
Trabajo de investigación

Informe final de la investigación titulada “Estudio sobre el impacto de la ley n° 27.401 de responsabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia”

Diego Zysman Quirós*

I. Objetivos de la investigación proyectada

El Nummus emprendió como uno de sus primeros objetivos de investigación, el “Estudio sobre el impacto de la ley nro. 27.401 de responsabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia”, con una segmentación territorial enfocada en los fueros penales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), puntualmente la Justicia Criminal y Correccional Federal y la Nacional en lo Penal Económico. El estudio se delimitó temporalmente en el año 2021 y luego se prorrogó hasta fines del 2022, por las razones que se comentarán más adelante.

El intercambio con nuestros consultores internacionales en Italia y en España, con quienes compartimos más de una actividad en estos dos años¹, había mostrado que la experiencia pionera en Italia del Decreto-Legge 231/2001 y su regulación de la responsabilidad penal de los entes corporativos según el modelo estadounidense de prevención y *compliance* penal, que permitía proyectar nuestra legislación argentina, no había dado cuenta de una aplicación suficientemente sistemática en todo este tiempo, y que aún subsistían numerosos problemas para identificar una construcción jurisprudencial sólida, a veinte años de su sanción, junto con un gran número de críticas y problemas en la implementación y aplicación del decreto, pero, en todo caso, material suficiente para obtener resultados de investigación y formular nuevas hipótesis más refinadas sobre aspectos específicos de nuestra reciente ley.

* Director del Nummus, UP.

¹ Ver especialmente la charla online con Manacorda y Colacurci, disponible en: NUMMUS UP organizó la videoconferencia “Veinte años de responsabilidad ‘penal’ de las empresas en Italia: ¿lecciones para la Argentina?”, disponible en <https://www.palermo.edu/derecho/nummus/2021/diciembre/responsabilidad-penal-empresas-italia.html> y “Análisis económico de las estrategias transversales para la prevención de la delincuencia de cuello blanco” con Iñigo Ortiz de Urbina, disponible en <https://www.palermo.edu/derecho/2022/septiembre/analisis-economico-delincuencia-cuello-blanco.html>.

Vale la pena insistir que la hipótesis inicial que guiaba la investigación partía de la presunción de que en los primeros años, la interpretación de muchos de los institutos de esta ley con respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica podía ser limitada, sesgada, inclusive confusa y contradictoria. Pero también que a partir de unos pocos precedentes era factible extraer emergentes interesantes para medir el impacto de aquella en los tribunales, y también para formular proyecciones futuras y sustentar nuevas investigaciones.

En el planteo de la investigación habíamos manifestado que en Argentina, al igual que en otros países de nuestra tradición jurídico-penal como podía ser Italia, pero también España o Alemania, el debate en relación al castigo a las personas jurídicas se desarrolló durante más de un siglo centrado en el "sí, y en el cómo"; es decir, en si era posible, necesario o provechoso responsabilizar penalmente a los entes colectivos y, en tal supuesto, de qué manera debería realizarse esto, mientras que en las últimas décadas la experiencia de otros países a partir del nuevo modelo de *compliance*, parecería haber dejado atrás esta pregunta para preocuparse exclusivamente por los fundamentos y el modo en que la penalidad de las personas jurídicas sería llevada a cabo².

94

También entendimos que, para ser justos, ello no significaba que en estos países no hubiera existido la discusión en torno a la posibilidad, o no, de penarlas, ni que este debate político y académico no reapareciera como consecuencia de hechos que ponen en grave cuestionamiento la política-criminal diseñada para penalizarlas.

Algunos de los casos tradicionales del Derecho Penal Económico local, más representativos con respecto a la discusión sobre la responsabilidad de la persona jurídica habían sido ya, desde hace décadas, los de la Ley Penal Cambiaria (Ley 19.359 y mods.) y el Código Aduanero (Ley 22.415), donde con mayor firmeza se ha pronunciado la jurisprudencia sobre el tema, la Ley de Defensa de la Competencia 22.262 y hay quienes consideraban que también podía encontrarse fundamentos en el artículo 14 de la Ley Penal Tributaria sancionada en 1996 (24.769) mucho antes de que la reforma legal del año 2011 incorporara esta responsabilidad de manera concluyente en la letra de la ley (aunque, como otra investigación podría demostrar de modo más científico, más allá de las imputaciones formales, tampoco encontraríamos un gran refinamiento y discusión jurisprudencial de nuestros tribunales a esta altura).

No obstante lo expuesto, también destacamos que en el marco de un escenario de cambios rápidos, en 2011 se incorporó a este elenco la responsabilidad prevista por la ley 26.683 con respecto a los delitos contra el orden económico y financiero y se introdujeron cambios en la Ley Penal Tributaria que marcaron una posición

² Zysman Quirós, Diego, "Compliance, Responsabilidad y Castigo a las Personas Jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de US Sentencing Guidelines para corporaciones" en *Ius Puniendi*, año 1, n° 6, 2018, pp. 309 - 333.

legislativa marcadamente proclive a la responsabilización de los entes colectivos. A esto se sumaron proyectos de modificación del Código Penal (2006), (2018) que se pronunciaron más abiertamente por esta clase de responsabilidad.

Sumado a todo ello, sostuvimos que la ley 27.401 introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico argentino la responsabilidad penal de la persona jurídica en relación con los delitos de corrupción —materia federal— y lo hizo desarrollando interesantes lineamientos en materia de *Compliance* o programas de integridad, que reconfiguraron sustancialmente las reglas procesales, incorporaron institutos novedosos para nuestra legislación y la acercaron a otra legislación Latinoamericana (por ejemplo, Chile, más dudosamente Brasil o Perú donde subsiste la discusión sobre si es responsabilidad administrativa), pero especialmente a Europa (ver especialmente el Decreto Legislativo nro. 231 de Italia antes aludido y la LO del 2011 y revisión del 2015 en España), que había producido cambios similares en la última década.

Estas experiencias, a su vez, podían identificarse en los lineamientos del modelo de la Organización para Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que, a su vez, receptaba un modelo de responsabilización corporativo establecido entre la década de 1980, y especialmente 1990, en los EE.UU.

Sintéticamente, este modelo considera que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas y castigadas por las conductas de cualquiera de sus miembros; pueden serlo también por comportamientos de terceros cuando exista instrucción expresa o déficit en la supervisión o prevención y pueden ser responsables y ser castigadas por conductas de sus predecesoras. Para ello reprimen las conductas ilícitas que directa o indirectamente se den con su intervención, en su nombre o en su beneficio o interés. Asimismo, esta persecución y sanción puede ser independiente de un proceso o condena contra un autor individual del delito.

Por otra parte, las personas jurídicas o entes colectivos, o corporaciones privadas o públicas, pueden recibir una pena atenuada si han establecido programas de *compliance* adecuados para prevenir y ayudar a investigar estos hechos ilícitos.

Todo lo anteriormente expresado, también generaba nuevos interrogantes sobre el modo de compatibilizar el nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica (identificada también en diversas referencias o publicaciones, como empresaria o corporativa) con aquéllos vigentes respecto de los delitos contra el orden socio-económico, a la vez que también cómo determinar el régimen de imputación elegido por el legislador y asimismo el modo de lograr la identificación de sistemas de integridad idóneos para prevenir eficazmente la comisión de delitos de cohecho y relacionados con él. Pero también dejaban un gran interrogante sobre la compatibilidad de este modelo y algunos de los principios tradicionalmente adoptados por nuestro sistema penal (por ejemplo, los principios de culpabilidad, de legalidad, entre otros, e incluso algunos arraigados con respecto a la regla de la persecución penal oficial y la ausencia de obligaciones generales de denunciar ilícitos).

