEs.

En tercer lugar, también es necesario atender a la capacidad económica de la organización. Este dato pareciera ser relevante para evitar una sobre-exigencia a aquellas empresas que cumplen con los parámetros de integridad demandados por la ley. Sin embargo, esta exigencia no implica “menos *compliance* para empresas pobres”. Toda organización debe

gestionarse eficientemente también en materia de integridad, lo que implica que con el presupuesto disponible debe tener un sistema de *compliance* adecuado a sus riesgos. El negocio debe ser rentable al empresario contando entre los diferentes costos de su actividad también el correspondiente al diseño y mantenimiento del programa de integridad. Según las nuevas exigencias legales, los costos de integridad son tan importantes como los relativos a la seguridad social de los trabajadores o los impuestos. Por tanto, debe entenderse que el presupuesto en *compliance* debe ser acorde a los riesgos y actividad de la persona jurídica.

2ª PASO: VERIFICAR LA ADECUACIÓN ESPECÍFICA DEL PROGRAMA DE INTEGRIDAD

La Ley N° 27.401 fija también criterios específicos de adecuación que se corresponden con aquellos elementos que un programa de *compliance* debe contener para ser adecuado. La ley opta así por determinar la adecuación sobre la base de la presencia o no de ciertos elementos. Como se ha visto *supra*, la ley diferencia entre criterios obligatorios y optativos, por lo que toda persona jurídica que aspira a gozar de la eximente del art. 9 deberá contar con un programa de *compliance* que, como mínimo, cuente con los elementos obligatorios. La primera regla aquí es la siguiente: **la existencia de un programa de integridad con los elementos mínimos reconocidos por el art. 23 1ª parte es una condición necesaria mas no suficiente de la acreditación de la adecuación del programa de integridad.**

Adicionalmente, la evaluación de la adecuación requiere atender a su *funcionalidad*. No basta con que el programa de integridad contenga los tres elementos obligatorios, sino que además es necesario que *funcione adecuadamente* en vistas a la obstaculización de delitos. Así lo determina el art. 9 inc. b) cuando subordina la adecuación del programa a que su *“violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito”*. Esto significa que, aun cuando se hubiese acreditado la adopción de un programa que cumple con los requisitos de los artículos 22 y 23, la organización no podrá gozar del beneficio eximente del art. 9 si no se demuestra que en el caso concreto dicho programa se ha configurado como un obstáculo de relevancia para la comisión del hecho. Así, por ejemplo, un programa puede contener formalmente todos los requisitos obligatorios del art. 23 (e incluso alguno de los optativos), pero la eximente puede perderse cuando no se demuestra que haya sido eficaz para dificultar la comisión de delitos de corrupción.

Lo anterior demuestra que toda persona jurídica debe acreditar que con los elementos de su programa de integridad dificulta seriamente la comisión de delitos. De este modo, una persona jurídica que, por ejemplo, se hubiese contentado con tener únicamente los tres

elementos obligatorios del art. 23 2ª parte, deberá demostrar **adicionalmente** que objetivamente está en condiciones de dificultar la comisión de delitos. A la hora de evaluar la concurrencia de estos requisitos, deberá analizarse cuán concretas son las políticas de integridad. Así pues, como se dijo, no será suficiente con normas generales en materia de ética o transparencia o con códigos de ética que se limiten a indicar de modo genérico qué conductas se encuentran prohibidas, sino que se exigen reglas y procedimientos concretos relativos a los riesgos jurídico-penales específicos a los que está expuesta la persona jurídica en cuestión. Cabe aclarar que no bastará con la mera prueba de la existencia de estos procedimientos, sino que deberá acreditarse su efectiva operatividad en la práctica y su verdadera capacidad para dificultar la comisión de delitos.

Como corolario de todo lo anterior, si la persona jurídica en cuestión advierte que con los elementos obligatorios con los que cuenta no logra aún alcanzar el objetivo de obstaculizar la comisión de delitos de corrupción, deberá necesariamente introducir algún otro elemento que la Ley 27.401 señala como “optativos”. Entre aquellos elementos cabe considerar especialmente, y ya *a priori*, el análisis de riesgos como elemento fundamental. Esto es así porque una compañía que se niega a realizar un procedimiento de análisis de riesgos tendrá dificultades, por un lado, para elaborar el programa mismo (no puede saber dónde están los riesgos, qué merece ser atendido con prioridad, qué puede estar fallando en la empresa, qué riesgos resultan prioritarios en razón de la actividad que desarrolla, qué reglas de conducta corresponde adoptar, etc.), pero además, para detectar e impedir posibles ilícitos que la Ley 27.401 intenta prevenir (un programa construido sin un diagnóstico previo tiene muy pocas chances de mostrarse eficaz en este ámbito).

A los efectos de constatar que el programa de integridad funciona de tal manera que solamente mediante esfuerzos importantes puede ser violado, es recomendable atender a algunos de los siguientes criterios:

1. Existencia de un mapa de riesgos correctamente elaborado. Todo programa de integridad se diseña e implementa sobre la base de un análisis de riesgos, en el que se identifican los riesgos jurídicos a los que se expone la organización y se intenta comprender cómo se verifican en ella y qué impacto acaban teniendo. Todo ello se enmarca bajo el concepto de mapa de riesgos. La Fiscalía debería prestar atención a si existe este mapa y cómo ha sido elaborado, para constatar si es un mapa bien hecho, esto es, acorde a los riesgos de la organización, o si se trata más bien de una fachada. Al respecto, atender a los criterios analizados *supra* al tratar los elementos del *compliance*.

2. Verificar que el programa de integridad promocióne valores éticos en la organización y sus colaboradores. Para tal fin, podrá hacer uso de la técnica de revisión documental y enfocarse, entre otros, en la revisión del Código de ética o de conducta, la política de *compliance* penal, el compromiso de la alta dirección (*Tone at the top*), los temarios de las diversas actividades de capacitación y formación realizadas a los colaboradores, entre otros documentos que se considere necesario. También podrá valerse de prueba testimonial, a fin de indagar acerca de si la promoción de valores éticos en la compañía es meramente formal o, por el contrario, se encuentra inserta en una política real, visible y concreta de ética y transparencia llevada adelante por la organización. Cabrá indagar, en este sentido, si, pese a la constatación del delito, la compañía se comporta como un buen ciudadano corporativo.

3. El programa de *compliance* debe haberse proyectado sobre la base de un mapa de riesgos elaborado para esa concreta empresa. Al analizar el art. 22 se destacó que el programa debe guardar relación con los riesgos de la empresa, con lo que se enfatiza el rol del mapa de riesgos originario. Adicionalmente cabe agregar aquí que todas las políticas y protocolos de la organización para prevenir delitos de corrupción deben corresponderse con este mapa de riesgos. Ese mapa de riesgos debe dar cuenta y haber comprendido y valorado los riesgos específicos de esa persona jurídica y a partir de allí deberían estructurarse los restantes elementos del programa, sus sistemas de reportes, etc. Este es un dato muy importante no sólo para empresas que no tienen experiencia en *compliance*, sino también para filiales de empresas multinacionales que pretenden armar su modelo de prevención sin mapas de riesgos específicos e importando simplemente los protocolos y normativas de la casa matriz.

4. Validación de las capacitaciones periódicas: Deberá evaluarse si la persona jurídica prevé un sistema de capacitaciones periódicas (es decir, si está prevista cierta frecuencia) o si, por el contrario, se ha limitado a capacitar ineficientemente a sus miembros, con el único fin de contar con el correspondiente certificado para el caso de tener que presentarlo ante las autoridades. El operador podrá indagar, asimismo, si se han dictado capacitaciones específicas sobre sectores especialmente riesgosos en razón de su actividad, o bien, si la compañía se ha limitado a impartir capacitaciones genéricas y abstractas para todos sus miembros.

También servirá como criterio de orientación verificar la existencia de evaluaciones realizadas con posterioridad a las capacitaciones que permitan precisamente acreditar la efectiva internalización de los contenidos impartidos. En efecto, para acreditar la verificación de este requisito es necesario no solamente que exista un plan formal de capacitaciones (programadas o efectivamente impartidas) aprobado por el directorio u órgano de administración de la persona jurídica, sino también que se acredite que los recursos humanos

que intervienen en los procesos de mayor exposición a riesgos de corrupción hayan adquirido efectivamente las capacidades impartidas.

5. Análisis del funcionamiento de los elementos de detección: La adecuada capacidad de reacción de un programa de integridad está estrechamente asociada a su capacidad de detección. En la medida en que se detecte de manera idónea y a tiempo la aparición de circunstancias riesgosas o la comisión del delito, será posible para la organización remediar y sancionar ese riesgo o delito y prevenir otros comportamientos desviados. Concretamente, será valioso atender al funcionamiento del canal de denuncias, el sistema de monitoreo de riesgos y de investigaciones internas.

c. Criterios generales sobre la prueba de la adecuación del programa de integridad

1) Objeto de prueba

La Fiscalía en esta materia debe abocarse a constatar si el programa de integridad de la persona jurídica investigada es lo suficientemente sólido como para demandar un esfuerzo de los intervinientes del delito para doblegarlo. Ineludiblemente debe demostrarse que ello se ha logrado, al menos, mediante los elementos obligatorios establecidos por el art. 23 1ª parte.

Sin perjuicio de las particularidades de cada caso particular, debe servir como criterio fundamental que las personas que cometieron el delito solamente hayan podido lograrlo de la concreta manera en que se cometió gracias a **maniobras ardidosas o fraudulentas significativas**. No basta con una maniobra fraudulenta insignificante, sino que se requiere que el programa haya fallado fruto de un plan ingenioso de las personas que cometieron el delito.

2) Medios de prueba de compliance

- Prueba documental

La existencia de buena parte de los elementos de un programa de integridad se acredita mediante documentos. Así sucede, especialmente, con toda la normativa (protocolos, Código de ética, políticas, manuales, etc.), pero también sucede ello con los reportes, actas del directorio, etc.

Dado que la fiscalía debe acreditar no solamente la **existencia de los elementos** sino también el **adecuado funcionamiento de ellos**, además debe ser analizada toda la

documentación en la que consta la trazabilidad de los procesos, los reportes y, sobre todo, los fundamentos de las decisiones adoptadas por la alta dirección. Por ello, muchas veces suele ser valioso analizar las actas del directorio, entre otros documentos.

Muchas organizaciones que cuentan con sistemas informatizados para gestionar los programas de integridad, pueden también suministrar valioso material documental que contenga información procesada y trabajada en el sistema. Estos sistemas permiten mostrar la trazabilidad y los registros de los pasos atravesados y cumplimentados en cada uno de los procesos.

Una mención especial merecen los certificados de calidad, tales como los expedidos por la **Organización Internacional de Normalización (ISO)**. Al respecto, cabe señalar que las certificaciones de calidad según normas técnicas sólo acreditan la estandarización de procedimientos y no necesariamente la calidad del programa de integridad. La certificación se realiza sobre la base de una imagen del estado de cosas que se toma durante un periodo determinado, sin contemplar la dimensión dinámica del proceso y de la vida empresarial. La certificación en cuestión solo puede servir como un indicio de diligencia en materia de prevención de riesgos.

En caso de personas jurídicas que operen en entornos regulatorios se deben consultar o requerir informes a los organismos nacionales, provinciales o municipales competentes.

- Prueba testimonial

Entre los potenciales testigos pueden mencionarse aquellas personas receptoras de las medidas que debieron haberse implementado a consecuencia de la puesta en marcha de un modelo de prevención de delitos (por ejemplo, trabajadores y contratistas).

