EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 124-150

APUNTES SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ARGENTINO

Dr. Juan Pablo MONTIEL*

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2017
Fecha de aprobación: 20 de abril de 2018

Resumen

La ley n.º 27.401 introduce en el ordenamiento jurídico argentino la responsabilidad penal de la persona jurídica en relación con los delitos de corrupción. Semejante innovación trae consigo innumerables desafíos para la práctica empresarial en la Argentina, como así también inconvenientes e incertidumbre. La nueva regulación marca interesantes lineamientos en materia de *compliance* e introduce reglas procesales de valor para la praxis. Sin embargo, abre interrogantes sobre, por ejemplo, cómo compatibilizar el nuevo régimen de responsabilidad penal empresaria con los ya vigentes respecto de los delitos contra el orden socio-económico, cómo determinar el régimen de imputación elegido por el legislador y de qué modo lograr facilitar la tarea de la administración de justicia en la identificación de sistemas de integridad idóneos. Con este escenario de fondo, al artículo pretende mostrar los rasgos fundamentales de la nueva ley.

Palabras clave: Responsabilidad penal – Personas jurídicas – Corporaciones – Empresas – Criminalidad de cuello blanco

Title: Notes on the New System of Criminal Liabiliy of Legal Persons in Argentina

Abstract

Law No. 27,401 introduces the criminal liability of legal persons for corruption offenses to the Argentine legal system. Such innovation brings with it innumerable challenges, inconveniences, and uncertainty. The new regulation marks interesting guidelines in matters of compliance and introduces valuable procedural rules for the business practice. However, it raises questions about, for example, how to reconcile the new regime of corporate criminal liability with those already in

* Coordinador General de CRIMINT.

force with respect to crimes against the socio-economic order; how to determine the imputation regime chosen by the legislator; and how to facilitate the task of the administration of justice in the identification of suitable integrity systems. The article aims to show the fundamental features of the new law.

Keywords: Criminal liability – Legal persons – Corporations – Business – White-collar crime

Sumario

I. Introducción; II. La relevancia político-criminal de la reforma; III. Auto-responsabilidad y modelo del déficit organizativo; IV. La incidencia de los programas de cumplimiento en la RPPJ; V. Listado de delitos e injusto de las personas jurídicas; VI. Inconvenientes derivados de la multiplicidad de regímenes; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El pasado 8 de noviembre de 2017 el Congreso de la Nación aprobó la ley n.º 27.401, cuyo trámite parlamentario se había iniciado en octubre de 2016 con la presentación de un proyecto del Poder Ejecutivo, en el que se pretendía ampliar el régimen penal de las personas jurídicas a los delitos contra la administración pública. Dicho trámite tuvo un camino zigzagueante, dado que el proyecto original sufrió notables modificaciones en la Cámara de Diputados y en el Senado se convirtió en ley un texto diferente a los anteriores.

Vale resaltar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) no es una institución totalmente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la ley 26.683 de 2011 ya la había previsto respecto de los delitos contra el orden económico y financiero, sin olvidar que incluso con anterioridad una disposición similar aparecía contenida en el ámbito de los delitos tributarios (art. 14 de la ley n.º 24.769).[1]

[1] De otra opinión, SARRABAYROUSE, "Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balance y perspectivas", en PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 341 ss.; DEL SEL, "Societas delinquere: ¿potest o non potest?", en YACOBUCCI (ed.), *Derecho penal empresario,* B de F, Buenos Aires/Montevideo, pp. 104 ss., para quienes también está reconocida la RPPJ en otros contextos, como por ejemplo en relación con los delitos aduaneros y contra la competencia, etc. Cfr. también BLANCO, "Art. 304. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en VITALE (dir.), *Código penal comentado de acceso libre*, (disponible en:

La ley cuenta con dos grandes partes: una primera en la que se regulan aspectos materiales y procesales de la RPPJ y una segunda en la que se modifican artículos del Libro Segundo del Código penal (CP) y del Código procesal penal de la Nación[2] y se destaca la introducción de una figura agravada de balances falsos, cuya comisión habilita también el castigo de colectivos. Como se analizará detalladamente más adelante, cobran relevancia en la ley preceptos relativos a los criterios para individualizar las sanciones de las personas jurídicas, entre los que cuentan de manera relevante los programas de *compliance*. Vale ya adelantar que la ley incluso incorpora criterios que —aun siendo discutibles— permiten precisar cuándo estos programas resultan adecuados y, por ende, pueden acabar beneficiando a las personas jurídicas.