II. Metodología inicialmente propuesta

Frente a ello, se pensó que lo mejor sería desarrollar una investigación cuantitativa, territorialmente localizada en el producto de dos fueros de la CABA donde producen la gran mayoría de las resoluciones sobre el tema y las más citadas habitualmente por otras jurisdicciones y el período de investigación estaría limitado a la vigencia de la ley citada y el fin del año en curso, 2020, lo que luego se extendió hasta finalizar el 2022, por la ausencia de elementos suficientes al llegar al 2021 y la expectativa de que culminada la Pandemia se retomara una dinámica judicial distinta.

Las resoluciones interlocutorias y posibles sentencias definitivas serían recopiladas a través de la consulta del sistema informativo del CIJ de la Corte Suprema, de oficinas de jurisprudencia judiciales, Cámaras, Juzgados y en su caso Fiscalías de los fueros Federal y Penal Económico, aunque asimismo podrían utilizarse también otras bases de datos de manera complementaria.

Ya en ese esquema, imaginamos que podrían llevarse a cabo, para facilitar la búsqueda y análisis, algunas entrevistas específicas con informantes clave que desarrollen funciones en o ante aquellas oficinas estatales para ampliar discusiones sobre las sentencias existentes. El material recolectado sería sometido a estudio comparativo para identificar la aplicación de las normas penales de interés, su papel en la fundamentación de aquellas decisiones y su contribución a la discusión en torno a los criterios y roles de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas a efectos de construir indicadores simples para evaluar el impacto que la vigencia de esta ley desde fin de 2017 —en el marco de una difusión y discusión doctrinal de gran relevancia— aportó a la práctica judicial y la conformación de sus decisiones. Para ello, imaginamos entonces, se conformarían equipos de trabajo en paralelo entre miembros del Instituto, estudiantes de posgrado y de grado, que se integrarán luego para una discusión común y la producción de una obra que dará cuenta y difundirá en la comunidad académica la investigación llevada a cabo y sus resultados.

La factibilidad de esta investigación estaba garantizada, pues tanto el director del proyecto, como miembros allegados al Nummus, teníamos demostrada experiencia académica y profesional en el tema en el país y en el exterior, y manteníamos relaciones académicas y laborales con una buena parte de funcionarios de las dependencias donde se recolectaría la información, más allá de los mecanismos de acceso público. El número de estudiantes de grado y posgrado que participarían en la investigación también aportaría recursos humanos suficientes para llevarla a cabo.

En aquel escenario se previó un período de seis meses de recolección de documentación e información, y tres meses para su análisis y discusión —que podría comenzar antes de ello a medida que se desarrolle el proceso— y otros tres para la preparación y publicación de un informe de investigación final donde se

expondrían los resultados de la investigación proyectada, lo que sabemos, terminó prorrogándose por razones ajenas al equipo investigador.

III. Situación de la investigación a fines de 2021

Sin embargo, aunque hoy no se advierte como razón concluyente de nuestras conclusiones, al poco tiempo notamos que algunas de las expectativas vinculadas con la vuelta a la normalidad en los tribunales luego de la normalización de la post pandemia, se habían demostrado ilusorias y las formas de contacto en general, que se mantenían a través de medios digitales y telefónicos durante la pandemia, aún continuaban en vigor. Esto inicialmente dificultó ciertas dinámicas vinculadas con la recopilación de datos, pero imaginamos que serían superadas en la segunda mitad del año.

Además, las primeras búsquedas por sistema de resoluciones interlocutorias y/o sentencias definitivas a través de la consulta del sistema informativo del CIJ de la Corte Suprema no estaban dando como resultados un número mínimo de resoluciones que identificaran la normativa objeto de nuestro estudio, incluso luego del paso de —cada vez más tiempo— desde su sanción.

Por estas razones, entendimos que la investigación deberá apostar a las búsquedas más personalizadas a través de oficinas de jurisprudencia judiciales, Cámaras, Juzgados y en su caso Fiscalías de los fueros Federal y Penal Económico o, incluso, otras bases de datos no oficiales.

Sin embargo, comenzamos entonces a prever que, si efectivamente el resultado del barrido llevara a la conclusión de que ninguna sentencia se había sustanciado en base a la normativa de análisis, ese dato negativo daría lugar a otro orden de reflexiones finales, igualmente valiosas, con respecto al impacto de una normativa que se ha señalado como un antes y un después, pues la ley había dado lugar, en muy poco tiempo, a un gran número de espacios académicos, trabajos académicos y cursos especializados, pero no habría tenido ningún correlato en el impacto directo en la práctica. De hecho, la expectativa de que existiera una primera resolución que abordara el tema es algo que aparecía frecuentemente en conversaciones informales con funcionarios y académicos especializados, circunstancia que se hizo presente, más de una vez, en nuestros encuentros y actividades del Nummus³.

Algo por demás interesante para reflexionar.

³ Se puede acceder a más información sobre el Nummus a través del siguiente enlace: https://www.palermo.edu/derecho/nummus/?gclid=CjwKCAiAu5agBhBzEiwAdiR5tO9YOjGrGVnPAoqqZaNP8kVSafDNswvJ0kW6LDrPcaZLyjJOI8_rjBoCcX4QAvD_BwE

IV. La búsqueda de otros emergentes de investigación y el contraste frente al debate de la ley y la academia

Así, ante este panorama definimos que de cara a estas conclusiones intermedias de investigación, correspondía llevar a cabo algunas entrevistas específicas con informantes clave que desarrollen funciones en o ante estas oficinas y contribuyan a explicar la cantidad y calidad de los resultados obtenidos. Con ello estaríamos en condiciones de presentar un trabajo final de investigación y una publicación mucho más robusta sobre los resultados de la misma. Contábamos también con las discusiones llevadas a cabo en algunas de las actividades realizadas en el ámbito del Nummus desde su creación que posibilitaron, a su vez, nutrir esta investigación con otras miradas propias de experiencias comparadas, que permitirían contextualizar de un modo mucho más acabado los resultados antes aludidos⁴.

Volviendo a la importancia de la línea de investigación inicial antes mencionada, destacamos en numerosos encuentros del Instituto que la sanción de esta ley, entre otras, resultó de especial atención para la investigación pues el proyecto —originado en la Oficina Anticorrupción— se presentaba como el cumplimiento de una obligación suscripta por el Estado argentino en 1997 ante la OCDE para prevenir y castigar formas de corrupción, especialmente el soborno transnacional, de acuerdo a su modelo, que había sido largamente demorado. También se daba en un contexto en el cual algunos otros países sudamericanos y europeos se sumaban a la sanción de leyes que, de mejor o peor manera, intentaban adecuarse al compromiso de responsabilizar a las personas jurídicas por delitos suscitados en su ámbito de actuación de un modo enteramente diferencial a lo hecho en el pasado.

El proyecto original, enviado por el Poder Ejecutivo y que ingresara por la Cámara de diputados el 21 de octubre de 2016, además, fue extensamente debatido durante todo el 2017 hasta su sanción a fin de año (8 de noviembre de 2017). En pureza, tuvo un extenso debate en parlamento que comenzó la presentación del proyecto original el 20 de octubre de 2016, la aprobación con modificaciones por parte de la Cámara de Diputados, el 5 de julio de 2017, la aprobación por parte del Senado de una versión distinta con varias reformas el 27 de septiembre de 2017 y concluyó con la aprobación de la versión definitiva en la Cámara de Diputados, el 8 de noviembre de 2017, para comenzar a regir, el 1 de marzo de 2018.