También podrían servir como testigos aquellos encargados de implementar el modelo y aquellos asesores contratados por la persona jurídica para el diseño, implementación y certificación del programa.

Además, ocupará un lugar destacado el encargado de prevención de delitos de la empresa u oficial de cumplimiento. En caso de no haber tenido ningún tipo de intervención en el delito, su declaración puede ser de utilidad para la Fiscalía para saber cómo ha estado funcionando el programa de integridad. Justamente se trata del encargado de gestionar el programa y, por esta razón, se trata de una de las personas más calificadas para brindar un testimonio valioso para ponderar el funcionamiento del programa de integridad.

- Prueba pericial

En la praxis internacional cada vez resulta más importante la pericia de *compliance*, prueba que consiste en el dictamen de un técnico especializado en *compliance* sobre el programa de cumplimiento de una organización. Los dictámenes de estos peritos pueden versar sobre diferentes aspectos del programa, pero especialmente se emiten pronunciamientos sobre la capacidad del programa de integridad para impedir la comisión de delitos o respecto a si su funcionamiento se ajusta a los parámetros fijados por las buenas prácticas internacionales.

3) Carga de la prueba

Atentos a la naturaleza de excusa absolutoria que tiene el art. 9 y puntualmente la existencia de un programa de integridad adecuado, la doctrina especializada está de acuerdo en que se trata de una **defensa negativa** que, como tal, debe ser alegada por la **defensa**.

Sin embargo, ello no obsta a que la Fiscalía pueda tomar la iniciativa respecto a la prueba del *compliance*. En este sentido, la Fiscalía podrá adoptar diligencias de manera autónoma en busca de acreditar si existe o no un programa de integridad que funciona adecuadamente.

iv. Evaluación de la temporalidad del programa de integridad

Por empezar, la ley es clara al exigir la adopción de un programa de estas características con anterioridad a la fecha en la que se ha cometido el hecho ilícito. Cabe preguntarse, sin embargo, si sería suficiente que la compañía lo hubiese implementado inmediatamente antes de cometido el hecho, por ejemplo, una semana antes. Si bien lo más probable es que un programa adoptado con tan poca anticipación no posea el nivel de madurez suficiente como para obtener el objetivo que el legislador pretende, nada obsta a tener por configurado dicho requisito si se demuestra que en el caso concreto el programa, además de ser adecuado en los términos de los artículos 22 y 23, ha constituido un verdadero obstáculo para la comisión del ilícito.

d. Devolución del beneficio indebido

Para hacer una estimación plausible de cuál es el monto del beneficio indebidamente percibido por la persona jurídica la Fiscalía debería ordenar la realización de una pericia.

Si en la autodenuncia se hubiera adjuntado una pericia contable (en caso de haberse obtenido cantidades de dinero), es recomendable que la Fiscalía ordene una pericia técnica oficial para corroborar los datos suministrados por la persona jurídica imputada. En caso de que el monto estimado por la empresa sea drásticamente inferior, sería recomendable que la Fiscalía ordene la devolución de una suma complementaria, hasta alcanzar el valor correcto de los indebidamente percibido.

Si bien sería conveniente estar atentos a mantener una interpretación de este requisito que no le quite fuerza preventiva a la ley, en ciertos casos debería primar una interpretación favorable al mantenimiento de la eximente. Especialmente en aquellos casos en los que la persona jurídica haya evidenciado un inequívoco compromiso con la legalidad, es recomendable ordenar la entrega de la diferencia entre el monto de devolución estimado por la defensa y el estimado oficialmente por el perito, en lugar de privar a la persona jurídica de la eximente.

La Ley N° 27.401 no requiere un momento específico para la devolución de los montos indebidamente percibidos, por lo que no hay una obligación de hacerlo antes o después de algún acto procesal relevante. En todo caso, resulta aconsejable que, al momento de analizar la aplicación del art. 9, la Fiscalía ordene a la persona jurídica la devolución del valor que estime adecuado.

3. Circunstancias que inciden en la graduación de la pena

a. Introducción

Los criterios enumerados por el art. 8 Ley N° 27.401 son los siguientes:

- incumplimiento de reglas y procedimientos internos;
- la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito;
- la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes;
- la extensión del daño causado;
- el monto de dinero involucrado en la comisión del delito;
- el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica;
- la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna;

- **el comportamiento posterior;**
- **la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia.**

El art. 8 de la ley establece una serie de parámetros para la determinación judicial de la pena a imponer a la persona jurídica. Los distintos criterios que deben tomarse en cuenta en esta tarea pueden agruparse, por un lado, en cuestiones relativas a las características de la empresa y la medida de sus esfuerzos para prevenir la comisión de delitos (que ciertamente representan la mayoría de los parámetros mencionados por la norma) y, por otro lado, en factores que hacen a la gravedad del delito. Aunque para la imputación del delito rige la transferencia de responsabilidad de la persona física a la empresa, para la graduación de la pena se reconoce relevancia a aspectos vinculados a la propia organización del ente colectivo.

En líneas generales, se trata de evaluar en qué medida la comisión del delito surge como consecuencia de rasgos permanentes de la empresa, más que del producto de actos individuales concretos. A este respecto, cobran relevancia los esfuerzos genuinos de la persona jurídica, a través de medidas de control de riesgos, para evitar el surgimiento de comportamientos ilícitos. Ciertamente, en la medida que el delito pueda atribuirse a contingencias extraordinarias, debidas a una decisión individual que se presente como distante del rumbo general de la organización, menos razones habrá para reprocharle el hecho a la empresa. Por el contrario, mientras la realización de un delito resulte fácilmente atribuible a características propias de la institución, que se extienden a lo largo del tiempo, más razones para agravar el reproche a la organización.

En este sentido, la mayoría de los parámetros previstos en dicha disposición pueden ser entendidos como indicadores de defectos de la organización y funcionamiento de la empresa. Así, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos de la empresa permite reconocer una actitud de tolerancia hacia el comportamiento desviado, lo cual debe contar como un factor agravante en la determinación de la pena. Es razonable suponer que cuando sistemáticamente se realizan conductas que involucran infracciones a las normas de la organización, tales actos no surgen de comportamientos aislados de algunos agentes, sino que forman parte de la cultura institucional del ente colectivo.

La *cantidad y jerarquía de los individuos implicados* en el delito constituye otro factor relevante para determinar las características de la organización. Concretamente, la participación numerosa de personas en el comportamiento ilícito, como también la intervención de agentes que tienen poder suficiente como para controlar el rumbo de la empresa, son indicadores de que el delito es resultado de defectos en el funcionamiento de la propia institución y no una consecuencia de actos individuales marginales. Del mismo modo,

la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes demuestra que los responsables individuales del delito contaron, por lo menos, con la pasividad de los órganos de control de la empresa, lo cual permite inferir cierto nivel de deficiencia organizativa.

El *tamaño*, la *naturaleza* y *capacidad económica* de la persona jurídica son también aspectos relevantes para evaluar los rasgos de la organización y, particularmente, el grado de su compromiso con la actividad lícita. Por un lado, una organización de gran envergadura, que cuenta con un caudal importante de recursos, tiene mejores posibilidades de implementar mecanismos sofisticados de control que empresas pequeñas y con menor capacidad económica. Por otro lado, el tamaño de la organización es una variable importante porque en las instituciones pequeñas resulta más difícil distinguir entre el producto de las decisiones colectivas y el de las decisiones individuales, pues ambas esferas no se hallan todavía diferenciadas de modo nítido. En cambio, cuando la corporación adquiere una dimensión y complejidad mayor, las decisiones institucionales tienden a depender menos de la actuación de individuos en particular. Consecuentemente, la responsabilidad por la organización defectuosa recae en mayor medida sobre el ente colectivo.

La norma también establece que, para la graduación de la pena, se deben tener en cuenta la denuncia espontánea de las autoridades de la persona jurídica como consecuencia de la *investigación interna*, el *comportamiento posterior al hecho* y la *disposición para reparar el daño* causado, así como la *reincidencia* en que pudiera haber incurrido. La introducción de estos criterios obliga a analizar el comportamiento **pre-delictivo** —i.e., los delitos previos que den lugar a la condición de reincidente— y **post-delictivo** de la empresa —i.e., el modo de reaccionar frente al delito—. La razón por la cual en el ámbito de la RPPJ es necesario tomar en consideración la conducta de la institución a lo largo de un periodo extendido de tiempo se explica por la necesidad de evaluar los esfuerzos de la empresa para evitar la comisión de delitos. En este sentido, la realización de un acto delictivo aislado, seguido de una actitud colaborativa con las autoridades y la disposición a reparar el daño ocasionado, en principio, no refleja una falencia en la organización, sino más bien una conducta marginal que no se compadece con la cultura institucional del ente colectivo. En cambio, la comisión de varios delitos en cierto período de tiempo, como una reacción tendiente a encubrir a los intervinientes en el hecho o el mantenimiento de los responsables del delito en puestos importantes dentro de la institución, permiten inferir ya un defecto de carácter permanente en la organización de la empresa.

Asimismo, como criterios a evaluar para la determinación de la pena, el artículo menciona la *extensión del daño causado* y el *monto de dinero involucrado* en la comisión del

delito. Tales parámetros no se relacionan con aspecto alguno de la organización de la empresa, sino que, por el contrario, constituyen **indicadores de la gravedad del hecho ilícito cometido**. Particularmente, puede resultar difícil determinar la dimensión del daño ocasionado por la conducta ilícita, pues los delitos incluidos en la ley atentan fundamentalmente contra bienes colectivos, por lo cual el perjuicio tiende a ser más difuso. De todos modos, cuando el delito presupone la interacción con funcionarios públicos, deberá analizarse si ha dado lugar finalmente a la ejecución de una decisión estatal y cuáles han sido sus efectos. Particularmente, el cohecho, el tráfico de influencias y las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas pueden implicar que, como consecuencia del delito, el funcionario público realice un acto contrario a sus deberes. En tal caso, es posible que ello traiga aparejado un detrimento patrimonial al Estado, como también perjuicios de otra naturaleza a intereses individuales y colectivos.

Con respecto al monto de dinero involucrado en la comisión del delito, especialmente cuando la conducta que se reprocha a la empresa consiste en pagos realizados para influir en las decisiones de funcionarios públicos, es necesario tener en cuenta la naturaleza bilateral de los sobornos. En efecto, desde el punto de vista económico, el soborno constituye un costo que asume la empresa para obtener un beneficio a cambio. Por tal razón, para maximizar el efecto disuasivo de la pena, es conveniente que la graduación de la sanción tenga en cuenta particularmente el monto de las ganancias del delito, más que la cuantía de los pagos efectuados.

b. Principales criterios de graduación de la pena

Al igual que ocurre con el art. 41 CP, dicha regulación no supone la fijación de agravantes ni atenuantes *ab initio*, sino que es el órgano jurisdiccional quien en el caso concreto debe valorar las circunstancias enumeradas, dándoles a cada una de ellas un carácter atenuante o agravante. Seguramente, la única excepción a esta regla pueda encontrarse en la *reincidencia*, circunstancia que tiene un inequívoco sentido agravante de responsabilidad.

A continuación serán analizados los principales criterios de graduación.

i. Organización en compliance

Entre las circunstancias enumeradas por el art. 8, dos de ellas tienen que ver con la organización en *compliance*: incumplimiento de reglas y procedimientos internos, y omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes. Incluso es posible entender que en realidad la omisión de la vigilancia no es otra cosa más que una forma de un incumplimiento de las reglas y procedimientos internos. En esta línea, es recomendable interpretar que las reglas y procedimientos internos están referidos al programa de integridad, según aparece definido en el art. 22 1º párr.