La ampliación de la RPPJ a los delitos de corrupción permite a nuestro país ponerse a tono con una tendencia consolidada internacionalmente, especialmente en Europa. En cambio, en el contexto regional todavía no existe una tendencia clara en esta materia, puesto que mientras

http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado), aunque con planteamientos algo confusos, puesto que indica que hasta la introducción del art. 304, CP no existía el régimen de RPPJ, para luego aceptar el carácter penal de las sanciones impuestas previamente en otras leyes, tales como el Código Aduanero, el Régimen Penal Cambiario, la Ley de Defensa de la competencia, etc. No obstante, entiendo cuestionable el carácter *penal* de la responsabilidad, puesto que en muchos casos parece el legislador pretender más bien una sanción de carácter administrativo. En sentido inverso, ABOSO, *Código penal de la República Argentina, Comentado, concordado, con jurisprudencia,* B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2012, pp. 1401 ss., niega el carácter penal de la responsabilidad de personas jurídicas, reconocida en el marco de los delitos contra el orden económico y financiero, y acepta únicamente una de carácter administrativo.

[2] La introducción de regulaciones procesales viene a evitar el problema que todavía hoy afecta a los restantes casos de RPPJ reconocidos legalmente, que carecen de toda legislación de forma relativa a la tramitación del proceso penal. Sobre este problema, SARRABAYROUSE, *supra* nota 1, pp. 375 ss.; DEL SEL, "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una visión favorable a su adopción y un comentario crítico al proyecto de ley", en *Revista de Derecho penal y Procesal Penal*, n.º 2, 2012, pp. 228. Seguramente la pregunta que se plantea en nuestro régimen actual es si acaso las disposiciones procesales de la nueva ley —limitada a los delitos de corrupción y al falseamiento agravado de balances— pueden ser aplicadas por los jueces en supuestos de delitos de lavado de activos y tributarios. En mi opinión, existe aquí un vacío legal, cuya integración por la vía de la analogía no está libre de polémica en el derecho procesal penal; cfr. al respecto KUDLICH, "El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, el Derecho procesal penal alemán)", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 450 ss.; JAHN, "Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el Derecho procesal penal", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 469 ss.

Chile[3] tiene reconocida la RPPJ para estos casos, en el resto de Sudamérica simplemente existen proyectos de ley (v. gr. Bolivia) o bien se sanciona a las personas jurídicas en casos de corrupción, pero con carácter administrativo.[4]

El presente artículo tiene por objetivo analizar algunos de los aspectos más salientes de la reciente reforma legislativa que experimenta el régimen de la RPPJ. Entre las muchas particularidades interesantes me concentraré en esta oportunidad en analizar aspectos político-criminales relevantes de la reforma (II), el modelo de responsabilidad de la persona jurídica adoptado por el legislador (III), la incidencia del *compliance* en la determinación y graduación de la RPPJ (IV) y finalmente los problemas que presenta la existencia de distintos regímenes de RPPJ en nuestro ordenamiento. Explícitamente se adopta una perspectiva de análisis eminentemente teórico, pero orientado a la resolución de problemas que arroja la praxis empresarial. A su vez, me interesa dejar aclarado que esta contribución no pretende hacer una revisión histórica de la RPPJ en la Argentina ni tampoco hacer un análisis exhaustivo de la presente ley, sino solo de aquellos aspectos que estimo más relevantes.[5]

II. La relevancia político-criminal de la reforma

Si tomamos como referencia los grandes casos en los que la RPPJ tomó notoriedad a nivel global, veremos que siempre han estado vinculados con hechos de corrupción pública y privada. Por ejemplo, la responsabilidad penal suele hacerse efectiva en aquellos casos en los que se advierte que la empresa tenía una "caja negra" o un circuito de negociaciones paralelo, dispuesto para la obtención fraudulenta de contratos públicos. Justamente, la RPPJ venía a reprobar semejante actuación empresarial y también a ofrecer incentivos para que en el futuro se erradicara cualquier estructura diseñada para la corrupción. En este sentido, la ampliación a los delitos contra la administración pública resulta una medida acertada y necesaria, no solo para combatir la corrupción, sino también para cumplir con las exigencias asumidas a nivel internacional por nuestro país. No debe olvidarse que en el marco del convenio de la OCDE en materia de cohecho de funcionarios públicos extranjeros nuestro país se ha comprometido a establecer "*las medidas que*

[3] Ley n.º 20.393.
[4] Cfr. art. 1 de la Ley anticorrupción brasileña; Ley peruana de responsabilidad administrativa de personas jurídicas por cohecho activo transnacional, n.º 30.424.
[5] Ello explica que el aparato bibliográfico no recoja todos los trabajos escritos en nuestro país, sino que intenté dar cuenta de aquellos trabajos más representativos.

sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero" (art. 2).[6] Como se desprende del propio tenor de este artículo, el convenio no exigía el establecimiento de una responsabilidad de carácter *penal*, sino meramente un tipo de responsabilidad que resultara efectiva para desincentivar a las personas jurídicas.[7]

La experiencia internacional indica que la RPPJ *bien implementada* tiene positivas repercusiones en la disuasión de conductas delictivas vinculadas a la actividad empresarial.[8] La principal razón es que, por esta vía, las empresas comienzan a tener incentivos para involucrarse activamente en la prevención de la corrupción, ya sea porque se abstienen de montar estructuras dispuestas exclusivamente para obtener ventajas en contratos públicos de manera fraudulenta, o porque observan el denominado *due diligence*,[9] mediante controles adecuados. Con ello, ya no sería posible que las empresas se acabaran beneficiando de la denominada "irresponsabilidad

[6] Esta necesidad de adecuarse a los compromisos derivados de este convenio internacional surge de la misma exposición de motivos del proyecto de ley: "La posibilidad de que se sancione a personas jurídicas con independencia del establecimiento de la responsabilidad individual por el mismo hecho es una exigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y ha sido recomendada por el Consejo de la OCDE para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales".

[7] Advierte correctamente ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Sanciones penales contra empresas en España *(Hispanica societas delinquere potest)*", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 275 ss., que, con motivo de la introducción de la RPPJ en España en 2010, se incurrió en este error, puesto que en el apartado VII del preámbulo de la propia LO 5/2010 y en la exposición de motivos se hacía alusión a que numerosos instrumentos internacionales demandaban el castigo penal de las personas jurídicas, cuando en verdad a nivel internacional no existe esta exigencia y se deja abierta la posibilidad de una reacción de carácter administrativo. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español", en ÍDEM (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 20.

[8] Al respecto, cfr. el excelente trabajo de ARLEN, "Corporate criminal liability: theory and evidence", en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltelham, 2012, pp. 144 ss.

[9] Vincula esta temática con el *compliance* en el entorno de la RPPJ TAYLOR, "Due Diligence: A Compliance Standard for Responsible European Companies", en *European Company Law,* n.º 11, 2014, pp. 86 ss.

organizada"[10] que en la mayoría de los casos ofrece el contexto ideal para la comisión de irregularidades. Dice el conocido refrán: *a río revuelto, ganancia de pescadores*.

Hasta ahora, la ausencia de un régimen penal para las personas jurídicas respecto de los delitos de corrupción acababa generando en las empresas una dinámica sumamente distorsiva y muy favorable a las prácticas opacas. En los países sin RPPJ, las empresas contaban con la figura del llamado "vicepresidente encargado de ir a la cárcel", así caracterizada por Sally Yates, *Deputy Attorney General* de los EEUU hasta este año;[11] es decir, las empresas contaban con una especie de "fusible" que saltaba con el hecho de corrupción y que resultaba intercambiable luego por otro vicepresidente, sin verse afectada la estructura empresarial. En muchos casos, determinadas personas eran contratadas específicamente para dedicarse a la "gerencia de corrupción" de la empresa y esta, a cambio, ofrecía importantes salarios, seguros y una negociación con la administración de justicia para evitar que ese "gerente" del área de corrupción terminara tras las rejas. La RPPJ —especialmente según el modelo adoptado en la actual reforma— cambia este escenario, al impedir que la responsabilidad penal se concentre exclusivamente en las personas físicas involucradas, con la consiguiente "inmunización" de la empresa. A partir de aquí, la persona jurídica debe involucrarse activamente para impedir la comisión de delitos, a partir de contar con una adecuada organización interna destinada a su prevención. Una adecuada organización interna permite —en caso de ser *adecuada* y no una mera "fachada"— mantener a la empresa al margen de un castigo penal.

III. Auto-responsabilidad y modelo del déficit organizativo

En la doctrina se conocen dos grupos de modelos relativos a la regulación de la RPPJ: el modelo de la heterorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno y el modelo de la autorresponsabilidad o de la responsabilidad por el hecho propio.[12]

---

10 Sobre la noción de "irresponsabilidad organizada" en el terreno empresarial, cfr., SEELMANN, "La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena", en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 217.

11 Citado por GARRETT, "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", en *Virginia Law Review,* n.º 102, 2016 p. 7.