Numerosos profesionales y académicos acudieron a comisiones legislativas para exponer su parecer al respecto y el proyecto pasó con grandes modificaciones de

⁴ Además de las antes citadas, especialmente la charla del Nummus, "La ley de Responsabilidad Penal empresaria a 4 años de su entrada en vigencia", presentada en octubre de 2022 por Fernando Basch. Posteriormente a nuestra charla, algunas de estas ideas fueron publicadas en Basch, Fernando, "Incentivos y desincentivos de *compliance* bajo la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria por delitos de corrupción", año LXXXVI, n° 261, La Ley, 2022.

diputados a senadores y el proyecto tuvo numerosos giros y movimientos entre Diputados y Senadores, y existieron posiciones fuertemente encontradas sobre este proyecto, que mudó muchísimo hasta su sanción⁵.

Entre otros aspectos llegó a plantearse la extensión de la responsabilidad penal corporativa para todo delito del código penal (finalmente se amplió de los delitos de corrupción hasta otros supuestos). Asimismo, se cuestionó el proyecto de ley original que posibilitaba una aplicación para hechos previos a la vigencia de la ley, pues se entendió que se estaba confeccionando un "traje a medida" para beneficiar a las investigaciones que, no solo en Argentina, sino en una decena de países de Latinoamérica se habían comenzado a llevar a cabo con respecto a la actuación de la Constructora "Odebrecht"⁶. También se discutió el modo de computar y sancionar el "beneficio indebido", que originalmente no pesaba sobre el perjuicio concreto sino sobre el total de la facturación anual.

La reforma legal mencionada planteó una gran innovación en nuestro sistema legal de la mano de ciertas cuestiones centrales (muchas otras aristas, dejan aspectos que van más allá del objeto de este proyecto). Por todo ello, no resultaba ingenuo imaginar que luego de su sanción iba a existir gran expectativa con respecto al modo en que los jueces y otros profesionales del derecho aplicarían estos institutos y también que no habría de pasar mucho tiempo antes de que los jueces comenzaran a citarla, más allá del valor de las fundamentaciones empleadas y la calidad de las mismas.

Durante todo el tiempo previo y máxime luego de la sanción de la ley, en diciembre de 2017, se difundió un nuevo conjunto de vocabularios que venían tímidamente incorporándose al derecho penal económico a partir de doctrina y jurisprudencia del derecho comparado. Entre esta terminología estaban las referencias a los "Programas de Integridad" o "*Compliance programs*", la de los "Oficiales de Cumplimiento", la de la evaluación de "riesgos", los "*whistleblowers*" o denunciantes cívicos y los acuerdos de "colaboración eficaz".

Debemos volver a insistir que mucha de esta terminología que hoy nos parece

⁵ Ver Dirección de Servicios Legislativos. Biblioteca del Congreso. Dossier legislativo. "Trámite Parlamentario de Leyes Sancionadas durante el Periodo Legislativo 135", año 2017, VI, n° 148, 2018, disponible en <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/DOSSIER-LEGISLATIVO-Nro-148.pdf>; Senado Argentina. Número de Expte. 16-17, disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/16.17/CD/PL>; Comisión Anticorrupción. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Beneficio Indebido: un análisis preliminar", Informe n° 3, 2022, pp. 1-35, disponible en: <https://archivo.consejo.org.ar/publicacionesedicon/Informe3-Beneficio-Indebido-Un-Analisis-Preliminar-Anticorrupcion.pdf>; Freire, Alejandra, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", CIPCE, 2017, disponible en <http://www.cipce.org.ar/articulo/ley-responsabilidad-penal-personas-juridicas>.

⁶ Ver una extensa descripción en Zysman Quirós, Diego, "White-Collar Crime in South and Central America Corporate-State Crime, Governance, and the High Impact of the Odebrecht Corruption Case", en Rorie, Melissa L. (ed.), *The Handbook of White-Collar Crime*, Wiley-Blackwell, 2019, pp.363-380.

arraigada era absolutamente novedosa en las discusiones académicas y totalmente inexistente en las referencias jurisprudenciales y de organización funcional o administrativa de las agencias penales especializadas (por ejemplo, de los juzgados o del Ministerio Público Fiscal).

Estos institutos jurídico penales, y su vocabulario, también eran completamente ajenos al mundo de los programas de estudio académicos, cursos de posgrado y publicaciones especializadas. Sin embargo, en estos últimos florecieron numerosísimas referencias, estudios y análisis de la ley. (v. gr. una búsqueda en Google hoy con las palabras “*compliance*” “penal” y “Argentina” nos devuelve más de 2.090.000 resultados, a marzo de 2023, cuando siquiera hubiéramos hallado una decena antes del 2017).

Todo este repaso se justifica, pues estos numerosos indicadores alentaban seriamente a pensar que la ley tendría un rápido mayor o menor impacto en la jurisprudencia de los principales tribunales que debían aplicarla, fundamentalmente, como ha sido por costumbre, los tribunales capitalinos que habíamos elegido para el recorte del estudio.

Esta idea no presuponía, de modo alguno, la construcción de una jurisprudencia sólida sobre todos los aspectos fundamentales de la ley y sus institutos jurídicos. Algo que, por ejemplo, todavía está vacante en la aplicación de figuras legales e instituciones del Régimen Penal Tributario que sentó sus primeras bases hace ya tres décadas.

100 Por el contrario, imaginábamos encontrar algunas primeras respuestas judiciales, algunas clarificaciones, ciertas vacilaciones sobre la extensión de estos nuevos institutos y, por supuesto, numerosas discrepancias que llevarían a revisiones de la doctrina judicial por parte de tribunales superiores.

Destaquemos, también, que la apuesta concluyente de la ley 27.401 por un modelo posible de responsabilidad penal de la persona jurídica (y de atenuación o exención de penas por sus delitos), lucía asimismo extensible en su interpretación a ciertas referencias normativas que podían aclarar el sentido de reformas legales anteriores en materia de ley penal tributaria y quizás del delito de lavado de activos.

Sin embargo, como adelantamos, pese a nuestras intuiciones iniciales, ello no sucedió así. En el período delimitado para la investigación no existieron sentencias o actos interlocutorios que aportaran siquiera elementos indicadores mínimos para evaluar la aplicación judicial de esta ley. Este vacío se transformó en un emergente, o resultado de investigación –no buscado– en sí mismo.

Un importante contraste con artículos, libros, cursos especializados, especializaciones de posgrado y áreas profesionales de actuación jurídica de los estudios de abogados penales que señalaban al tema como una realidad instalada en nuestra práctica jurídico-penal⁷.

⁷ Ver, por ejemplo, la extensa compilación de trabajos llevada a cabo al poco de la sanción de la ley, en González Guerra, Carlos M. (et al.), “Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad

V. Más allá del impacto en las decisiones jurisprudenciales: diseño de políticas públicas de agencias estatales

Al momento de planificarse la investigación, como señalamos, la técnica esperada para proceder a la consecución de los objetivos propuestos consistía en la recopilación y análisis de decisiones específicas que permitiesen validar o poner en cuestionamiento el impacto concreto de la sanción legislativa de la ley 27.401. Sin embargo, la completa ausencia de registro de casos bajo las variables iniciales planteadas, exigió ampliar la variable territorial y comenzar a percibir ciertos efectos a lo largo del territorio en la aplicación de la ley que, por cierto, son catalogables como accidentales y no ofrecen aún un patrón mínimo de análisis.

Si bien la indagación principal estuvo orientada a la aplicación judicial penal de la ley y lo antedicho revelaba su falta de impacto, esto no necesariamente significaba que, en otros aspectos, la vigencia de ley no hubiese incidido de algún modo.

En este sentido, lo mencionado en el párrafo anterior, trasladó las inquietudes al plano del diseño institucional de las políticas públicas vinculadas a la implementación de la ley 27.401. Aquí se identificaron, esencialmente, impactos en tres actores estatales motorizando líneas de trabajo para poner en ejecución la ley. Por un lado, la Oficina Anticorrupción (OA) de la Nación, como agencia especializada del Poder Ejecutivo Nacional y, por otro lado, las Procuradurías de Investigaciones Administrativas (PIA) y de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), que en este tiempo habían dado muestras de interés de la mano de la organización de un seminario conjunto para evaluar el estado de situación de la ley objeto de nuestro estudio, y potenciar estrategias articuladas.