Las características y elementos del programa de integridad ya han sido expuestas *supra* al momento de estudiar la eximente del art. 9. Sin embargo, es muy importante tener en cuenta aquí esas reflexiones para comprender de mejor manera el alcance de los programas de integridad en la determinación de la pena.

En primer lugar, debe entenderse que a los efectos de la graduación de la pena quedan excluidos los programas de integridad adecuados que han sido implementados con anterioridad a la comisión del delito del catálogo. Justamente, estos supuestos deben ser reconducidos al art. 9.

Con base en ello, cabe entender que las situaciones de *compliance* abarcadas por el art. 8 son las siguientes:

1. **Implementación de un programa de *compliance* adecuado con posterioridad a la comisión del delito de corrupción.**
2. **Implementación de un programa de *compliance* inadecuado, antes o después de la comisión del delito de corrupción.**
3. **Falsa organización en *compliance*, antes o después de la comisión del delito de corrupción.**

El primer supuesto se refiere a supuestos en los que no se cumple con las exigencias del art. 9 por **razones temporales**, puesto que la calidad o funcionamiento del programa de *compliance* es el requerido por la ley. Es esperable que los esfuerzos realizados por la persona jurídica luego de la comisión del delito para evidenciar un compromiso con la legalidad tengan incidencia favorable en la graduación de la pena. Si bien el programa no existía antes del hecho para prevenirlo, su implementación tardía permite remediar las consecuencias del delito cometido y evitar así hechos futuros.

En los supuestos siguientes la principal razón de que la organización en *compliance* funcione como criterio en el marco de la graduación de la pena y no de la exención, tiene que ver con la adecuación del programa de integridad. Aquí el programa no reúne los requisitos elementales o no funciona adecuadamente, por lo que se ven excluidos los efectos del art. 9. Sin embargo, la distinción entre la *implementación de una programa de compliance inadecuado* y la *falsa organización en compliance* tiene relevancia.

En el primer caso, el programa de integridad no es adecuado porque se evidencia alguna falla significativa que facilita la comisión de delitos. En cambio, en los casos de falseamiento, la organización no tiene directamente ninguna estructura seria de *compliance* y solamente ha realizado un **montaje para engañar a la Fiscalía y al Tribunal para obtener la eximente**.

Los supuestos 1. y 2., son circunstancias favorables a la persona jurídica, que puede llevar a una pena atenuada. En cambio, la situación 3. no evidencia un compromiso de la persona jurídica con la legalidad, sino al contrario una actitud de persistir fuera de ella, con la agravante de pretender engañar a la Justicia. Por esta razón, los supuestos de falsa organización en *compliance* deberían ser tenidos en cuenta como agravantes.

ii. *Denuncia espontánea a las autoridades como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna*

Entre los parámetros recogidos por la ley cabe mencionar, en primer lugar, la denuncia espontánea a las autoridades como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna. Esta última cumple una doble función: opera indudablemente como condición atenuante en el art. 8, pero también como eximente, en el art. 9, si es que además concurren satisfactoriamente los otros dos requisitos.

El art. 8 comprende principalmente aquellos casos en los que la persona jurídica ha realizado una autodenuncia a partir de una actividad de investigación interna, pero no ha alcanzado la eximente como consecuencia de no cumplir con la exigencia de un programa de integridad adecuado y con la devolución de lo indebidamente percibido.

Sin embargo, el art. 8 también comprende supuestos distintos, concretamente casos en los que la autodenuncia no surge de una actividad de investigación interna, sino de una actividad de detección. Esta diferencia con el art. 9 se debe a que, en el art. 8, la ley otorga efecto atenuante a la autodenuncia efectuada sobre la base de cualquier mecanismo de detección interna (que no necesariamente debe implicar la existencia de un programa de

compliance). En el segundo caso, en cambio, al tratarse ya de un caso de eximición de pena, el legislador ha sido más estricto: se requiere que esa denuncia se asiente en un sistema de investigaciones internas, como elemento fundamental de un adecuado programa de integridad.

En consecuencia, el hecho puede haber llegado al conocimiento de las autoridades de la organización, por ejemplo, a raíz de una denuncia (anónima o no) realizada por intermedio de los canales de denuncia. Pero también puede haber sido detectado por el oficial de cumplimiento o, más aún, en el marco de una auditoría interna o externa de una compañía o a través de cualquier otro mecanismo informal.

Además, la denuncia debe haber sido realizada por una persona física con capacidad para representar a la persona jurídica (presidente, apoderado, etc.). No tendrá ningún valor, a los fines del art. 8 y 9, la denuncia efectuada por terceros ni por miembros de la compañía que no tengan facultades para actuar en nombre de la misma.

En conclusión, a la hora de analizar la concurrencia de este requisito, se recomienda a la Fiscalía verificar, entre otras circunstancias:

- **La existencia de la denuncia ante las autoridades; la fecha en la que fue realizada (y contrastarla con la fecha del inicio de la investigación judicial);**
- **Que hubiese sido suscripta por quien tiene facultades suficientes para representar a la persona jurídica;**
- **Que haya sido efectuada ante las autoridades competentes (y no, por ejemplo, presentada ante un organismo manifiestamente incompetente que no tuviese las herramientas para darle curso a la referida denuncia);**
- **Que la información aportada sea clara y permita individualizar un hecho concreto (no bastaría la mención de hechos abstractos que no individualizan el hecho en sí).**

Como se vio hasta aquí, la existencia de una denuncia espontánea sólo podrá ser analizada de forma positiva, esto es, tendrá efectos atenuantes. Por el contrario, la falta de colaboración no debe ser considerada como agravante, pues ello podría lesionar principios básicos de nuestro sistema constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada. Distinto sería el caso, si la persona jurídica realizara la denuncia (con el objetivo de asegurarse una futura exención o atenuación de la pena) pero aportando, a sabiendas, información falsa o pruebas manipuladas o manifiestamente inútiles, para dificultar de cualquier otro modo la posterior investigación judicial (haciendo incurrir en error al juez o intentado desviar la investigación o demorarla). Pues, sin perjuicio de las penas de las que podría ser pasible la persona física que realizare un acto de este tipo, no estaríamos aquí frente a un mero supuesto de falta de colaboración, sino directamente de obstrucción a la Justicia, lo que indudablemente

podría ser evaluado en perjuicio de la persona jurídica, en el ámbito de individualización de la pena.

iii. El comportamiento posterior

La persona jurídica podría adoptar, con posterioridad a la comisión del hecho ilícito, medidas o prácticas recomendadas en materia de integridad y ello debería indudablemente mejorar la posición de la organización frente a la imposición de una pena. Justamente, es usual que muchas organizaciones se doten de “planes de acción” que deben ser puestos en práctica frente a la eventualidad de que se verifique un evento de integridad dentro de la compañía. Entre las medidas recomendadas cabe mencionar, por ejemplo, la adopción de medidas disciplinarias en relación con el autor del hecho, la rescisión de determinado contrato, el cese de determinada asociación o, llegado el caso, el despido, la renuncia de los colaboradores o directivos de la organización.

Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con una cultura de cumplimiento. Así, a modo de ejemplo, la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la realización de un nuevo análisis de riesgos, la corrección de procesos internos vigentes o la adopción de nuevos procedimientos denotan cierta voluntad de la persona jurídica por evitar sucesos de estas características en el futuro. Por el contrario, acciones como la del autor que renuncia a su cargo o que es despedido pero que es indemnizado por ello con cuantiosas sumas de dinero, o que se mantiene vinculado a la compañía, evidencian una clara falta de compromiso en el sentido indicado. Lo mismo ocurre cuando el autor del hecho es despedido pero no se adopta ninguna otra medida tendiente a evitar en el futuro un hecho de esas características, pues en ese caso la medida adoptada sólo estará funcionando como válvula de escape sin que exista una modificación sustancial que en el futuro prevenga un suceso similar. Para que la adopción de medidas tales pueda operar como circunstancia de reducción de la pena aplicable, el operador deberá comprobar si detrás de ello existe una voluntad real de prevenir delitos en el futuro, si existe un compromiso serio en materia de integridad o si, por el contrario, se muestra como una acción tendiente a cumplir con ciertos estándares de modo meramente formal.

iv. La cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito

Es de suponer que la voluntad del legislador en este caso ha sido la de considerar especialmente reprochables aquellos delitos cometidos, por un lado, por una mayor cantidad

de intervinientes y, por el otro, por empleados o funcionarios con cargos jerárquicos superiores. Es indudable que un soborno llevado a cabo en forma aislada por un único empleado de bajo rango, no será igual de grave que si ese mismo hecho es cometido por un gerente, un director ejecutivo o, más aún, el presidente de la organización.

Cuanto más alto es el cargo que la persona física ocupa en la organización, mayores son las herramientas y las facilidades de las que se disponía para cometer u ocultar el hecho. Esto ocurre porque, por ejemplo, las relaciones y los contactos que posee le garantizan un mayor acceso al funcionario en cuestión, por la representatividad y poder de decisión que posee en la persona jurídica, por la falta de necesidad de autorización para realizar o aprobar determinada operación o contrataciones, por la mayor disponibilidad de recursos (monetarios o de otro tipo), por las mayores herramientas de las que dispone para obstaculizar los mecanismos de control, etc. La misma lógica cabe aplicar cuando se trata de funcionarios públicos si se considera, además, la mayor relevancia del especial deber que poseen (cuanto más alta sea la posición del funcionario en cuestión, mayor será el contenido de sus deberes positivos).

Como se adelantó, ocurre lo mismo cuando el delito es cometido por una mayor cantidad de miembros o funcionarios. Que el número de personas de la organización involucradas en el delito sea significativo puede ser un indicador de que no se trata de un hecho aislado o de que los sistemas de control son ineficientes o inexistentes.

En síntesis, en la tarea de solicitar y graduar la pena, sería recomendable que la Fiscalía, identifique a las personas físicas involucradas en el delito y, tras ello, contabilizarlas y verificar la posición que ocupan dentro de la estructura en la que se desempeñan (ya sea el ámbito privado o el sector público). Para ello será imprescindible contar con el organigrama de la persona jurídica en cuestión. Sin embargo, esto sólo no será suficiente en aquellos casos en que el organigrama no refleje la verdadera organización interna de la persona jurídica o del organismo bajo análisis. En estos supuestos será necesario, además, producir prueba adicional (ej. declaraciones testimoniales de los demás miembros) a los fines de indagar acerca del verdadero rol que cada uno de los involucrados asumió en la práctica.

V. PRINCIPALES REGLAS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Introducción

La Ley N° 27.401 introduce una serie de reglas de carácter procesal, orientadas a viabilizar su implementación por parte de los órganos de persecución penal y los tribunales. La ley regula cuestiones que, en principio, no afectan la autonomía de las provincias en relación a las competencias reservadas en materia de legislación de forma. Respecto a los supuestos de competencia federal o nacional, la ley establece en su art. 28 la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación. En relación a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se les extiende una invitación a adherirse a esta ley y dictar la normativa correspondiente, a los efectos de hacer aplicable la Ley N° 27.401 en los respectivos territorios.