12 En detalle, sobre estos modelos cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Iustel, Madrid, 2008, pp. 88 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones*

El primero de estos modelos asume que la persona jurídica no comete por sí misma delitos, sino solo a través de sus miembros. Son estos últimos los que realizan la conducta típica y los que detentan determinados estados mentales (dolo o imprudencia). Sin embargo, se interpreta que bajo ciertas condiciones esa actuación de las personas físicas puede ser tomada como una actuación de la propia empresa y, por ende, transferírsele a esta la responsabilidad.[13] El primero de estos casos se da cuando los sujetos que realizan la conducta típica detentan cargos jerárquicos y, por ende, tienen poder de decisión. Principalmente este es el caso de los directivos de las empresas, respecto de los cuales se entiende que son la empresa, sus «mentes» y su «cuerpo»; sus decisiones son las decisiones de la persona jurídica. Pero también la atribución de responsabilidad a la empresa resulta posible bajo este modelo con relación a actos realizados por empleados de nivel inferior, cuando su comisión es consecuencia de la falta de cuidado en la empresa en la vigilancia o en la selección del personal en cuestión.[14]

Por su parte, el modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por los hechos propios considera que los delitos sujetos al régimen de la RPPJ sí pueden ser imputados directamente a la empresa.[15] Aquí no se trata, por ende, de buscar los elementos constitutivos del delito en el empresario para luego trasladarlos a la empresa. Al contrario, bajo estos modelos la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad se predican en relación con la empresa.[16] Desde luego

y asociaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 140 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ('Compliance programs')", en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 115 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, "Informe sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica", en LASCANO/MONTIEL (coord.), *Informe CRIMINT-UNC 2012. Reforma del Código penal argentino*, S. S. de Jujuy, 2013, pp. 62 ss.

[13] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 12, p. 115.

[14] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 12, pp. 115 s.

[15] Salvando los matices, se trata en la actualidad del modelo dominante en la doctrina comparada, cfr. entre otros, KUDLICH, "Compliance mediante la punibilidad de asociaciones", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 283 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 12, pp. 120 s.; ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, *supra* nota 12, pp. 63 s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Tomarse la responsabilidad de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas", en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 2, 2016, pp. 35 ss.; ORCE/TROVATO, *Delitos Tributarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 201 ss.

[16] Sobre las dificultades y alternativas para reconstruir estos presupuestos en las personas jurídicas, cfr. MIR PUIG, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas", en *RECPC,* n.º 6, 2004, p. 8; KUDLICH, *supra* nota 15, pp. 285 ss.; BAIGÚN, *La responsabilidad penal de la persona jurídica (Ensayo de un*

que estos modelos —al igual que los anteriores— no pasan por alto que quien realiza la acción típica "de propia mano" no es la empresa, sino el empresario, por lo que resulta necesaria la conducta típica de ciertos sujetos. Sin embargo, el modelo de la autorresponsabilidad exige, para considerar el hecho como propio de la persona jurídica, que, además, se haya cometido como consecuencia de un déficit organizativo. Con otras palabras: es necesario que el delito se haya visto posibilitado por un defecto de organización que padecía la empresa.

En los regímenes de RPPJ previstos para los delitos contra el orden económico y financiero y para los delitos tributarios no quedaba muy claro cuál de los dos modelos era seguido por el legislador. Tomando como referencia el art. 304 CP y el art. 14 del Régimen penal tributario encontramos fuertes indicios de una responsabilidad vicarial o por el hecho ajeno, dado que únicamente se toma en consideración como elemento determinante de la responsabilidad que el delito se haya cometido "en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal".[17] Esta normativa parece exigir únicamente la posibilidad de transferir lo hecho por el empresario a la persona jurídica sobre la base de entender que operó como un "brazo extendido" de esta. Sin embargo, no resulta sencillo concluir indubitadamente que estos regímenes favorecen el modelo de la heterorresponsabilidad —especialmente el contemplado en el título de los delitos contra el orden económico y financiero—, pues el art. 304, 2.º párr., CP introduce como elemento relevante de graduación de la sanción "el incumplimiento de reglas y procedimientos internos", algo claramente asociado con la idea del defecto de organización.[18] Con todo, considero que sería correcto concluir que el legislador sigue para estos casos un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno.

La situación es parcialmente distinta en la nueva ley, puesto que aquí el legislador parece haber tomado partido por el modelo de la autorresponsabilidad, aunque todavía parecen pervivir algunos

nuevo modelo teórico), Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 38 ss., 71 ss., 99 ss., y 119 ss.; SCHMIDT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg, 2013, pp. 430 ss.

[17] Sigue un posicionamiento parcialmente coincidente, BLANCO, *supra* nota 1, pp. 11 ss., para quien, sin embargo, el modelo de la autorresponsabilidad estaría implícito cuando el art. 304, CP alude a la necesidad de que exista la intervención de la persona jurídica. Por el contrario, se insinúa que el mencionado artículo recepta un modelo de autorresponsabilidad (TROVATO, "El delito de lavado de dinero y el GAFI", en *Diario DPI*, disponible en https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina23.5.14.pdf [enlace verificado el 28 de noviembre de 2017]).