En tal contexto, se optó por realizar algunas entrevistas clave que pudieran traducir el estado de la cuestión más allá de los productos jurisdiccionales. Para ello acudimos a un consultor experto, vinculado a la temática desde el origen del proyecto de ley, como Fernando Basch, profesor de la universidad de San Andrés e investigador senior del Centro de Estudios Anticorrupción de la misma, que además ha ejercido varios años como abogado consultor particular. A nuestro pedido, Basch brindó una charla en el marco del Nummus sobre este tema⁸ y permitió también sondear a través de este intercambio nuestras inquietudes y las del público en general. A su vez este intercambio permitió que algunas de estas ideas se plasmaran en una de sus publicaciones (que citaremos más adelante).

También realizamos entrevistas desestructuradas a un Juez en lo Penal Económico y a una funcionaria de área especializada, dentro de la Procuración

Penal Empresaria", dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu, 1ª ed., Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2018.

⁸ Ver charla anteriormente citada.

General de la Nación, para conocer su mirada sobre algunas variables de implementación en la planificación estratégica de gestión de casos penales que pudieran involucrar a la ley 27.401.

El juez Gustavo Meirovich, titular de uno de los juzgados en lo Penal Económico de esta ciudad, se ha especializado en los últimos años en la temática de responsabilidad penal de las personas jurídicas y ha sido autor de alguna resolución intermedia en materia de castigo a estos entes, que no fue confirmada por la respectiva Cámara de Apelaciones, aún antes de la vigencia de esta ley. Circunstancia que no se habría modificado en estos años.

Esta entrevista nos ayudó a entender también que, la ley 27.401 propone un modelo que podría ofrecer algunos desajustes que dificultarían comprender cabalmente cuál es el modelo de imputación de personas jurídicas que propone o, en todo caso, si este resulta compatible con un derecho penal de culpabilidad como el de nuestra constitución. También manifestó que los agentes judiciales no han recibido una capacitación específica para lo que entiende como un cambio sustancial de modelo a la opera de pensar en la responsabilidad penal, ya no de un individuo, sino de un ente colectivo. Todo ello repercute en la forma de entender el proceso penal en sí mismo, y también en la forma de organizar los actos de instrucción y posteriores que llevarían a sustanciar un proceso teniendo como objeto a la persona jurídica, mucho más, si la ley efectivamente prevé que esta puede ser responsabilizada con independencia del destino de las personas físicas que habrían realizado las conductas ilícitas que se le reprochan. Destacó asimismo que tampoco se vieron iniciativas en este sentido en jurisdicciones como Salta, que encabezó la experiencia de implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal Federal, de corte mucho más acusatorio, y que podría ofrecer una base legal más adecuada a los objetivos de implementación de este nuevo modelo de imputación y prevención de delitos.

Finalmente, expresó que en tanto aplicar institutos o interpretaciones específicas de esta ley 27.401 a la ley 22.417 o 24.769 o 27.431 podría implicar una analogía *in malam partem* no es extraño que la primera ley mencionada no haya impactado en las discusiones sobre la responsabilidad de la persona jurídica en estas últimas.

1. El desarrollo normativo desde la Oficina Anticorrupción y la administración pública federal

Uno de los efectos más notables de la ley 27.401 es que motorizó el dictado de diversas normas de jerarquía inferior, centralmente orientadas para dinamizar acciones concretas en materia de *Compliance*. En abril de 2018, por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 277/2018, se asignó a la Oficina Anticorrupción la tarea de establecer los lineamientos para el mejor cumplimiento del denominado "Programa de Integridad" establecido en los artículos 22 y 23 de la ley. Es decir, de aquellas acciones vinculadas de modo más estrecho con lo que genéricamente se conoce

como *Compliance* o *Criminal Compliance*. Este decreto, fijó, asimismo, los montos de los contratos públicos en los que se exigiría a las empresas la acreditación de un “Programa de Integridad” —fijado en 30 millones de pesos en adelante, sería actualizable conforme a la variación del precio del módulo—.

Luego, el 4 de octubre de 2018, se publicó la resolución 27/2018 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de la Nación que contiene un Anexo de 70 páginas denominado “Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 de Responsabilidad de las Personas Jurídicas”⁹.

Más adelante, el 23 de noviembre de 2018, la Dirección Nacional del Registro Nacional de Reincidencia publicó la disposición 11/2018 por medio de la cual se creó el “Registro de Antecedentes Penales de Personas Jurídicas”. Este Registro preanunciaba la expectativa que existieran condenas jurisdiccionales a los entes corporativos, sustentados en la ley antes mencionada.

Casi un año después, el 8 de noviembre de 2019, por medio de la Resolución 36/209, la Secretaría antes mencionada aprobó una “Guía complementaria para la implementación de programas de integridad para Pymes”.

En junio de 2020, asimismo, el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación adoptó la resolución 146/2020 por la cual adoptó un “Plan de Integridad y cumplimiento” cuya finalidad declarada es encarar un sistema de gestión de riesgos desde ese Ministerio.

En diciembre de 2020, el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires (UBA) adoptó una resolución en similar sentido.

En abril de 2021, la Oficina Anticorrupción adoptó la Resolución 3/2021 mediante la cual se resolvió diseñar lo que se conoce como RITE “[es decir] un registro de integridad y transparencia para empresas y entidades para contribuir al desarrollo, mejora y madurez de sus programas de integridad, al intercambio de buenas prácticas y a la generación de interacciones entre privados y entre éstos y el sector público con mayor transparencia”.

Más recientemente, el 10 de junio de 2022, la Oficina Anticorrupción emitió la resolución 10/2022 por medio de la cual se aprobó la “Guía para el desarrollo de Políticas de Integridad en Empresas con Participación Estatal”, elaborada desde la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de ese organismo.

⁹ Ver Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, “Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Ley 27.401. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, 1ª ed., Ediciones SAIJ, 2019, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf; Zysman Quirós, Diego, “Señalamientos sobre el borrador de los lineamientos”, en Montiel, Juan Pablo (dir.), Lineamientos de integridad: reportes en *compliance*, 1ª ed., 2018, pp. 43-50, disponible en: <https://crimint.org/lineamientos-de-integridad-el-aporte-de-crimint-a-la-oficina-anticorrupcion-de-argentina/amp/>.

Como puede apreciarse, la OA emprendió acciones para favorecer la sinergia entre el sector público y privado a los efectos de allanar el camino por el que se pretende combinar acciones preventivas a través de los programas de integridad y acciones sancionatorias previstas en la ley 27.401.

En un contexto, donde se privilegiaron esquemas de delegación en el sector privado o formas de autocontrol, que podríamos considerar englobados dentro de la categoría de "autorregulación regulada", generar un canal para intercambiar experiencias y generar un factor agregado de procesos, donde la propia administración federal ve que entidades vinculadas deben asumir una política de integridad, resulta una política institucional enderezada al rodaje de la ley que está en el centro de este proyecto de investigación.

No se conocen, acciones concretas emprendidas desde la Dirección de Investigaciones de esa oficina, sino que todo parece canalizarse a través de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, lo que también revela cierta institucionalidad tácticamente orientada hacia el esquema de prevención que trasunta toda la filosofía del *Compliance* como insumo teórico relevante en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

2. La mirada desde la Procuraduría de Investigaciones Administrativas

104

Por otra parte, en unas jornadas de actualización sobre la ley 27.401 realizadas por el MPF¹⁰, el titular de la PIA, Dr. Sergio Rodríguez, expuso algunas implicaciones del recorrido de la ley en función del rol de la Procuraduría que lidera. En tal sentido, explicó que "la complejidad y la dificultad de la investigación de hechos de corrupción requiere herramientas concretas que contribuyan a la efectividad de las investigaciones". Destacó a la Ley 27.401 como una de estas herramientas, pero postuló la necesidad de otras, tales como la plena aplicación Código Procesal Penal Federal; que los fiscales que investigan estos delitos tengan acceso a la información amparada bajo el secreto fiscal; y la sanción de una ley de protección al denunciante de hechos de corrupción.