A grandes rasgos, la Ley N° 27.401 estipula reglas procesales genéricas y otras específicas, referidas concretamente al ejercicio de la acción, al decomiso y al acuerdo de colaboración eficaz. En este sentido, puede interpretarse que el legislador nacional ha querido regular los mínimos indispensables para hacer posible la aplicación de la RPPJ, con independencia de las particularidades que luego quiera reconocer cada Código Procesal Penal local.

2. Reglas procesales genéricas

La ley 27.401 regula cuestiones procesales genéricas a fin de proceder a la imputación de las personas jurídicas y, en base a ello, se brindan pautas sobre los derechos y las garantías de la persona jurídica, la rebeldía, las notificaciones, etc. Ahora bien, la incertidumbre que todavía persiste respecto a varias cuestiones procesales, demuestra la necesidad de una complementación por parte de las legislaciones procesales locales y de la jurisprudencia. Pero el hecho de que ello no suceda, no será óbice para establecer la RPPJ en tanto se respeten sus derechos y garantías. Bajo esta pauta, los operadores deberán adaptar la regulación establecida para la imputación de las personas humanas a las jurídicas.

a. Situación procesal de la persona jurídica

El punto de partida de estas reglas genéricas lo marca el art. 11 que establece la situación procesal de la persona jurídica. Según este precepto, la persona jurídica gozará de los **mismos**

derechos y obligaciones previstos para las personas físicas imputadas, conforme a los Códigos Procesales aplicables.

Se produce una equiparación de los derechos y obligaciones de las personas humanas con los de la jurídica sin precisarse en qué medida son susceptibles de ser extendidos. Sin embargo, dicha remisión genérica fija como pauta, que serán trasladables *“en cuanto le sean aplicables”*, vale decir, en tanto resulten compatibles con su propia naturaleza.

De este modo, la persona jurídica tendrá derecho a guardar silencio, a no ser obligada a declarar contra sí misma, a la presunción de inocencia, a designar defensor, a ser informada de la acusación, a ofrecer prueba, a contradecir la imputación, a interponer recursos, a ser juzgada por un juez imparcial e independiente, etc. Asimismo, la prueba obtenida en el proceso deberá ser incorporada con respeto de sus derechos y garantías constitucionales, como la privacidad de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etc. Sin perjuicio de ello, será tarea de la jurisprudencia precisar el alcance de cada una de estas garantías respecto a las personas jurídicas.

Concretamente, en relación a la presunción de inocencia debería ser aplicada con los mismo estándares que rigen para las personas humanas, por lo cual corresponde a la acusación desvirtuar el estado de inocencia. Con base en ello, debe acreditarse más allá de toda duda razonable la verificación de los presupuestos de responsabilidad de los artículos 2 y 3 Ley N° 27.401 y, en caso de no alcanzarse ese nivel de convicción, operará en plenitud el principio *in dubio pro reo*.

Diligencias recomendadas

Conforme será expuesto en las *“recomendaciones durante la investigación”*, será preciso proceder al allanamiento y secuestro de aquella evidencia que se tenga sospecha que pueda llegar a ser ocultada o destruida.

b. Notificaciones

El art. 12 Ley N° 27.401 fija como regla que las notificaciones a la persona jurídica que no se hubiera presentado en el proceso deberán ser cursadas a su **domicilio legal**. Sin embargo, el mismo artículo admite que las notificaciones puedan ser cursadas a otro domicilio que sea conocido. Al respecto, cabe recordar que conforme al art. 152 del CCyC el domicilio legal es

el fijado en los estatutos o en las autorizaciones que se le otorgaron para funcionar, lo que suele ser publicado en los boletines oficiales de cada jurisdicción.

No obstante, una vez que el representante de la persona jurídica que se haya presentado en el proceso, el art. 13 establece que se fijará el domicilio de la entidad y se constituirá domicilio procesal, al cual deberán cursarse todas las notificaciones siguientes.

Diligencias recomendadas

Si bien la norma autoriza a cursar notificaciones a otro domicilio que se conozca, es recomendable que la Fiscalía tome conocimiento del domicilio real a partir de las bases de datos públicas. Ello no excluye naturalmente la posibilidad de practicar notificaciones en otros domicilios conocidos, a efectos de garantizar la toma de conocimiento y el adecuado ejercicio del derecho de defensa, como, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales el domicilio legal se encuentre abandonado, sin edificación, etc.

c. Representación

La Ley N° 27.401 establece en sus artículos 13 y 15 reglas valiosas en relación a la representación de la persona jurídica.

En primer lugar, el art. 13 1ª parte establece quiénes pueden ser representantes de la persona jurídica en el proceso penal. Naturalmente, a los efectos de resguardar su derecho de defensa, deberá ser designado un abogado defensor, pero más allá de ello, pueden representar a la persona jurídica en el proceso:

- **El representante legal**
- **Cualquier persona con poder especial**

Si bien la persona jurídica es la imputada, para actuar en el proceso penal debe hacerlo por medio de su representante legal. Para ello será preciso determinar quién reviste dicho carácter de acuerdo a las normas que regulan la clase de persona jurídica y su estatuto. Quien actúe como representante legal deberá designar abogado defensor y en caso de no realizarlo deberá ser designado un defensor oficial. De este modo, queda diferenciado el defensor técnico del representante procesal.

No obstante, está previsto que la designación de representante no es irrevocable, dado que la 3ª parte del art. 13 establece que puede darse una sustitución en cualquier etapa del proceso. La ley únicamente establece como requisito específico respecto a las sustituciones de representación producidas una vez iniciada la audiencia en juicio que la decisión debe estar motivada y solamente se podrá interrumpir el proceso dentro del límite de los plazos procesales correspondientes. En cualquier caso, según la 4ª parte del art. 13 esa sustitución no afectará la eficacia de los actos cumplidos con anterioridad.

Por su parte, el art. 15 contempla la situación en que se presente un conflicto de intereses o el abandono de la representación.

Un conflicto entre la persona jurídica y su representante resulta imaginable, atento a que las defensas muchas veces van a transitar por carriles opuestos, debido a que la empresa a fin de quedar exenta de responsabilidad posiblemente cargue la responsabilidad sobre uno de sus miembros, el cual puede ser su representante legal. Al mismo tiempo, es esperable que el representante legal, a fin de quedar exento de pena o de recibir una menor, elabore una estrategia defensiva conforme a la cual descargue la responsabilidad sobre el ente que representa. De este modo, vemos que, si bien existen dos imputados con intereses procesales no necesariamente coincidentes, una misma persona física puede efectuar la defensa material de ambos imputados, pudiendo darse el caso de que sea necesaria la sustitución de una de ellas en virtud de la contraposición de intereses.

También podría surgir un conflicto de intereses si la persona jurídica y alguno de sus colaboradores internos o externos imputados en el mismo juicio por los mismos delitos hubiesen designado al mismo abogado defensor. En estos casos, para garantizar la vigencia del debido proceso deberá intimar al imputado en cuestión a que realice una sustitución.

Otro conflicto que puede darse y que no se encuentra previsto por el art. 15 es que el representante de la sociedad sea a la vez testigo del hecho, atento a que en principio no resultaría factible que quien tiene facultad de abstención a partir de la representación que ejerce sea citado como testigo a declarar bajo juramento al debate. Aquí confluyen dos roles en un mismo sujeto. Incluso puede suceder que esta particularidad sea aprovechada deliberadamente por la persona jurídica, a fin de evitar que un testigo clave pueda ser citado a declarar, en desmedro de la investigación judicial.

Diligencias recomendadas

- Debido a que las decisiones que adopte el representante legal o persona designada con poder especial serán atribuidas directamente a la persona jurídica, será preciso llevar adelante un control riguroso acerca quien reviste dicha calidad, a fin de evitar futuros planteos relativos a una afectación del derecho de defensa.
- Atento a que durante el transcurso del proceso podría alegarse una afectación del derecho de defensa al existir un conflicto de intereses, se recomienda desde el inicio de la investigación evaluar seriamente, de acuerdo a las particularidades del caso, intimar a la sustitución del representante legal si éste puede resultar imputado, como así también del defensor en caso que sea la misma persona.
- En relación al conflicto que puede darse cuando el representante legal es también testigo, es recomendable que la Fiscalía elabore su teoría del caso e indague sobre si, conforme a ella, resulta relevante su testimonio. En caso de serlo, es recomendable que intime a la persona jurídica a que proceda a su reemplazo y si ésta no se dispusiera a hacerlo corresponderá concurrir ante el juez a efectos de dirimir la controversia. Al respecto, se advierte que algunos Códigos Procesales que han regulado la cuestión, suelen dar preeminencia al rol de testigo sobre el de representante legal.

d. Rebeldía

Al igual que sucede con las personas físicas, no resulta posible llevar adelante un juicio en ausencia de la persona jurídica. Sin embargo, se puede continuar con la investigación habiéndose declarado la rebeldía, excepto para aquellos actos en los cuales se requiera la necesaria intervención del imputado, como son su declaración y la realización del debate.

El art. 14 Ley N° 27.401 establece justamente que en caso de incomparecencia la persona jurídica deberá ser declarada en rebeldía a solicitud de la Fiscalía. Al declararse rebelde a la persona jurídica, el juez deberá informar de esa resolución a una serie de organismos públicos enumerados en este mismo artículo y además deberá adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la continuación y la finalidad del proceso.

Diligencias recomendadas

A fin de poder solicitar la declaración de rebeldía será preciso que previamente se curse la notificación en la forma establecida por la ley, es decir, al domicilio legal, sin perjuicio de las notificaciones a los otros domicilios conocidos.

Cumplidos los requisitos necesarios para solicitar la declaración de rebeldía, la Fiscalía deberá solicitarla al juez, a quien se le requerirá además la aplicación de medidas concretas a efectos de hacer cesar dicho estado, las cuales deberán ser evaluadas en cada caso de acuerdo a sus características. En este sentido, es recomendable valorar en forma estratégica, cuales medidas cautelares podrían tener un mayor impacto sobre la persona jurídica a efectos de hacerla comparecer a la Justicia.

Se recomienda evaluar la posibilidad de solicitar:

- a. **Bloqueo de CUIT que deberá ser comunicado a la AFIP,**
- b. **Suspensión preventiva de la Persona Jurídica,**
- c. **Clausura Preventiva,**
- d. **Intervención judicial,**
- e. **Prohibición de innovar en un juicio,**
- f. **Prohibición de contratar sobre determinados bienes,**
- g. **Interventor recaudador,**
- h. **Embargo preventivo de bienes en caso de ser conocidos.**
- i. **Anotación de litis,**
- j. **Inhibición general de bienes.**
- k. **Aplicación de astreintes.**

3. Decomiso

En el marco de los delitos empresariales o de macrocriminalidad la institución del decomiso suele ofrecer incentivos a las personas jurídicas para organizarse correctamente e impedir la comisión de delitos. De hecho, la posibilidad de emplear el decomiso es una circunstancia que suele tomarse en consideración a la hora de evaluar los riesgos en el marco de un mapeo de riesgos originario.

En esta línea, el art. 10 Ley N° 27.401 establece la posibilidad de hacer aplicable todas las normas relativas al decomiso previstas en el CP también a esta ley. El artículo no presenta particularidades en relación al decomiso cuando la imputada es una persona jurídica, por lo cual resultan aplicables los mismos criterios legales y jurisprudenciales que rigen respecto a la persona física.

El decomiso no funge como pena accesoria, sino que se trata de una herramienta destinada al recupero de activos provenientes del delito, impidiendo que el autor pueda seguir beneficiándose de aquello que obtuvo de forma ilícita.