[18] De modo similar, SARRABAYROUSE, *supra* nota 1, pp. 366 ss.

elementos del modelo vicarial. En el art. 2, encargado de fijar los principales criterios de atribución de responsabilidad, el criterio central para imputar a la persona jurídica lo realizado por la persona física es que pueda verse en esa actuación la "cara" de la empresa, porque se obra directamente en su nombre o representación, con su intervención o en su beneficio o interés. Este criterio es corroborado en el párrafo 3.º de ese artículo, en el que se establece la exención de la responsabilidad cuando la persona jurídica no obtuvo ningún beneficio de la comisión del delito, aunque este criterio todavía podría dar motivos a ambos modelos a ver sus ideas respaldadas por el legislador. Sin embargo, en el tenor literal del art. 2 predominan, a mi modo de ver, elementos más asociados al modelo de la heterorresponsabilidad.

Ahora bien, aparecen elementos propios del modelo de la autorresponsabilidad en otras partes del articulado, especialmente allí donde se plasman las pautas para excluir o atenuar la pena de las personas jurídicas. El art. 8 alude a que el incumplimiento de reglas y procedimientos internos incide en la graduación de la pena. El art. 9 establece como uno de los requisitos para la exención de responsabilidad penal la implementación de un sistema de control y supervisión adecuado, cuya caracterización viene dada detalladamente en los arts. 22 y 23, al tratarse los programas de integridad. Estos últimos preceptos vienen a establecer criterios relativos a cómo deben estar organizadas las personas jurídicas para evitar la responsabilidad o verla atenuada. Como veremos en el próximo apartado, la adopción de los programas de integridad es un síntoma del nivel de organización de la empresa, de modo que su existencia y su contenido permiten inferir qué tan bien organizada se encuentra. De este modo, lo relevante no solo es que existan indicadores de que la actuación del empresario pueda ser transferida a la persona jurídica por redundar en su interés o haber sido realizada en su nombre e interés, sino también que exista un defecto de organización. Vemos así que todavía no resulta posible afirmar que la Argentina adopte de manera pura alguno de los dos modelos tradicionales.[19]

IV. La incidencia de los programas de cumplimiento en la RPPJ

[19] El proyecto originario de esta ley, presentado por el Poder Ejecutivo, no cristalizaba de manera más adecuada alguno de los dos modelos. Así, mientras en la exposición de motivos se decía tomar partido abiertamente por el modelo de la autorresponsabilidad ("… se propone responsabilizar a las personas jurídicas por un defecto en su organización interna, que permita a las distintas personas allí enumeradas cometer un delito abarcado por esta ley, como consecuencia de un adecuado control y supervisión de la entidad sobre ellas y de los que pudieran resultar beneficiadas"), el art. 3 parece volver sobre los pasos del modelo vicarial.

Uno de los componentes más claros del modelo de la responsabilidad por el hecho propio basado en el defecto de organización de la persona jurídica lo encontramos cuando la ley les reconoce abiertamente a los programas de cumplimiento una incidencia directa en la atribución de la responsabilidad penal. Básicamente, esta incidencia se proyecta en dos niveles: por exclusión de la responsabilidad o por graduación de la pena. Justamente, dada esta importancia, la ley contiene regulaciones específicas sobre los programas de cumplimiento, que explicitan sus finalidades y su contenido (obligatorio y opcional). Se aprecia, por ende, un esfuerzo por parte del legislador en precisar criterios relevantes para la práctica, lo que, sin embargo, no implica que se hayan explicitado los mejores criterios.

Sin dudas, el efecto más relevante que tienen estos programas para la empresa es en el nivel de la exclusión de pena. El art. 9 establece que una de las condiciones para la exención de la responsabilidad penal y administrativa es que "se hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiere exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito".[20] Resulta fundamental tener en cuenta dos ideas para poder comprender mejor este requisito. La primera aparece asociada con el modelo de la autorresponsabilidad: la persona jurídica que con anterioridad a la comisión del delito cuenta con un sistema de *compliance adecuado*, no padece de un defecto organizativo. De este modo, la persona jurídica estaría dotada de una estructura que, lejos de facilitar o fomentar la comisión de irregularidades, lo impide y cuenta con mecanismos para una mejor detección. Precisamente, como establece el art. 22 de la ley, los programas de cumplimiento están destinados a la "promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos

[20] Más allá de lo valioso que resulta que el legislador haya reconocido explícitamente el valor de la existencia de un sistema de *compliance* para excluir la responsabilidad penal, el art. 9 agrega notables problemas prácticos al exigir que la exención de pena quede condicionada a que, *además*, se hubiera denunciado espontáneamente el hecho y se hubiera devuelto el beneficio indebidamente obtenido. A decir verdad, el condicionamiento de la exención de pena a la concurrencia de estas otras dos circunstancias desvirtúa incluso el modelo de autorresponsabilidad por defecto organizativo, que expresamente asume el legislador. Que una persona jurídica con un adecuado sistema de *compliance* no denuncie un hecho o no devuelva lo recaudado indebidamente, no tiene absolutamente nada que ver con la pregunta de si se encuentra bien o mal organizada y, por añadidura, de si padece o no un déficit organizativo. Ello no significa que la denuncia espontánea o la restitución carezcan de importancia; todo lo contrario, ambas cosas deberían fomentarse en la ley. Sin embargo, no podrían condicionar la exención de pena, puesto que no hacen a la organización defectuosa de la persona jurídica.

por esta ley". La segunda idea fundamental es que la virtualidad eximente de estos programas de *compliance* está supeditada a que sean *adecuados*, esto es, a que sean idóneos para impedir, controlar y detectar la comisión de delitos. Que no cualquier sistema de *compliance* pueda contribuir a dejar sin pena a una persona jurídica es un intento de evitar que empresas corruptas quieran garantizar su impunidad a partir de tener programas ineficaces que, en definitiva, sean solo una pantalla o una "teatralización" de *compliance*.[21]

Por su parte, los artículos 22 y 23 establecen criterios que ayudan a determinar cuándo los programas de cumplimiento resultan adecuados. En este sentido, se establecen dos tipos de criterios: uno de carácter *general*, relativo a la orientación de estos programas, y otro de carácter *particular*, que alude a los contenidos mínimos que puede tener el sistema de *compliance*.

El art. 22 establece como criterio general que los programas de cumplimiento deben estar diseñados e implementados sobre la base del tipo de riesgo implicado en la actuación de la concreta persona jurídica, su dimensión y su capacidad económica. 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 celulosa y papel que un banco. Así, un excelente sistema de cumplimiento para una industria puede resultar completamente inadecuado para otra. Igualmente, el tipo de procesos de vigilancia, detección y reacción empresarial frente a los delitos varía decisivamente según el tamaño de la entidad y ello explica que el nivel de complejidad nunca pueda ser igual en una PyME que en una multinacional con filiales en diferentes países.[22]

Los contenidos concretos del sistema de cumplimiento aparecen regulados en el art. 23, en el que se distinguen aquellos que necesariamente deben estar presentes para asegurar su idoneidad (*elementos obligatorios*) y aquellos otros cuya presencia es únicamente facultativa (*elementos*

[21] HEMPHILL/CULLARI, "Corporate Governance Practices: A Proposed Policy Incentive Regime to Facilitate Internal Investigations and Self-Reporting of Criminal Activities", en *Journal of Business Ethics,* n.º 87, 2009, p. 345, aluden en estos casos a sistemas de *compliance* "de papel".

[22] Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", en *Política Criminal*, n.º 5, 2010, p. 462, el tamaño y el nivel de complejidad organizativo tienen una notable incidencia en la propia identificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que solamente a aquellas que detentan cierto grado de complejidad se les reconoce una esfera de autonomía que conlleve la imposición de la obligación de obrar con fidelidad al derecho.

opcionales). La distinción resulta ya algo extraña, pero especialmente creo que el modo en que se regulan estos elementos presupone un grave desconocimiento de la praxis empresarial.[23] Sorprende que resulte obligatorio que los programas de cumplimiento dispongan de un código de ética o de conducta (art. 23, inc. a) y no así la institución de un oficial de cumplimiento o de un sistema de *whistleblowing*. Cualquier persona mínimamente familiarizada con el mundo empresarial sabe que un código de ética es poco más que una "carta de buenas intenciones", en la que se expresan los lineamientos éticos generales de la empresa.[24] Así, resulta muy difícil compartir la tesis del legislador de que la existencia de un código de ética es un indicador correcto *per se* de la adecuación del programa de integridad y no así un canal de denuncias o la figura de un oficial de cumplimiento. Además, ello presupone olvidar, por ejemplo, que en muchos ámbitos cercanos al regulado por esta ley la figura del oficial de cumplimiento es requerida legalmente, como ser en materia de prevención de blanqueo de capitales.[25] Sobre la base de estos criterios legales, todo juez debería llegar a la conclusión de que una empresa que cuenta con procesos eficientes de denuncias y reporte de irregularidad, con un *compliance officer*, con sistemas de investigaciones internas, etc., pero que carece de un código de conducta, no posee un sistema de *compliance* idóneo, algo que resulta completamente injustificado.