Asimismo, reveló que desde la PIA se efectuaron varias denuncias en las que estarían implicados funcionarios públicos, personas físicas y jurídicas y que involucran el andamiaje jurídico de la ley 27.401. Si bien no se tienen precisiones sobre las características de los casos generados ni de las jurisdicciones implicadas, esto es un dato relevante a los efectos de esta investigación, pues expone una base de generación de casos penales con potencial aplicación del contenido de la ley.

¹⁰ Ver "Iniciaron las jornadas de actualización sobre la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", *fiscales.gob.ar*, 26 de septiembre de 2022, disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/iniciaron-las-jornadas-de-actualizacion-sobre-la-ley-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>.

3. La mirada desde PROCELAC

La PROCELAC también participó de las jornadas mencionadas en el punto anterior. Allí sus cotitulares, Dres. Laura Roteta y Diego Velasco, formularon apreciaciones de interés. Por un lado, Roteta advirtió que la ley 27.401 es una herramienta para avanzar "(...) con imputaciones que vayan más allá de los eslabones más bajos de la responsabilidad, y que sorteas la dificultad que se observaba anteriormente para llegar a los órganos directivos de la empresa a través de responsabilidades individuales". Asimismo, Velasco hizo hincapié en la necesidad de que los programas de integridad se adopten a nivel empresarial de acuerdo "(...) a sus características y con una adecuada protección al denunciante de hechos de corrupción".

Por otra parte, uno de los integrantes de esta investigación pudo entrevistar en una sesión más extensa a la coordinadora del área de delitos contra la administración pública (DAP) de la PROCELAC, que además articula acciones con la PIA, para favorecer el avance de litigación estratégica de casos vinculados a esta ley. Su testimonio es particularmente valioso pues está en la primera línea de los posibles casos que deberían llegar a investigación, incluso mucho antes de que una actuación penal estrictamente formal llegue a conocimiento de uno de los jueces con competencia federal, que deberían intervenir.

En este sentido, la Dra. Ileana Schygiel señaló algunas cosas que, por la importancia de su experiencia directa en el tema, deben ser puntualizadas especialmente. Así, en lo sustancial, expresó que:

- Con relación a otras áreas del Estado, el tema de la Ley está invisibilizado salvo para el caso de la relación con la OA (Oficina Anticorrupción), con la que tenemos un trabajo en común y organizamos jornadas para poner sobre la mesa el tema de la LRPJ porque no había ningún avance práctico y no veíamos implementación de la Ley.
- Los tribunales lo siguen teniendo totalmente por fuera del radar. Cuando inician un proceso por temas vinculados a corrupción no hay todavía una mirada puesta en la empresa y mucho menos en la idea de empezar un proceso con ella para llegar a un acuerdo o manejar algún criterio de responsabilidad.
- Este acercamiento con la OA fue bueno porque ellos sí hicieron un trabajo mancomunado con las empresas con la creación del registro RITE, entonces a través de ellos la PIA empezó un primer acercamiento del Ministerio Público con el mundo empresarial, que implicó un paso abismal.
- Antes la PIA estaba en un lugar y el mundo empresarial en otro, y no había acercamientos; este fue el primero que hubo.
- Todavía hay una actitud expectante de parte de las empresas sobre cómo va a responder el Ministerio Público Fiscal. Parecería que este es un momento

de expectativa y medición de todas las partes que van a estar involucradas, para prever qué va a hacer el otro. Pero donde aún nadie dio el primer paso.

- En el Ministerio Público Fiscal hay una mesa de trabajo generada entre la PIA y la PROCELAC. No se convocaron todavía a fiscales para hacer un trabajo con ellos.
- En medio de este proceso fue que la justicia de San Isidro pidió la colaboración de ambas procuradurías para el primer caso en el que se habría llegado a un preacuerdo de colaboración en los términos de la ley 27.401, entonces se ingresó en un trabajo en conjunto. Esta sería la primera experiencia de campo. Se intentó hacer un plan de acción teórico y apareció el primer caso.
- Hay que romper con un montón de sesgos culturales propios de las investigaciones habituales, en miras de la aplicación de esta ley. Pasar de la idea de la imposición de una pena fuerte por un delito como éste, a entrar en un proceso de negociación.
- La PIA y sus fiscales no estaba preparada, no sabe negociar. Si bien se aprendió un poco en casos de corrupción con la figura del arrepentido, es otro tipo de negociación el que se hace con una empresa. Los términos de la negociación, hasta dónde llegar, cuándo sentarse... la empresa puede decir "me quiero retirar porque hasta acá llegué pero más no" son diferentes y hay que lidiar con eso.
- Cómo determinar la devolución del monto del beneficio indebido es también otro desafío.
- Hay que rever totalmente cómo se construye un caso desde que la empresa se sienta a negociar y a darnos prueba, y tenerla como una colaboradora durante todo el proceso.
- Cambia totalmente la estrategia del caso y tenemos que aprender a trabajar con esto y no con las pautas a las que se está acostumbrados a seguir en el camino de una investigación penal.
- Con relación al Código Procesal Penal Federal, se abren muchos interrogantes. Es un código que ha incorporado algunas cuestiones, pero no se sabe entonces si va a ser bueno o no para lidiar con esto, aunque hay razones para entender que sí, porque pone al Ministerio Público, en la cabeza de la investigación.
- La idea es que las previsiones de la ley 27.401 funcionen como un incentivo para que las empresas vengan, colaboren y acuerden con el Ministerio Público, y no al revés.

Casos identificados fuera de la administración de justicia federal penal con asiento en la CABA

1. Posible acuerdo de colaboración por homologarse judicialmente

De acuerdo a lo que adelantamos, frente a la ausencia de jurisprudencia relevante

para nuestro estudio en el ámbito penal federal de CABA, en todo este tiempo — incluso más allá de la prórroga de nuestra pesquisa que imaginó una cierta demora coyuntural en la obtención de resultados durante estos años—, los primeros hallazgos a nivel nacional que pudimos encontrar y acreditar como únicos —más allá de exceder el objeto de nuestra investigación— vinieron de la justicia federal de San Isidro, pero específicamente objetivados en una sentencia de la Provincia de Mendoza.

Esto es bastante inusual en materia de aplicación de leyes penales federales, donde, por razones imaginables de nuestra organización federal, los tribunales de la CABA han sido siempre los primeros en expedirse en cuestiones relacionadas con estas leyes. En todo caso, ofrecía un indicador muy claro de la contundente ausencia a nivel nacional de impacto jurisprudencial (y por lo tanto, de aplicación de los institutos previstos por esta ley en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica).

En el primer caso de actuación jurisdiccional que detectamos por la entrevista con el Ministerio Público Fiscal, la novedad es que éste último, en la última parte del 2022 habría llegado a un acuerdo de colaboración eficaz conforme con lo previsto en la ley 27.401, circunstancia que ya exponía una dinámica de funcionamiento entre el esquema preventivo y punitivo de la ley, así como también la incidencia de los esquemas de investigación e integridad internas y la reducción de costes para el actor público acusador¹¹. Sin embargo, a la fecha de este informe, no se conocen públicamente detalles del caso, ni los términos del acuerdo, con la particularidad de que surgen algunos interrogantes claves.