Así, resultan decomisables los siguientes conceptos:

1. **Instrumentos:** constituyen las cosas muebles e inmuebles que han sido utilizadas para cometer el delito, ya sea para la preparación o ejecución;
2. **Efectos:** son los elementos que provienen del delito, como los objetos creados, transformados, adulterados o producidos mediante la actividad ilícita;
3. **Producto y provecho:** constituyen las ganancias o beneficios obtenidos a partir del ilícito. Al respecto, el art. 23, 3° párr. CP expresamente establece que puede aplicarse en relación a la persona jurídica, al indicar que: *“[c]uando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.”*.

Asimismo, cuando un tercero se hubiese beneficiado con este provecho a título gratuito, el decomiso también se le aplicará.

A partir de lo señalado, cabe precisar que el decomiso de las ganancias no alcanza solamente a lo obtenido directamente por la actividad delictiva, sino que se extiende al decomiso sustitutivo, es decir a aquellos bienes que han reemplazado, sustituido o transformado los originarios, ya sea total o parcialmente. Por lo cual, si en un hecho de corrupción no resulta factible localizar el dinero, será posible decomisar el bien que se adquirió con el mismo, como un inmueble o vehículo. De este modo, se puede llegar hasta cualquier bien que se encuentre en la cadena en relación al bien originario producto del delito.

Por otra parte, se ha distinguido entre **ganancias directas e indirectas**. Estas últimas constituyen los beneficios obtenidos por parte de las personas jurídicas o humanas al invertir o gestionar hábilmente las ganancias originarias. Así, si la persona jurídica tiene réditos económicos a partir de un hecho de corrupción y posteriormente invierte dicho dinero en

actividades que pueden ser lícitas como la actividad bursátil, adquisición y explotación de patentes, etc., el decomiso deberá alcanzar también sus frutos.

Otra diferenciación relevante a efectos de determinar la extensión del decomiso, es la existente entre **ganancias brutas y netas**. El Código Penal no efectúa dicha distinción sino que solamente alude en forma genérica a ganancias y beneficios, existiendo elementos de peso a favor de una interpretación que incluya en el decomiso las ganancias brutas. En primer lugar, motivos de justicia nos indican que si a la persona jurídica, en caso de ser descubierta, se le garantiza la devolución de los costos en los cuales incurrió para llevar adelante su actividad delictual, el riesgo al cual se somete en caso de cometer un delito radica en la eventual pérdida de la ganancia obtenida, pero el dinero invertido a fin de preparar y ejecutar el hecho quedarían en su poder. En segundo término, si únicamente se procede al decomiso del neto resultaría necesario que el Estado calcule el costo incurrido por el autor para llevar adelante la maniobra delictiva, llegando al punto de tener que preguntarse cuánto le costó el alquiler del arma de fuego, cuál fue el valor de la cena en la que invitó al funcionario público para conversar el valor de las dádivas, el precio del combustible abonado para ir a la oficina del funcionario, los presentes entregados, etc.

Diligencias recomendadas

Teniendo en cuenta que no existen diferencias, es aconsejable que la Fiscalía desde el inicio de la investigación, además de recabar la evidencia necesaria a efectos de acreditar o descartar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y físicas, lleve adelante una investigación de carácter patrimonial. La misma tendrá por objeto recuperar los activos provenientes del delito, para lo cual será necesario determinar el producto o ganancias del ilícito y las cosas utilizadas a efectos de cometerlo.

Siguiendo esta misma línea, también desde el comienzo es aconsejable que la Fiscalía solicite al juez las medidas cautelares necesarias, a fin de garantizar el futuro decomiso de los bienes identificados, como también aquellas que permitan asegurar el pago de la multa. Posteriormente, una vez cautelados los bienes, será preciso proceder a su administración a fin de conservar su valor hasta el momento en el cual tenga lugar el efectivo decomiso, al cual deberá asignársele el destino y prioridad fijados por el CP.

Adicionalmente se recomienda que las medidas cautelares sean evaluadas en cada caso, teniendo en cuenta sus particularidades. Los requisitos de procedencia de cualquier medida cautelar, que deberá acreditar la acusación al momento de solicitarlos son dos: la **verosimilitud**

del derecho y el **peligro en la demora**. En relación al primero, no se requiere una prueba determinante sino un grado de probabilidad suficiente y el segundo se vincula con la necesidad de no tornar ilusoria la ejecución de la sentencia respecto de los bienes sujetos a decomiso, ante la posibilidad de que éstos sean enajenados a terceros de buena fe a título oneroso, ocultados, destruidos, etc.

A efectos de profundizar esta tarea por parte de la Fiscalía, se recomienda el uso de la guía de medidas cautelares para el recupero de activos del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

A modo meramente enunciativo se mencionan las siguientes medidas cautelares:

- a. Embargo preventivo de bienes,
- b. Anotación de litis,
- c. Inhibición general de bienes.
- d. Suspensión preventiva de la Persona Jurídica,
- e. Clausura Preventiva,
- f. Intervención judicial,
- g. Prohibición de innovar en un juicio,
- h. Prohibición de contratar sobre determinados bienes,
- i. Interventor recaudador,
- j. Bloqueo de CUIT que deberá ser comunicado a la AFIP,

4. Reglas relativas a la acción penal

El criterio principal que asume el legislador en relación a la acción penal ejercida contra la persona jurídica es su independencia respecto a la de la persona física. Si bien el delito imputado es el mismo, la Ley N° 27.401 establece que se trata de dos sujetos procesales diferentes que deben ser investigados de manera independiente.

El art. 4 Ley N° 27.401 remite a las reglas establecidas en el CP sobre las acciones penales al establecer las causales de extinción. Puntualmente, establece que la acción penal contra la persona jurídica sólo se extinguirá por las causales de los incisos 2 y 3 del art. 59 del Código Penal. De este modo, los supuestos de extinción se reducen a la amnistía y a la prescripción.

Incluso respecto a la prescripción la ley mantiene en su art. 5 la autonomía a partir de establecer un plazo específico para las acciones contra las personas jurídicas (**seis años**), sin que ello impida hacer aplicable aquí también las reglas de interrupción y suspensión del CP.

La independencia es tal que el ejercicio de las acciones penales contra personas jurídicas no queda supeditado a la suerte o vicisitudes que pudiese experimentar la acción penal contra las personas físicas. La ley aporta en este sentido dos reglas fundamentales: una primera vinculada a la posibilidad de que la acción penal contra la persona física se hubiere extinguido y una segunda relativa a los supuestos en los que no ha sido posible identificar o juzgar a la persona física que hubiere intervenido.

En cuanto a la primera de estas reglas, el art. 4 2º párr. Ley N° 27.401 establece que la extinción de la acción penal de la persona física no afecta la vigencia de la acción contra la persona jurídica. En un sentido similar, el art. 6 de la ley establece una segunda regla que debería ser interpretada como general en relación al ejercicio de la acción contra personas jurídicas: toda persona de existencia ideal podrá ser condenada incluso cuando la persona física que hubiere cometido el delito del catálogo no hubiese sido identificada o juzgada. Esta clara regla de independencia de las acciones determina que la persona jurídica pueda ser investigada y condenada incluso cuando quede impune el agente de la organización que cometió el delito de corrupción. Esta regla es comprensible desde el punto de vista político-criminal, porque de lo contrario existirían incentivos para que la persona jurídica no contribuya a la investigación o directamente contribuya a ocultar los hechos para luego beneficiarse de su impunidad en caso de no hallarse evidencia incriminatoria suficiente contra las personas físicas involucradas en el hecho.

Para entender correctamente esta regulación es importante tener en cuenta que ella no alude a supuestos en los que no se puede constatar la materialización del delito. Esto último debería impedir hablar de la existencia del hecho de conexión y, por ende, de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, al no verificarse uno de los presupuestos elementales previstos en el art. 2 Ley N° 27.401. Más bien, el art. 6 se refiere al supuesto en el que existe certeza respecto a la comisión de alguno de los delitos del catálogo por parte de una persona física, pero no se ha podido identificar concretamente a las personas físicas intervinientes por falta de prueba o bien no se la ha podido someter formalmente a un proceso penal, como puede ser el caso de haberse dado a la fuga.

En todos estos casos las regulaciones apuntan a enfatizar la independencia de la responsabilidad individual y la colectiva y a evitar que los obstáculos procesales vinculados al proceso de la persona física acaben truncando el procesamiento de la persona jurídica o

incluso el surgimiento de su responsabilidad. Pero adicionalmente, sería importante preguntarse las consecuencias que podrían derivarse de la **ausencia de algunos elementos del delito en el hecho de conexión**. Puntualmente la pregunta es si la concurrencia de una circunstancia personal del autor y que incide sobre su culpabilidad o sobre la punibilidad del delito puede condicionar la RPPJ. Ante esta situación se recomienda a la Fiscalía seguir un razonamiento análogo al empleado en casos de participación criminal y razonar a partir de las reglas derivadas de la accesoriedad de la participación. Sobre esta base, habría que atender a que el **principio de accesoriedad limitada** (absolutamente dominante en la doctrina y jurisprudencia local e internacional), en virtud del cual el castigo del partícipe exige que el hecho principal sea al menos típico y antijurídico.

En el campo de la RPPJ esto significa que el castigo de la organización dependerá de que haya certeza de que una persona física ha realizado una acción que se subsume en la descripción de alguno de los delitos del catálogo del art. 1 Ley N° 27.401 y que esta acción no se encuentra alcanzada por ninguna causa de justificación. En este sentido, si la persona física realiza una acción descrita por un tipo penal, pero bajo el amparo de una causa de justificación, no podrá hablarse de un injusto al que pueda luego conectarse la RPPJ. Faltará un hecho de conexión. Aquí quien obra en representación o en beneficio de la persona jurídica no habría ejecutado ninguna acción desaprobada que merezca ser luego trasladada a la persona jurídica. Conforme a esta regla, distinta es la situación cuando la razón material del impedimento de castigar a la persona física surge de su falta de culpabilidad o de la concurrencia de una excusa absolutoria o de un impedimento procesal, dado que aquí sí existe un hecho principal (la acción es ya típica y antijurídica).

5. Acuerdo de colaboración eficaz (ACE)

a. Introducción

Una de las estrategias más marcadas a nivel internacional para lograr luchar de manera eficaz contra la corrupción consiste en dotar a las Fiscalías y Tribunales de reglas procesales que favorezcan al esclarecimiento de los hechos, la identificación de los autores y el recupero de las ganancias o producto del delito de corrupción. En ese marco, a nivel comparado las legislaciones han incorporado mecanismos o instituciones (tales como procesos abreviados y otras alternativas al proceso), que introducen elementos propios de la denominada “justicia negociada”. Puntualmente, el acuerdo de colaboración eficaz regulado en la Ley N° 27.401 en los artículos 16 a 21 guarda ciertas similitudes con un proceso abreviado en el que la

persona jurídica pacta con la Fiscalía colaborar en la investigación a cambio de recibir un tratamiento punitivo más favorable.

Así, se prevé que la persona jurídica celebre con el Ministerio Público un acuerdo en el que aporte información y colaboración en el marco del proceso penal en el cual se encuentra inmersa, a cambio de recibir determinados beneficios incluidos en el acuerdo y posteriormente debe ser homologado y controlado por un Juzgado y/o Tribunal.

Cabe recordar aquí el mensaje N 217 del Poder Ejecutivo (06/10/2016) que expresaba: *“El acuerdo de colaboración es una alternativa de política criminal dirigida a incentivar la cooperación de las personas jurídicas en la detección e investigación del delito, procurando lograr los fines del proceso penal de averiguación de la verdad y aplicación del derecho penal material...”*. Lo cierto es que una persona jurídica investigada puede aportar información o cooperar con la acusación para beneficiarse en el pleito, tanto en aspectos reputacionales, como respecto a sus accionistas, su vida económica, etc.