Más allá de esta crítica, cabe destacar que entre los elementos opcionales se reconoce una serie de instituciones conocidas internacionalmente, tales como la figura del oficial de cumplimiento (numeral IX), las investigaciones internas (numeral V), los canales de denuncia de irregularidades (numeral III) y los llamados protocolos "*know your customer*".

Si bien, como acabo de mencionar, el oficial de cumplimiento es una figura conocida ya en nuestro país en el marco del blanqueo de capitales, sus funciones como responsable del sistema de *compliance* exceden largamente el ámbito de estos delitos y se extienden a la prevención de todo

[23] Vale destacar que esta grave equivocación no estaba presente en el proyecto original, el cual en su art. 31 regulaba los elementos que el programa de integridad *podía* contener.

[24] Sin embargo, a otras conclusiones llega STEVENS, "Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior", en *Jounal of Business Ethics,* n.º 78, 2008, pp. 601 ss., aunque, en mi opinión, sobre la base de caracterizar dentro de la noción de "códigos de ética" elementos que habitualmente son externos a estos.

[25] Cfr. art. 3 Resolución UIF 121/2011. En detalle al respecto, MONTIEL, "Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el Derecho argentino", en *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 4, 2015, pp. 90 ss.

delito vinculado a la actividad empresarial. Se trata de una figura técnica[26] que tiene una gran importancia en la prevención, detección y reacción frente al delito, puesto que caen bajo su órbita, principalmente, las funciones de diseñar los sistemas de cumplimiento, de capacitación de los empleados en temas de transparencia y prevención de la delincuencia y de reporte de irregularidades.[27]

Con relación a las investigaciones internas, el legislador advierte de la necesidad de que en tales procesos se vean afectados los derechos de los investigados, lo que parece razonable especialmente al tomarse en consideración que durante estas investigaciones se producen importantes injerencias en su intimidad, por ejemplo, al revisar correos electrónicos o teléfonos.[28] El legislador advierte aquí también la importancia de que tras las investigaciones internas se adopten sanciones efectivas, lo que nos introduce en un terreno de notable complejidad, dado que con ello nos metemos en el ámbito del derecho laboral.[29] Un sistema efectivo de sanciones debería suponer un cambio en la legislación laboral, lo que en nuestro país siempre resulta una cuestión políticamente espinosa.

A juzgar por la experiencia de países que vienen implementando desde hace tiempo sistemas de *compliance* en las empresas, los canales de denuncia de irregularidades han contribuido

[26] Así, BLANCO, "La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva ley de lavado de activos", en *Revista de Derecho penal y procesal penal,* Abeledo Perrot, n.° 11, 2011, p. 1877.

[27] Cfr. BERMEJO/PALERMO, "La intervención delictiva del compliance officer", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 182; LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 327; KONU, *Die Garantestellung des Compliance-Officers*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, pp. 87 ss.; especialmente, MONTIEL, *supra* nota 25, pp. 90 ss., con ulteriores referencias doctrinales y normativas.

[28] Sobre los problemas vinculados a la protección de la intimidad que se plantean en el ámbito de las investigaciones internas, cfr. MONTIEL, "«Autolimpieza» empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riegos penales", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 229 ss.; GÓMEZ MARTÍN, "*Compliance* y derechos de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 134 ss.

[29] Para una mirada sobre sistemas sancionatorios eficientes a nivel comparado, véase MASCHMANN, "Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unternehmenssicht —Arbeits- und Zivilrecht, Corporate Governance—", en BENZ/DIENERS/DÖLLING *et. al.* (eds.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Múnich, 2007, nm. 154 ss.

notablemente a la detección de irregularidades.[30] A su vez, en muchos países los denunciantes cuentan con fuertes incentivos económicos para denunciar.[31] Dada la importancia de esta institución de *compliance* y la cantidad de cuestiones sensibles que aparecen vinculadas (v. gr. protección de la identidad de los denunciantes, protección de datos),[32] la regulación que trae la ley resulta exigua. Por tanto, sería necesario que el establecimiento de sistemas de *whistleblowing* no quedara sujeto a la libre configuración de las personas jurídicas y por ello ayudaría contar con criterios legales generales sobre la institución.[33]

Los denominados protocolos "*know your customer*" (KYC) son cada vez más frecuentes en el tráfico comercial a nivel internacional[34]. Con ello, las empresas que operan en ciertos ámbitos no solo deben preocuparse por su propia integridad, sino también por la de terceros vinculados externamente, como, por ejemplo, proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, etc. La gran polémica que desatan estos nuevos deberes es que con ello se produce una clara alteración de algunas reglas de atribución de responsabilidad que rigen desde hace tiempo en el derecho penal. Especialmente, ello sucede en relación con el principio de confianza, dado que según los deberes KYC es necesario abandonar la regla de que toda persona que obra conforme a derecho debe confiar en que también así lo harán terceros. La existencia de estos protocolos parece partir de un principio de *des*confianza,[35] por lo que sus destinatarios están obligados a velar también por la integridad de sus proveedores.