107

Entre estos interrogantes estaba, a saber: cómo se evaluó la actividad de investigación interna, cómo se efectuó el cálculo del beneficio indebido obtenido, cuáles fueron las prestaciones incluidas en el acuerdo a cargo de la empresa, y cómo se conjugó la ventilación de los episodios con implicancia penal con el diseño de la estrategia de persecución para las contrapartes públicas implicadas en los hechos de corrupción denunciados.

No es menor, tampoco, la cuestión de imaginar si los episodios tienen un alcance territorial acotado o si el caso implicará luego una generación múltiple de investigaciones en otras jurisdicciones. Si este último fuera el caso, surge el interrogante adicional sobre si habrá alguna estrategia articulada para compartir prueba producida y la eventual articulación de estrategias de enfoque jurídico para evitar contradicciones que puedan debilitar la instalación de la ley 27.401.

¹¹ Ver también en Basch, Fernando, "Incentivos y desincentivos de *compliance* bajo la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria por delitos de corrupción", op. cit. En el artículo en general, el autor expresa con claridad su posición al respecto, entendiendo que "... el sistema adoptado por la ley difícilmente incentive a alguna compañía a autodenunciarse para lograr el premio de la eximición de pena... (y) difícilmente tenga razones para concurrir por esta vía una empresa únicamente sujeta a la legislación argentina".

2. La primera (y única) sentencia que aplicó la ley 27.401: Provincia de Mendoza (noviembre de 2022)

Por otra parte, fuera de CABA, en la Provincia de Mendoza se registró, a poco del fin de 2022, la primera sentencia judicial que efectivamente aplicó la ley 27.401, con las salvedades que expresaremos a continuación. Esto ocurrió el 29 de noviembre de 2022, cuando el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en la causa denominada "Fiscal contra Van de Loo Ojeda, Nicolás y Stroyproject Weather Modification SA por cohecho" hizo expresa interpretación de la misma, en un caso de cohecho. Esto, en sí mismo, fue un acontecimiento para la aplicación de la ley del caso, y para nuestra investigación (aunque un emergente fuera del objeto delimitado en tiempo y lugar).

Sin embargo, debemos remarcar que luego de las consideraciones expuestas el veredicto fue absolutorio por razones vinculadas a la inexistencia del hecho, por lo cual estas consideraciones abstractas no llegaron a plasmarse en una decisión que permitiera evaluar los criterios para la responsabilización de personas físicas o jurídicas, su ausencia de responsabilidad o la mitigación de ella.

Muy sintéticamente, los hechos del caso sometido a juicio daban cuenta de que la persona jurídica Stroyproject Weather Modification SA, filial argentina de una empresa búlgara que prestaba servicios a la administración pública provincial para el control del granizo, frente a un dictamen técnico negativo en el marco de un expediente por el que tramitaba una contratación pública, habría ofrecido un soborno de USD 100.000 a quien lo emitió, para que dictaminara en sentido opuesto.

Sin embargo, como adelantamos, en la sentencia definitiva el Tribunal consideró que el episodio de cohecho no existió por carecer, el ofrecimiento de soborno, de la mínima seriedad necesaria para considerarlo tal, por lo cual se entendió que no llegaba a afectar el bien jurídico protegido.

No es la intención de este informe sería entrar aquí en una evaluación o análisis completo de los fundamentos adoptados —que escapan al objeto de nuestra investigación— pero sí nos interesa destacar que, desde el punto de vista de la defensa de la sociedad acusada, la estrategia no fue "echar mano" de los incentivos de la ley 27.401 para obtener un tratamiento indulgente o menos riguroso, sino directamente discutir el fondo de la cuestión y la valoración probatoria para procurar una desvinculación absoluta, circunstancia que terminó siendo acogida por el tribunal, más allá de haber vertido valiosas consideraciones teóricas sobre los nuevos institutos que planteaba esta ley, al respecto.

Puesto que, ante la orfandad en materia de aplicación judicial de esta ley por parte de la Justicia en lo Penal Económico y la Justicia Federal de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la sentencia mendocina constituye (según sabemos, hasta el momento de este informe) el único precedente que se pronuncia de manera

directa sobre los institutos de esta ley, aún con el alcance antes señalado, resulta por demás relevante puntualizar algunas de sus citas de manera textual.

En este sentido, en una resolución que se extendió a veintisiete páginas (según formato oficial), el tribunal, integrado por los jueces Mateo G. Bermejo (quien desarrolla el voto principal, al que adhieren los demás), María L. Guajardo y E. Martearena, consideró en lo que más nos interesa: En primer lugar, se dijo, al citar a la persona que denunció el hecho y habría sido el blanco del supuesto cohecho, que manifestó expresamente en relación a los programas de integridad que incorpora la ley en trato para la prevención de esta clase de delitos. Explicó, a su vez, con claridad, que él no realizó la denuncia penal debido a las capacitaciones que recibió en material de *compliance*, ética e integridad que mandan que lo primero que hay que hacer es informar a un superior, explicando al respecto:

Yo me entrené en las empresas donde trabajé con anterioridad, especialmente en Cencosud, donde había normas de códigos de ética, integridad y *compliance* y extensivas hacia toda la organización. Participé en cuatro o cinco charlas además de cursos que dictaba la propia empresa. Estas ideas yo las llevé a la empresa. La prioridad de mi gestión era más bien lo operativo por lo que algunas cuestiones administrativas quedaban delegadas, pero sí había algunas normas y procedimientos específicos, aunque es algo básico y falta un código de ética y manual de *compliance*.

109

Más adelante, el tribunal realizó una valoración de esta intervención con expresa referencia a institutos previstos en la ley y teorizados por la academia, como es el caso del *whistleblower* o informante interno, sobre el que uno de los jueces había escrito un artículo, con anterioridad. Así, se dijo lo siguiente:

Como se explicó con anterioridad, el Sr. Abrego realizó una comunicación a las autoridades de AEMSA y a los funcionarios que había intervenido en la negociación, asumiendo los costos personales que la develación puede tener: son conocidos los efectos negativos en su vida y su salud que suelen padecer los "whistleblowers", o "denunciantes de irregularidades" (en efecto, en muchas ocasiones los whistleblowers han debido afrontar enormes costes legales y reputacionales que han concluido en desastrosas situaciones financieras y personales, siendo que un estudio sobre ochenta y cuatro informantes en los Estados Unidos indica que un 82% experimentó hostigamiento, un 60% fue despedido, el 17% perdió sus hogares y un 10% admitió haber intentado suicidarse, (al respecto v. Bermejo, "Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (*whistleblower*) como estrategia político criminal", Revista de Derecho Penal, nro. 4, Infojus, 2013, p. 65).

También se abordó directamente la normativa en estudio, al mencionar lo siguiente:

A la vez, debemos valorar que el Sr. Abrego utilizó correctamente el Canal de Denuncia (previsto en el art. 23 inc. III de la Ley 27.401), ya que AEMSA es una empresa alcanzada por la Ley 27.401, habiendo puesto en conocimiento de lo ocurrido a sus superiores por vía de lo que se denomina "reporte interno" que se considera una buena práctica e, incluso, puede interpretarse que el art. 9 inc. a de la Ley 27.401 implica que se prefiere por el legislador que se incentive en primer lugar el reporte interno antes de realizar el externo (al respecto, v. Bermejo/Montiel, Teoría y Praxis del Criminal Compliance, Thomson/La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 328/329), lo que también surge de los Lineamientos de la Oficina Anticorrupción (v. Oficina Anticorrupción, "Lineamientos para la Implementación de Programas de Integridad" ap. 3.5. Canales Internos de Denuncia, Res. 27/2018).

Además, luego de evaluar específicamente la acreditación o no del cohecho y su verosimilitud, la sentencia destina un punto entero en particular, como colofón, para analizar la importancia de los programas de integridad que en nuestra normativa están previstos por la ley 27.401 de nuestro estudio:

7. Colofón: La relevancia de las políticas públicas contra la corrupción pública, los programas de integridad y su relación con el caso (...) Los hechos denunciados en el presente proceso judicial evidencian la importancia de los programas de integridad y el efecto de aislamiento que se espera de las empresas que no se adecuan a una cultura corporativa contra la corrupción pública.