Es importante tener presente que el acuerdo de colaboración eficaz **no constituye un mecanismo para condicionar el ejercicio de la acción penal**. Por el contrario, se trata de un **procedimiento abreviado** que concluye con la condenación de la persona jurídica, sólo que con una pena inferior a la que habría recibido en caso de haberse llegado al juicio oral, gracias a la colaboración brindada por la persona jurídica. Como consecuencia de ello, es necesario que se solicite y justifique adecuadamente conforme las reglas de determinación ya expuestas en relación a los artículos 7 y 8 de la ley.

b. Sujetos legitimados

La primera circunstancia a tener en cuenta es relativa a los sujetos legitimados para intervenir en el marco de las tratativas del acuerdo. Está claro que las únicas personas legitimadas para llevar adelante el acuerdo son la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal. Quien se encuentra facultado para representar a la persona jurídica en este acuerdo se determinará conforme las reglas ya analizadas que se cristalizan en el art. 13 Ley N° 27.401.

Es importante destacar a su vez que el representante legal de la persona jurídica puede estar imputado en el mismo proceso como autor del hecho de referencia que dio lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. En ese caso, la persona jurídica deberá designar un nuevo representante conforme las normas legales antes expuestas, de manera que no existan intereses contrapuestos en ese aspecto. Asimismo, deberá asegurarse la participación de la

defensa durante todo el curso de la negociación y hasta la aprobación y/o homologación del acuerdo, aspecto esencial del debido proceso y el derecho de defensa.

c. Oportunidad

El art. 16 establece expresamente que *“el acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio”*. No obstante, y conforme podrá observarse en relación al contenido del acuerdo, resulta importante que se celebre durante la etapa de la investigación penal preparatoria, puesto que su objeto es aportar a la investigación *“datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito”*. Estas circunstancias difícilmente puedan operar durante la etapa del plenario o juicio oral cuando la investigación ya se encuentra cerrada.

Parece acertado el criterio del legislador, al entenderse también que permite de alguna forma evitar que la persona jurídica se sienta forzada a negociar con el Fiscal una vez que se encuentra cerrado el periodo investigativo y próxima a un juicio de responsabilidad penal. Por otra parte, esto resulta compatible con la intención que tuvo el legislador en relación a los incentivos negativos y positivos que se ofrecen a la persona jurídica para que colabore realmente con la investigación.

Además, es importante destacar que el grado de información privilegiada y pruebas que pueda acercar la persona jurídica al proceso resultan en ciertos casos de difícil adquisición por parte de los canales investigativos propios de la Fiscalía. Por tanto, el acuerdo le permite a la Fiscalía expandir la investigación a otros supuestos quizás desconocidos previamente o cuya prueba resultaba de difícil obtención por diversas razones ligadas a un proceso de este tipo, como por ejemplo pedidos de información y colaboración a entidades internacionales y/o países extranjeros, el descubrimiento de cuentas en paraísos fiscales, etc.

d. Características de la información aportada por la persona jurídica

El artículo concreta tres aspectos fundamentales en relación al contenido del acuerdo, que consiste básicamente en la *revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables*.

La intención del legislador ha sido que la persona jurídica aporte datos o información a la que difícilmente pueda acceder el Ministerio Público o que sea determinante para esclarecer los hechos. Se trata justamente del aporte de información privilegiada por parte de la persona jurídica, que puede ser fruto de sus pesquisas internas o incluso de otro tipo canales de información y que pueden ayudar a la investigación en relación a:

- *el esclarecimiento de los hechos*
- *la identificación de sus autores o partícipes*
- *el recupero del producto o las ganancias del delito*

Claramente el artículo no sólo requiere que se aporte determinado tipo de información por parte de la persona jurídica, sino también que se trate de una información capaz de aportar ciertos grados de certidumbre en relación a los hechos investigados. Conforme al art. 16 Ley N° 27.401, solamente debería prosperar la celebración de un acuerdo de colaboración eficaz cuando, gracias a la información aportada, se haya podido demostrar más allá de toda duda razonable cómo han sido cometidos los delitos y quiénes han participado. En otras palabras, la prueba aportada por la persona jurídica debería significar un aporte tal al esclarecimiento de los hechos que la presunción de inocencia ya no pueda ser mantenida.

e. Confidencialidad de la negociación

El art. 17 de la ley establece el carácter confidencial de la negociación y de la información intercambiada en el marco del acuerdo de colaboración eficaz. La confidencialidad de las negociaciones tiene al menos tres aspectos que resultan sumamente importantes.

Por un lado, permite resguardar y/o proteger a la empresa durante la negociación con la Fiscalía, de manera que se evitará en primera medida la publicidad de aspectos internos de la organización, evitando la trascendencia de hechos de corrupción en el marco de sus negocios, con todos los efectos negativos que ello podría conllevar. Asimismo, se prevé justamente resguardar a la empresa del eventual uso de dicha información en caso de que el acuerdo finalmente no prospere.

Por otro lado, como segundo aspecto, la confidencialidad permite a la Fiscalía hacerse de nuevos elementos de prueba que no sólo avalarán su hipótesis, sino que además permitirá la apertura a nuevos elementos de prueba o la identificación de otros responsables. De este

modo, surge también la posibilidad de ordenar allanamientos, detenciones y otras medidas de prueba, cuyo éxito depende en mayor medida del secreto o de la no publicidad.

Un tercer aspecto relevante es la circunstancia de que la reserva de las negociaciones permitirá persuadir a la persona jurídica a que participe en el proceso judicial a través de la celebración de acuerdos de colaboración, es decir, una suerte de incentivo y facilidad para abordar negociaciones.

Diligencias recomendadas

Para asegurar la transparencia y reserva de las negociaciones con la persona jurídica, resulta relevante realizar un acta y/o memorial sobre lo tratado en cada una de las reuniones celebradas. Además, en estas actas las personas firmantes deberían expresar su compromiso con la confidencialidad de la información intercambiada en las reuniones, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 156 CP. Adicionalmente, las actas deberían ser puestas a resguardo de tal manera que se impida el acceso a su contenido por parte de terceras personas no autorizadas. Estas actas podrán finalmente formar parte del acuerdo final que se presente para su homologación o, en definitiva, podrán servir como antecedentes y/o fuentes del acuerdo a realizarse.

f. Condiciones del acuerdo

La Ley N° 27.401 prevé en el art. 18 el contenido que debe tener todo acuerdo de colaboración eficaz. Allí se contemplan las condiciones que siempre deben estar presentes, pero además se plantea la posibilidad de que puedan acordarse otras distintas. Con ello, el legislador ha querido remarcar que en el acuerdo, además de estar precisados los datos e información aportados por la persona jurídica, es necesario que se cumplan con otras condiciones adicionales. Si bien este artículo enumera siete condiciones, la literalidad del precepto permite concluir que solamente las tres primeras tienen carácter obligatorio. Esas tres condiciones son las siguientes:

- a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7 inciso 1;**
- b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito;**
- c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.**

Como puede apreciarse, estas tres condiciones tienen un contenido netamente patrimonial: por empezar con el pago de una multa atenuada (en vez de 2 a 5 veces el valor del beneficio indebido, se reduce a una multa equivalente al valor del beneficio obtenido), luego con la restitución de las cosas o ganancias que resulten producto o provecho del delito, y, por último, con el abandono –a favor del Estado- de aquellas cosas que resultarían decomisadas en caso de condena. De este modo, se aprecia la importancia de acreditar desde el principio el beneficio o provecho que la persona jurídica obtuvo ilegalmente mediante la comisión del hecho.

Más allá de estas condiciones obligatorias, el art. 18 establece en su segunda parte que también *podrán* establecerse otras, tales como:

- **Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado;**
- **Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad;**
- **Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo;**
- **Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.**

Es importante remarcar, que su presencia es facultativa, por lo que la Fiscalía, en caso de no considerarlo adecuado por las características de los hechos investigados, podrá prescindir de ellos. Sin embargo, atento a la importancia que el legislador ha querido asignar a los programas de integridad, es recomendable que la Fiscalía incluya siempre la exigencia de implementar un programa de integridad, según las exigencias de los artículos 22 y 23 Ley N° 27.401. Esta recomendación se vincula con el efecto preventivo de su implementación.

Además de estas condiciones no obligatorias, el legislador habilita la inclusión de otras no listadas explícitamente. Lo relevante es que las medidas que sean seleccionadas por el Fiscal (sean nominadas o innominadas) estén orientadas a satisfacer una reparación integral y/o a evitar la reiteración de hechos similares en el futuro.

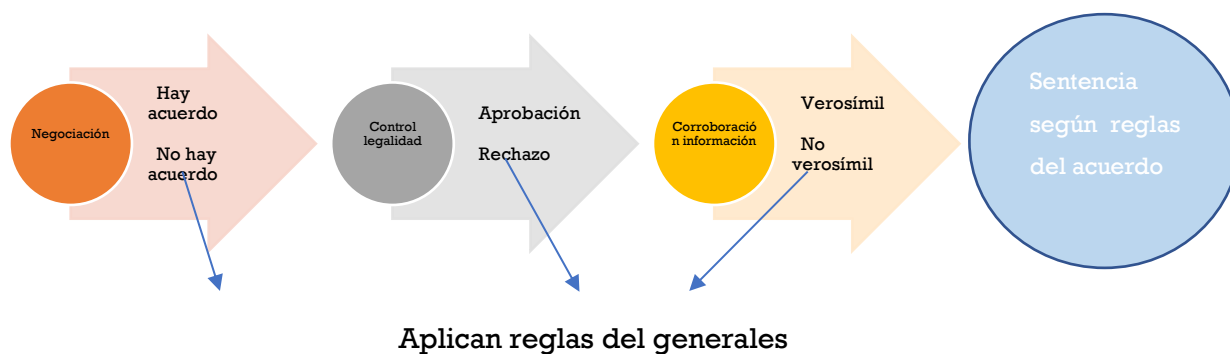
Las condiciones eventuales apuntan a un aspecto más relacionado con la denominada justicia restaurativa y con el denominado “buen gobierno corporativo”. Esto es visto de alguna manera como la posibilidad de la persona jurídica de remendar sus errores, apostando a dar servicios a la comunidad, aplicar, mejorar o actualizar su sistema y cultura de integridad, sancionar a los empleados o directivos implicados, etc.

Ahora bien, no sólo el art. 18 establece los contenidos obligatorios del acuerdo, sino también el art. 21, 2º párr. Ley N° 27.401. Según este precepto, en el acuerdo debe aparecer

fijada la pena que se le impondrá a la persona jurídica en caso de ser convalidado por la Justicia y de haberse verificado la verosimilitud y la utilidad de la información aportada.

g. Procedimiento del acuerdo de colaboración eficaz

i. Esquema gráfico



ii. Fases

a. Paso 1: La celebración del acuerdo

El primer paso de este proceso consiste en celebrar el acuerdo, lo cual supone el avenimiento de todas las partes implicadas y la cristalización de todas sus condiciones. Al respecto, el art. 19 parte de estipular la forma de ese acuerdo, el cual deberá constar por escrito e indicar cuáles son las partes que deben intervenir en él y firmarlo.

Teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 16 y 18 y los principios de un sistema acusatorio de corte adversarial que inspiran a esta institución, el acuerdo deberá contener la información precisa sobre los siguientes aspectos:

- **Delito investigado.**
- **Descripción de las circunstancias fácticas, con referencia, en el caso de haber sido identificados, a los nombres de los presuntos responsables.**
- **Especificación de los datos y de la información útil que la persona jurídica se compromete a aportar para esclarecer los hechos investigados.**

- **Acreditación de que la persona jurídica ha cumplido con las condiciones impuestas por el art. 18 Ley N° 27.401.**
- **Estipulación de la pena que se impondrá a la persona jurídica en caso de quedar firme el acuerdo.**

Sin dudas, esta etapa puede resultar la más trabajosa del proceso, puesto que es necesario que la Fiscalía y la persona jurídica se pongan de acuerdo respecto a las concesiones que realizará cada una de ellas y economizar recursos en la implementación del proceso penal. Dado que este acuerdo presupone necesariamente una negociación, es recomendable que la Fiscalía tenga en consideración las siguientes cuestiones:

- **Asegurarse de que la mejor estrategia para el caso concreto es llegar a un acuerdo de colaboración eficaz:** Este primer punto es fundamental porque puede darse el caso de que, por las características del hecho, no sea el acuerdo la opción más atractiva para ambas partes. Ello podría deberse, por ejemplo, a que la persona jurídica cuenta con anterioridad al delito con un programa de integridad adecuado y cumple con los demás requisitos del art. 9 y, por tanto, resulta preferible adoptar la decisión directamente de sobreeser a la persona jurídica. Por lo tanto, el ACE resultará la mejor opción cuando las circunstancias fácticas no hagan aplicable el art. 9.
- **Persuasión a la persona jurídica:** Cuando la Fiscalía aprecie que la mejor opción es el ACE, es recomendable persuadir a la persona jurídica de las ventajas que tiene esa vía de solución. En algunos casos, la persona jurídica puede tener una inadecuada valoración de su programa de integridad y creer que está en condiciones de ser exonerada de responsabilidad, por lo que no estaría dispuesta a celebrar el ACE. Sin embargo, cuando la Fiscalía reconoce que no están dadas las condiciones para aplicar el art. 9, es recomendable mostrar las razones que hacen inaplicable la eximente y persuadir al representante y al defensor de la persona jurídica de las ventajas que presenta el ACE.
- **Generar una atmósfera propicia al diálogo:** Para toda organización supone un gran desafío abrirse ante un organismo público y poner a su disposición información clave, no solo relativa directamente al delito investigado, sino también al negocio y a sus estrategias comerciales y organizativas. Dado que se trata de información muy sensible, muy difícilmente una organización está dispuesta a brindar toda esa información sin obtener algún tipo de beneficio. De cara al éxito del ACE, es recomendable que la Fiscalía sea consciente de esta situación y, por ello, se muestre predispuesta a negociar una pena que, sin perder eficacia preventiva, resulte suficientemente atractiva para la organización. **Esto no implica de ninguna manera ser indulgente.** La Fiscalía puede utilizar la pena como una herramienta poderosa de negociación. Pero más allá de la importancia de la pena, es fundamental conservar en todas las reuniones y etapas por las que atraviese la celebración del convenio una **buena atmósfera de diálogo.** Es recomendable que la Fiscalía asuma el liderazgo en el diálogo desde una **perspectiva constructiva y positiva.**

A pesar de los esfuerzos realizados por las partes, puede suceder que no se llegue a ningún acuerdo. Esta situación está prevista legalmente en el art. 20 Ley N° 27.401. Según este

precepto, la consecuencia fundamental es que las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas durante el proceso normal al que se someta a la organización. La misma regulación admite como excepción de aquellos supuestos los casos en los que la Fiscalía hubiera tenido conocimiento de las circunstancias probadas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo.

b. Paso 2: Control judicial de la legalidad

Una vez formalizado el ACE, el art. 19 Ley N° 27.401 establece la necesidad de someterlo a una evaluación que realizará el juez, quien asumirá el rol de persona ajena a la voluntad de las partes, cuya intervención resulta necesaria desde el punto de vista de la garantía de voluntariedad del acuerdo y control de legalidad. Además es la única persona legitimada para individualizar e imponer la pena y homologar las condiciones establecidas en el ACE.

En esta etapa se espera que el juez homologue el acuerdo a partir de controlar que se cumplan todas las exigencias legales y especialmente que se haya llegado al mismo sin ningún tipo de vicio de la voluntad de la persona jurídica.

Si bien la Ley N° 27.401 no establece ningún tipo de formalidad a estos efectos, resulta deseable la celebración de una audiencia oral para el análisis de los presupuestos del acuerdo, donde las partes tengan la oportunidad de expresarse. La audiencia podría permitir una dinámica más rápida, transparente y demostrativa de la voluntariedad del mismo. Asimismo, resulta el ámbito propicio para subsanar cualquier observación que pueda realizar el juez al acuerdo.

El art. 19 contempla que el juez puede optar entre tres alternativas al momento de adoptar una decisión sobre la evaluación del acuerdo: **aprobar, observar o rechazar**.

El tratamiento derivado de la aprobación o de la no-observación judicial del acuerdo no se encuentra regulado por la Ley N° 27.401. No obstante, con base en una interpretación sistemática de los preceptos relativos al ACE, es posible derivar las siguientes recomendaciones:

- **Aprobación:** El acuerdo queda homologado y por tanto las condiciones allí contenidas quedan firmes y deberán ser respetadas en la sentencia definitiva, siempre que se constate el cumplimiento de las condiciones del acuerdo.

- **Observación:** Se trata de un rechazo parcial y subsanable, por lo que en este caso la Fiscalía y la persona jurídica deberán retomar las negociaciones, atendiendo a las observaciones realizadas por el juez. Una vez atendidas las observaciones y subsanado el acuerdo, podrá ser éste sometido nuevamente a una evaluación del juez.

En caso de ser **rechazado** su principal consecuencia es que se continúa con el trámite normal del proceso. Pero adicionalmente el art. 20 Ley N° 27.401 establece la imposibilidad de que el Ministerio Público utilice la información o pruebas obtenidas como consecuencia de las negociaciones y su consecuente devolución o destrucción.

Este efecto, se corresponde con la confidencialidad prevista por el art. 17, que garantiza a la persona jurídica la inexistencia de consecuencias negativas dentro o fuera del proceso por la realización de tratativas que posteriormente resultaron frustradas. Además, esto se encuentra en sintonía con las reglas dispuestas en el art. 10, de manera que el sistema legal se muestra concordante tanto para personas físicas como jurídicas.

No obstante, como se encarga de aclarar el mismo artículo, dicha prohibición no es absoluta, puesto que reconoce dos excepciones expresas: 1) cuando la Fiscalía hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente y 2) hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo. Estas resultan derivaciones propias del estándar tradicional de las reglas de exclusión probatorias, que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen ampliamente reconocido (CSJN: Fiorentino y Montenegro), o respecto a los denominados cursos de investigación alternativos o independientes (CSJN: Rayford), que en este caso concreto deben ser previos al acuerdo.

Por lo demás, la ley no ha establecido la formalidad y el contenido de la resolución que aprueba, observa o rechaza el ACE. Sería esperable que la resolución y su contenido se correspondan con un **auto fundado**.

En relación a su aprobación, deberán indicarse principalmente las siguientes cuestiones:

- **La aprobación del acuerdo de colaboración con expresa mención de las partes, es decir, qué personas abarca o integran el mismo.**
- **La indicación de los procesos penales y/o administrativos en trámite que alcanza.**
- **Precisar o indicar en qué consiste la información aportada por la persona jurídica, su verosimilitud y utilidad para el proceso.**
- **La individualización de la pena.**

- **Notificación y/o comunicación a las partes y oficinas administrativas que correspondan.**

c. Paso 3: Cumplimiento del ACE y dictado de la sentencia

El art. 21 Ley N° 27.401 regula el devenir de la tercera etapa del ACE, en la que se procede al cumplimiento de las condiciones y al dictado de la sentencia. En este sentido, establece que, transcurrido **un año** desde el acto jurisdiccional que aprobó el acuerdo de colaboración, corresponde efectuar el control de cumplimiento del mismo. En concordancia con lo expuesto sobre el control judicial de la legalidad, resulta recomendable la celebración de una audiencia oral a tales efectos.

¿Quién realiza el control?

El art. 21 establece que el control del cumplimiento del acuerdo puede ser asumido tanto por el **juez** como por la **Fiscalía**. La principal diferencia que podría derivarse de que sea ésta última la que realice el control es que, en caso de considerar cumplidas las condiciones del acuerdo, deberá dictar una resolución en virtud de la cual se eleve el caso ante el juez para el dictado de la sentencia. Por el contrario, si es el juez quien asume el control, una vez constatado el cumplimiento, se encontrará ya habilitado a dictar la sentencia en las condiciones estipuladas en el ACE.

Ello así, de corroborarse dichas circunstancias, se dictará sentencia fundada donde se deberán respetar las sanciones y condiciones establecidas en el acuerdo. Caso contrario, el juez deberá revocar y dejar sin efecto el acuerdo, disponiendo la destrucción y/o devolución de la información suministrada por la persona jurídica, resolviéndose así la continuación del proceso bajo las reglas generales.

¿Qué se controla?

El art. 21 establece que este segundo control que se realiza sobre el acuerdo únicamente debe centrarse en la corroboración de la verosimilitud y utilidad de la información aportada por la persona jurídica para el esclarecimiento de los hechos. Siendo éste el objeto de control, queda claro que la validez del ACE puede decaer cuando la persona jurídica se hubiese limitado a aportar información irrelevante y su disposición a colaborar haya sido baja.

La ley no establece criterios sobre cómo valorar si la información aportada ha sido de utilidad para la investigación. Sin embargo, parece razonable interpretar que “útil para la investigación” no es solo aquella información que haya esclarecido todos los hechos y haya permitido esclarecer todos los elementos de éstos y la identificación de todos los responsables. Para medir la utilidad de la información conviene atender a las circunstancias adicionales que se mencionan a continuación:

- Atender a información a la que puede acceder la empresa: siempre que se estime que la empresa ha brindado toda la información a la que tenía acceso, debería considerarse acreedora a las condiciones del acuerdo.
- Incluso cuando no haya esclarecido todo, la información aportada no podría haber sido obtenida por la Fiscalía o solo gracias a una enorme inversión de recursos de todo tipo.

El art. 21 establece finalmente que una vez corroborada la verosimilitud y la utilidad de la información brindada por la persona jurídica, el juez procederá a dictar sentencia. Esta sentencia tomará como base el acuerdo, especialmente en lo que se refiere a la pena pactada entre la persona jurídica y la Fiscalía. Por el contrario, si ninguna de esas circunstancias se corroboran, el juez deberá dejar sin efecto el ACE, lo que deriva en que el proceso continúe su trámite ordinario según las reglas generales.

6. Recomendaciones generales sobre la investigación de delitos cometidos por personas jurídicas

a. Estrategia

Hablar de estrategia en la persecución penal significa centrar la atención en la necesidad de eficiencia, teniendo en cuenta la escasez de recursos materiales y humanos, el contexto en el que se desarrolla la investigación (social, económico, organizacional, entre otros) y los efectos y las consecuencias que genera en cuanto al logro de los objetivos político-criminales propuestos.

En un sistema acusatorio o adversarial, puestos los fiscales a decidir sobre el curso de los casos y enfrentados a una litigación competitiva, su posición requiere de estrategia. Esto es, el fiscal se comportará a partir de decisiones que ha tomado y objetivos que se ha trazado con el fin de que en el proceso judicial se obtengan resultados consistentes con esas decisiones y objetivos.