Y allí se vuelve con otra referencia académica, obra de uno de los jueces, al expresar lo siguiente:

Debe tomarse en consideración la importancia de proteger a quien funge como denunciante de irregularidades, más aun tomando en cuenta la ausencia de una legislación clara al respecto en nuestro país a pesar de los compromisos asumidos por la Argentina en la materia (al respecto, v. Bermejo/Montiel, Teoría y Praxis del Criminal Compliance, Thomson/La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 348 y ss).

Y en esta especie de *obiter dictum*, se suman las siguientes consideraciones, por primera vez, por parte de un juez penal en una sentencia definitiva en apoyo de este sistema contra los delitos de corrupción y en favor de la regulación de la ley del caso:

...queremos destacar la importancia de la política pública contra la corrupción y, en particular, la importancia de que las empresas aquí mencionadas, AEMSA y Stroyproject Argentina, como asiduos contratantes con el Estado, cuenten con programas de integridad adecuados para minimizar los riesgos en las licitaciones y otras contrataciones públicas en las que intervengan.

Y en otro extenso párrafo de carácter, se afirma lo siguiente:

Sin duda, la Ley 27.401, que reconoce el castigo de las personas jurídicas por hechos de corrupción y regulaciones relativas al *compliance* anticorrupción (que tiene como base los programas de integridad), es una de las últimas reacciones legislativas de nuestro país. Sin embargo, lo relacionado con la prevención y la sanción de actividades delictivas en el marco de la empresa no se agota en el derecho penal como instrumento normativo ni se limita a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la corrupción pública como materia de regulación. Sin embargo, la entrada en vigor de esta ley ha impulsado, como no lo había hecho antes ninguna otra, el interés por el *compliance* y la integridad empresarial, si bien el marco regulatorio de la prevención del lavado de activos (ley 25.246, ley 26.683 y las resoluciones de la UIF) fue en definitiva el banco de pruebas de los avances en responsabilidad penal de empresas y *compliance*, aunque sin el impacto que tuvo la ley 27.401 (v. Bermejo/Montiel, Teoría y Praxis del Criminal Compliance, Thomson/La Ley, Buenos Aires, 2020, p. XXXII y ss.).

En relación con estos desarrollos, el concepto de "integridad" se fue incorporando al mundo empresarial y de los negocios, como una lógica consecuencia de concebir a la empresa como un ente con responsabilidad social, donde las instituciones del *buen gobierno corporativo* y de la *responsabilidad social empresaria* tiene un lugar relevante. Se afirma que a la llegada de la globalización, el desarrollo de la conciencia ecológica, las mayores exigencias de los usuarios y las nuevas tecnologías fueron algunos de los factores que incentivaron el auge de la responsabilidad social empresaria. Así, los cambios en las regulaciones gubernamentales sobre el sector privado y la nueva actitud del público frente la actividad empresarial se tradujo en mayores exigencias para que las empresas operaran según estándares de comportamiento socialmente responsable.

111

Y destaca la importancia que la ONU ha señalado al apoyar esta clase de iniciativas y regulaciones legales:

Sin duda, entre los organismos internacionales ha sido la ONU quien más profundamente ha promovido la cultura de la integridad en las empresas. En la Convención de la ONU contra la Corrupción se indica en relación al Sector Privado que "*cada Estado Parte, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas*" y entre las medidas, se ubica "*promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto,*

honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado”.

Asimismo, se sostiene que:

Nuestro país se vio en la necesidad de adecuarse paulatinamente a los compromisos derivados de los convenios internacionales mencionados. En ese marco, en 2017 se sancionó la Ley 27.401 (con su Decreto Reglamentario N° 277/2018), que introdujo en el ordenamiento jurídico argentino la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con diversos delitos de corrupción pública. Esta Ley establece un marco normativo para que las personas jurídicas implementen *programas de integridad* consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esa Ley. El programa debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica. La Oficina Anticorrupción dictó, por delegación del mencionado Decreto Reglamentario, los *Lineamientos de Integridad* como directrices tendientes a orientar a las empresas en el diseño, implementación de estos programas y la *Guía de Integridad para Pymes* con los mismos fines respecto de estas. El punto de partida del modelo mixto de responsabilidad reconocido por la Ley N° 27.401 es la comisión de un delito por parte de una persona física. Atento al modelo receptado, este requisito es fundamental, dado que sin él no habría objeto de reproche a la persona jurídica. Se trata del denominado hecho de conexión: comisión de un delito del catálogo establecido por la ley, por la persona física.

112

Y en el mismo voto mayoritario, al que adhirieron los demás jueces, se destacó en esta línea la situación de la Provincia de Mendoza, puesto que:

La Provincia de Mendoza sancionó la Ley 9237 en el año 2020 a fin de adecuar la legislación provincial a los lineamientos de la Ley 27.401. De este modo, se impuso a las personas jurídicas privadas, sin excepción, la obligación de cumplir con un programa de integridad, en los términos de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401, a efectos de contratar con los Poderes del Estado provincial, con sus órganos y/o con organismos integrantes del sector público provincial o municipal, centralizados, descentralizados o autárquicos.

...Por último, no quiero soslayar la importancia de trasladar los principios de control que surgen del *compliance* corporativo (*private compliance*) al sector público (*public compliance*). Esto ha dado lugar a un desarrollo que

tiene cada vez mayor importancia en los países desarrollados y que implica abordar las organizaciones públicas del mismo modo que las privadas con la pertinente adecuación de los principios y reglas que rigen en uno y otro caso (v. al respecto Nieto/Calatayud, Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos, Tirant Lo Blanch). No puede soslayarse, asimismo, que la reciente Directiva Europea sobre Canales de Denuncia incluye tanto al sector privado como al sector público e implicará una importante armonización normativa al respecto en toda Europa (Bermejo, "Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937", en *Suplemento Nro. 2. Thomson Reuters/ La Ley*. Editorial La Ley. Argentina. 2022.).

Y luego de ello, el voto realiza una remisión directa a la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad pública, donde se expresan algunos de los principios principales en la materia, por lo cual se concluye diciendo que:

Resulta conveniente que estos principios y reglas, adaptados a las circunstancias de nuestro Estado provincial, se implementen de forma general y, en particular, se ponga especial atención a las contrataciones públicas de la empresa Stroyproject Argentina así como a la calidad de su programa de integridad a efectos de mitigar los riesgos futuros, sin soslayar la importancia que la normalización de un programa de integridad para la empresa AEMSA puede tener para su futuro desarrollo.

113

Para enmarcar aún mejor la real dimensión que ha tenido la reforma legislativa en trato, más allá de este importante (pero solitario) precedente jurisprudencial, y tratar de evaluar de forma plena algunos elementos indicadores del impacto de la ley, incluso por fuera de las decisiones judiciales, a continuación, con arreglo a lo adelantado, expondremos como nos extendimos del objeto original de investigación, hasta llegar a algunas acciones institucionales desde la administración pública federal y agencias del Ministerio Público Federal, que exponen avances, pero también dificultades para favorecer la aplicación de la ley 27.401, frente al limitado panorama jurisprudencial apuntado.

Conclusiones de la investigación

A pesar de que la ley 27.401 ha cumplido su quinto aniversario, las repercusiones en términos de aplicación de la ley penal o aun de éxito de los mecanismos preventivos e incentivos instaurados, no arroja notas destacables más allá de aquellas meramente coyunturales y sin llegar a constituir una muestra significativa para encarar un trabajo cualitativo-cuantitativo.