Por ello, se recomienda:

- **Investigaciones integradas para comprobar la existencia del delito de referencia y las responsabilidades de la persona jurídica y física**

Como regla básica, se recomienda que en las causas penales formalizadas para comprobar el delito base se tramite en conjunto la investigación de la responsabilidad de las personas jurídicas y de las personas físicas. Con ello se aspira a lograr la integración eficiente de evidencias y de estrategia para distinguir entre autores, partícipes y testigos.

En este línea, será preciso efectuar una planificación total del caso bajo una mirada estratégica, siendo conscientes de las dificultades probatorias que pueden llegar a presentarse sobre determinados aspectos de la plataforma fáctica imputada. Esas dificultades puede estar vinculadas al delito base, como así también al funcionamiento interno en la empresa, entre otras. Por ello, en la planificación debería preguntarse si para poder acreditar la responsabilidad de los autores principales del delito, resulta conveniente llevar como imputados o testigos a aquellos partícipes con una responsabilidad menor, pero con un conocimiento acabado sobre aspectos trascendentales del hecho, que de otro modo resultarían imposibles o muy dificultosos de acreditar en el debate.

- **Permanente análisis estratégico del caso**

En todo momento es recomendable un análisis estratégico de las evidencias propias y de la parte contraria.

Conocer adecuadamente y con detalle el caso permitirá anticipar qué decisiones tomar y cómo poder justificarlas a la hora de determinar cuáles de las evidencias reunidas en la investigación podrán ser útiles, pertinentes, admisibles y creíbles para acreditar la propia versión o controvertir la versión de la contraria.

Por esta razón, el litigante debe analizar en detalle su propia versión y avocarse al estudio de la posible o conocida versión de la parte contraria para tener un buen desempeño en juicio, de acuerdo a los objetivos procesales planteados.

Por ejemplo, si es seria y razonable la propuesta defensiva que niega la existencia del hecho o la atribución a la persona física o jurídica o es plausible la aplicación de la eximente del art. 9, sin que existan objetivamente (pese a todos los esfuerzos probatorios) más evidencia que reunir o valorar, el acusador podrá optar por las siguientes alternativas:

1. **Explorar con la contraparte la posibilidad de que la causa termine por una vía alternativa al juicio oral, como el acuerdo de colaboración eficaz.**
2. **Modificar la imputación o abandonarla completamente por otra más plausible.**

Se recomienda que la labor de chequeo sea realizada en grupo y con expertos en los temas específicos.

- **Utilización de métodos especiales para el manejo intensivo de datos**

Las investigaciones en casos de delitos cometidos con intervención de personas jurídicas y físicas tienden a ser intensivas en materia de datos ya que implican la recopilación de todo tipo de documentación económica y contable, incluyendo información tributaria, societaria, bancaria, de los registros de propiedad y de organismos de control, entre muchos otros. De esta manera, por la gran cantidad de información se convierten en causas voluminosas, lo que trae aparejada la dificultad del procesamiento y análisis de datos.

Resulta necesario, entonces, adoptar metodologías adecuadas para el manejo de la información recopilada, incluyendo la utilización de herramientas informáticas y el archivo racional y metódico.

- **Medidas de prueba específicas para cada investigación**

Debe ser investigada cada maniobra en particular teniendo en cuenta las especificidades de la organización, las personas involucradas y el delito de base cometido. En este sentido, resulta fundamental que los investigadores requieran de manera urgente los informes a organismos públicos y privados de regulación o control y que se soliciten u ordenen, según el caso, los allanamientos o registros para el secuestro de la documentación relevante para la verificación del delito de referencia y la responsabilidad penal de la persona jurídica y físicas.

- **Conformación de equipos de trabajo interdisciplinarios para la investigación de delitos complejos**

Las investigaciones de delitos complejos, así como las maniobras que se dan en el marco de éstos, suelen tener mecanismos que requieren el conocimiento de expertos de otras materias

alejadas del Derecho penal. Por ello resulta necesario introducir en la investigación a expertos en ciencias económicas, contables, sociales e informáticas, según el caso.

Especialmente, resultará conveniente incluir peritos que conozcan cómo funcionan en la práctica los sistemas de *compliance* y qué alcance efectivo tienen. Esto último se funda en dos razones:

- En la capacidad de identificar cómo se estructuran las relaciones de poder e influencia dentro de una empresa, teniendo en consideración que en la mayoría de los casos la organización formal (la que se vuelca en un organigrama) no refleja las verdaderas dinámicas de ejercicio de poder.
- En la necesidad de conocer cómo funcionan y cómo deben funcionar los programas, lo que puede permitir saber si hubo o no una falla y, en su caso, si fue una falla grave.

b. Recomendaciones durante la investigación

- En aquellas jurisdicciones que no cuenten con una policía judicial, lo recomendable será llevar adelante la investigación con una dependencia policial que guarde algún tipo de vinculación con la materia, tales como las divisiones en Delitos Económicos, Defraudaciones y Estafas, etc.
- En las diligencias iniciales será relevante recabar la mayor cantidad de datos relativos a la persona jurídica investigada a efectos de poder tomar conocimiento de sus características, tamaño, domicilios, teléfonos. A dicho fin podrá solicitarse información a AFIP, Comisión Nacional de Valores, Inspección General de Justicia, consultarse base de datos *on line* e incluso tener contratado por parte del Ministerio Público Fiscal este tipo de servicios que brindan algunas empresas nacionales, a fin de tener rápidamente una idea de quién es la persona jurídica que se está investigando.
- Será preciso poder determinar dónde se encuentra físicamente la información necesaria, a fin de proceder al allanamiento de las dependencias, en caso de que el material relevante para la investigación pueda llegar a correr riesgo de ser ocultado o destruido.

A dicho fin será preciso elaborar un plan de acción previo a la realización del allanamiento, que involucre a las personas que realizarán las tareas de investigación sobre la estructura, funcionamiento y manejo de los sistemas

informáticos, con las autoridades judiciales a cargo del procedimiento y peritos en sistemas que trabajarán en el lugar. Ello a fin de diagramar qué tipo de tareas se llevarán a cabo, con cuál equipamiento será preciso contar y qué tipo de autorizaciones será preciso solicitar al juez a efectos de evitar futuros planteos de exclusiones probatorias.

Se puede analizar la solicitud de alguna de las siguientes medidas, las que deberán evaluarse según la pertinencia y proporcionalidad en el caso concreto:

- a. Autorización a fin de compulsar al dueño del teléfono celular a desbloquear por medio de su huella dactilar o su rostro. Al respecto se advierte que en la actualidad existen numerosos teléfonos celulares a los que no resulta posible acceder por medio de un software forense, por lo cual se impone la realización de este tipo de medidas.
- b. Autorización a fin de acceder a los equipos informáticos durante el procedimiento de allanamiento e incluso se puede evaluar la posibilidad de requerir autorización para que, por medio de esos equipos informáticos, se pueda acceder a la información localizada en la “nube”, ya sea almacenada en “discos virtuales”, en las propias casillas de correos u otros servicios. Al respecto se advierte que cada vez una mayor cantidad de información almacenada en forma virtual.

A dicho fin deberá previamente efectuarse una investigación a efectos de determinar en qué horario funciona la empresa para saber cuando los equipos se encuentran prendidos, realizar un listado de palabras claves para efectuar búsquedas y solicitar autorización al juez a dicho fin, ya que el material puede ser muy voluminoso y no resultar posible su descarga completa en un único procedimiento. Por otro lado, deberá contemplarse concurrir con personal especializado al lugar y solicitar autorización para su participación, a fin de resguardar adecuadamente la información. Estas medidas deben ser evaluadas con mayor rigurosidad en aquellos casos en los cuales el secuestro de ciertos equipos o servidores puede ocasionar una paralización de la empresa que presta un servicio que impacta directamente sobre la sociedad.

- c. Se puede prever solicitar información al juez de garantías acerca del modo en el cual le interesa que se lleve a cabo el procedimiento. Concretamente se puede requerir que establezca la prohibición de utilizar teléfonos sean localizados dentro de las oficinas, como así también la prohibición de retirarse del lugar, etc., salvo que existan motivos fundados que ameriten apartarse de dicha regla.

Al momento de proceder a los secuestros, deberán tomarse en cuenta los protocolos desarrollados al efecto, los cuales indican el modo en el cual debe procederse al apagado del equipo, forma de secuestro, de fajado, de envoltorio, de individualización, la toma de fotografías, etc. Asimismo, una cuestión relevante es dejar asentado en el acta de allanamiento, en cuál oficina o habitación se secuestró cada documentación y equipo y quién trabaja en la misma, a fin de poder posteriormente establecer responsabilidades penales concretas. El mismo cuidado deberá tenerse con relación a los teléfonos celulares, debiendo dejarse escrito a quien pertenece cada uno de ellos.

c. Prueba de la RPPJ

Carga de la prueba

El derecho a la presunción de inocencia rige respecto a las personas jurídica e impide, por tanto, que se entienda que una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, exista una presunción *iuris tantum* de responsabilidad de la persona jurídica. No cabe olvidar que se trata de una responsabilidad de carácter penal y que las sanciones impuestas son penas.

Al representante del Ministerio Público Fiscal le corresponde probar la concurrencia de los presupuestos previstos en el art. 2 de la Ley N° 27.401, sin desconocer que en ciertos casos también le resulta conveniente al acusador probar la falta de idoneidad o de eficacia del programa de integridad, para refutar los eventuales planteos provenientes de la defensa de la persona jurídica. Esa decisión probatoria elegida por la acusación no obsta a que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la ley.

Estándar de la prueba

Tanto los presupuestos de la responsabilidad como las eximentes son cuestiones de hecho y prueba, y como tal están alcanzadas por el principio de libertad probatoria y respeto de las garantías constitucionales.

En primer orden, teniendo en consideración que se establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial, conforme al cual el fundamento de la responsabilidad

penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, corresponde a la Fiscalía probar **más allá de toda duda razonable** las condiciones de transferencias previstas en el art. 2.

Por su parte, la existencia de un Programa de Integridad y su carácter adecuado en los términos de los arts. 22 y 23, en tanto excusa absolutoria, debe ser alegada y probada por la propia defensa con **estándares de convicción más bajos**.

VI. DOCUMENTOS CONSULTADOS

- Resolución N° 20 del 17/06/2019 del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria especializado en delitos de corrupción de funcionarios de Lima – Perú.
- Oficina Anticorrupción (Argentina), “Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad”, febrero 2019, disponible en: <https://bit.ly/3rJOYUe>
- Fiscalía de Chile, Unidad Especializada Anticorrupción, “Buenas Prácticas de Investigación. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, septiembre de 2015.
- Fiscalía General del Estado (España), Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015.
- UNE 19601:2017 “Sistemas de gestión de compliance penal: Requisitos con orientación para su uso”;
- ISO 37001:2016 “Anti-bribery management systems: Requirements with guidance for use”.
- ISO 37301:2021 “Compliance management systems – Requirements with guidance for use”.
- U.S. Department of Justice, Evaluation of Corporate Compliance Programs (Junio 2020).
- CRIMINT, “Lineamientos de Integridad”, Argentina, diciembre de 2018: <https://bit.ly/3DBAM1z>.

www.crimint.org



ISBN 978-987-88-3035-3



9 789878 830353

CRIMINT - INVESTIGACIÓN