Sin embargo, ese silencio jurisprudencial, podría haberse pensado como la contracara de una planificación institucional estatal para comenzar un rodaje con un cuerpo más capacitado, orientado, en definitiva, nutrido. Sin embargo, las mayores muestras de acción estatal están puestas en la generación de una relación sinérgica entre Estado y empresa para dotar de eficiencia a los términos y alcances de las políticas de integridad.

Poco es lo que puede decirse sobre la articulación de las agencias de planificación penal para llevar adelante casos de éxito, ya sea en términos de negociación para lograr acuerdos descongestionando de esfuerzos y costos al Estado, ya sea para favorecer la aplicación de las penas fallado el juego del esquema preventivo-punitivo de la ley 27.401.

No es claro si factores como el cambio de modelo penal o la falta de capacitación a los agentes judiciales es determinante en este sentido. Mucho menos claro, parecería el hecho de que este obstáculo sólo se deba a la ausencia de un modelo más acusatorio extendido en el procedimiento penal de la jurisdicción elegida para esta investigación.

Llama la atención la falta de directivas e instrucciones generales de los tribunales superiores y los ministerios públicos, ya sean federales o provinciales, para favorecer estrategias de litigación y aun de capacitación en habilidades que no son las tradicionales para los funcionarios públicos implicados en la persecución penal (por ejemplo, la negociación).

114 Pudo apreciarse, sin embargo, que Procuradurías especializadas, con una orientación de esfuerzos a problemáticas implicadas en la ley 27.401, se encuentran enderezando acciones para favorecer su implementación, aun cuando se advierte que la implementación paulatina del CPPF también está proponiendo implícitamente desafíos diferenciales de implementación de la ley de RPPJ, donde los roles de juez y fiscal difieren y se asientan en prácticas de paradigmas casi antagónicos.

Los dos casos que parecen despuntar la aplicación de ley, implican ya una enorme gama de diferencias, no solo por el fuero implicado (uno federal y otro provincial) sino también por el camino recorrido: uno con un supuesto acuerdo de colaboración de eficaz en trámite, otro que llegó a juicio, bastando para exponer que los desafíos para los actores públicos implicados deberán ser abordados con un rodaje previo casi nulo sin instancia de capacitaciones específicas, frente a actores corporativos que provienen de una extracción donde la auditoría, la rendición de cuentas y el *compliance* es moneda frecuente. Sin embargo, ellos aún no se ven como los más interesados en utilizar estas herramientas legales, o al menos surgen sus tribulaciones. Esto plantea una situación de asimetría que no avizora un buen desarrollo en términos de *enforcement* y las posibilidades de que existan nuevas decisiones jurisdiccionales que apliquen esta ley.

El único fallo en estos cinco años fue el fallo de Mendoza antes examinado. Un precedente de otra jurisdicción distinta a la enmarcada en esta investigación, que más allá de la sorpresa por su irrupción, termina constituyendo mucho más un análisis programático por parte de los jueces de la ley y los institutos asociados al

compliance penal, que una aplicación de la misma, toda vez que las extensas citas expresadas, aun cuando de mucho interés, no incidieron en la solución del caso, que fue una absolución, por otras razones vinculadas a la existencia del hecho delictivo, en sí mismo. Es difícil no pensar que el interés en la temática y la producción académica del juez que formuló el voto líder no hubiesen pesado en la decisión de exponer muchas de estas ideas por escrito. En todo caso, por razones de economía y objetividad, difícilmente otros jueces se hubiesen visto cómodos analizando una ley que no requería aplicación particular en el caso, dado la solución a la que se arribaba.

Por otro lado, no existe tampoco información que pudiera indicar que esta ausencia de resoluciones judiciales se debiera a un éxito de prevención de hechos delictivos de personas jurídicas por imperativo de los programas de integridad incorporados. Aún en ese caso, existirían tentativas varias por conductas de personas físicas que no llegaron a un resultado delictivo, gracias a la ley. Nada hace creer que esto pudiera ser una hipótesis plausible.

Sí resulta atendible, sin embargo, advertir que el impacto de la ley no ha sido nulo, pues ha tenido mucho más que ver con la forma de organizarse de ciertas personas jurídicas, especialmente las que desean contratar con el Estado, y por ello han tomado especial atención a las formas de autorregulación para la prevención y denuncia de ciertos ilícitos, y a la transformación de cierta cultura empresarial, que con el impacto en sede judicial. Aun así, tampoco hemos investigado por exceder de nuestros límites impuestos ni disponemos de información específica en torno a ello.

Por todo lo expuesto, concluimos que no se ha podido comprobar nuestra hipótesis principal que afirmaba que la sanción de la ley 27.401 sobre responsabilidad de las personas jurídicas, acompañada de un debate jurídico-penal y un contexto internacional en materia de reformas legales enteramente distinto al existente en el pasado iba a tener un impacto identificable, no sólo con respecto a los delitos específicos a los que se aplicaba (soborno nacional o transnacional, balance falso, etc.) sino también en otros delitos previstos por otras leyes –como la ley 22.415 (código aduanero) o la Ley Penal Tributaria (24.769 y 27.431, luego) en los cuales parte de la doctrina afirmaba históricamente la existencia de un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que antes había sido aplicado con dudas y reticencias.

Sin embargo, algunos de los objetivos secundarios, vinculados a los obstáculos o tensiones jurídicas que afrontaba esta aplicación, las citas normativas, bibliográficas y de derecho comparado que acompañarían esta ley, pudieron, limitada a un fallo aislado, pudieron hipotetizarse, para la formulación de nuevas investigaciones específicas que permitan realizar un escrutinio mayor sobre la ausencia precedentes judiciales en el tema, a marzo de 2023, cuando precisamente se cumplen cinco años de vigencia de la ley 27.401.

Referencias bibliográficas

Basch, Fernando, "Incentivos y desincentivos de *compliance* bajo la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria por delitos de corrupción", año LXXXVI, n° 261, *La Ley*, 2022.

Comisión Anticorrupción. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Beneficio Indebido: un análisis preliminar", Informe n° 3, 2022, pp. 1-35, disponible en: <https://archivo.consejo.org.ar/publicacionesedicon/Informe3-Beneficio-Indebido-Un-Analisis-Preliminar-Anticorrupcion.pdf>.

Dirección de Servicios Legislativos. Biblioteca del Congreso. Dossier legislativo. "Trámite Parlamentario de Leyes Sancionadas durante el Periodo Legislativo 135", año 2017, VI, n° 148, 2018, disponible en <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/DOSSIER-LEGISLATIVO-Nro-148.pdf>.

Freire, Alejandra, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", *CIPCE*, 2017, disponible en <http://www.cipce.org.ar/articulo/ley-responsabilidad-penal-personas-juridicas>.

116

González Guerra, Carlos M. (et al.), "Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria", dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu, 1ª ed., Ciudad de Buenos Aires, *La Ley*, 2018.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, "Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Ley 27.401. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", 1ª ed., Ediciones SAIJ, 2019, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf.

Zysman Quirós, Diego, "Compliance, Responsabilidad y Castigo a las Personas Jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de US Sentencing Guidelines para corporaciones", *Ius Puniendi*, año 1, n° 6, 2018, pp. 309-333.

_____, "White-Collar Crime in South and Central America Corporate-State Crime, Governance, and the High Impact of the Odebrecht Corruption Case", en Rorie, Melissa L. (ed.), *The Handbook of White-Collar crime*, Wiley-Blackwell, 2019, pp.363-380.

_____, "Señalamientos sobre el borrador de los lineamientos", en Montiel, Juan Pablo (dir.), *Lineamientos de integridad: reportes en compliance*, 1ª ed., 2018, pp. 43-50, disponible en: <https://crimint.org/lineamientos-de-integridad-el-aporte-de-crimint-a-la-oficina-anticorrupcion-de-argentina/amp/>.