---

30 RAGUÉS I VALLÈS, "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa", en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 161 ss.

31 Sobre los medios para incentivar las denuncias, especialmente, las recompensas o premios, cfr. BERMEJO, "Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal", *en Revista de Derecho penal,* n.º 4, Infojus, pp. 66 s.

32 Sobre algunas de estas cuestiones, ver por todos GÓMEZ MARTÍN, "Compliance y Derecho de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 141 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 30, pp. 168 ss.

33 Sobre los lineamientos de una regulación de la función de *whistleblowing*, cfr. la excelente propuesta de BERMEJO, *supra* nota 31, pp. 70 ss.

34 En general, al respecto cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 98.

35 No obstante, considera SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, p. 98, que los protocolos KYC no tornan *per se* inaplicable el principio de confianza.

Finalmente, dejando de lado la incidencia de los programas de cumplimiento en la exclusión de la RPPJ, es menester resaltar que también la ley reconoce efectos en la graduación de la pena (art. 8). En particular, se precisa como criterio de medición el incumplimiento de reglas o de procedimientos internos, con lo que pareciera querer expresarse que únicamente tendría sentido tomar como referencia el sistema de *compliance* para establecer una sanción más alta en caso de no cumplir con sus reglas o procedimientos. También a este respecto, la ley ha empobrecido los criterios plasmados en el proyecto del Poder Ejecutivo, dado que en su art. 17, inc. f, se reconocía una función más precisa para la individualización de la sanción. Las consecuencias de este empobrecimiento se aprecian, por ejemplo, cuando nos encontramos con una persona jurídica que ha implementado un sistema de *compliance*, pero que no era adecuado por defectos técnicos. En este caso, según la ley vigente, no cabría atenuar la sanción, algo que resulta abiertamente contra-intuitivo.[36]

Una última cuestión que no quiero dejar de mencionar y que está referida también a la incidencia de los programas de integridad en la RPPJ, tiene que ver con la autoridad que deberá encargarse de determinar si un sistema de *compliance* es adecuado. La ley pasa por alto completamente la cuestión, distinto a lo que sucede con la reciente ley peruana de responsabilidad administrativa de personas jurídicas por delitos de cohecho internacional (n.º 30.424). Allí se le reconoce valor a las certificaciones que otorguen terceros.[37] La cuestión no es irrelevante, puesto que en definitiva el carácter "adecuado" de un programa de integridad puede determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El problema se presenta especialmente cuando se atiende a que en la actualidad nuestro aparato de administración de justicia (fiscales, jueces) no está capacitado para asumir la tarea de verificación de la adecuación de los programas de cumplimiento, debido a su propia complejidad y a sus particularidades técnicas. Ahora bien, dejar ello en manos de las consultoras no parece una alternativa libre de cuestionamiento, ya que el gran negocio que hay detrás no despeja las dudas en relación con la transparencia y objetividad de la

[36] Aquí el legislador no ha subsanado el mismo error en el que había incurrido al introducir el art. 304 con la ley n.º 26.683.

[37] Art. 19. Certificación del modelo de prevención. El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del art. 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención.

certificación, pese a la existencia de normas ISO que regulan la cuestión.[38] Quizá una buena alternativa sería crear una oficina pública encargada específicamente de la cuestión.

V. Listado de delitos e injusto de las personas jurídicas

Según el art. 1 de la ley, el régimen penal para personas jurídicas se aplicará solo en relación con los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional e internacional (arts. 258 y 258 bis, CP), negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265, CP), concusión (art. 268, CP), enriquecimiento ilícito (arts. 268 I y II, CP) y balances e informes falsos agravados (art. 300 bis, CP). De este modo, se amplía el catálogo de delitos ya previsto en la legislación penal, cuya comisión por el empresario o sus dependientes habilita la responsabilidad de la persona jurídica. Así, delitos contra el orden económico y financiero y los delitos tributarios y relativos a la seguridad social no son los únicos casos en los que una empresa puede resultar sancionada penalmente. Este art. 1 constituye una de las modificaciones más notables que experimentó el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, dado que en esta versión original el régimen penal de personas jurídicas se establecía en relación con los delitos contra la administración pública, comprendidos así los Capítulos VI, VII, VIII, IX del Título XI del Libro segundo del CP y el fraude contra la administración pública (art. 174, inc. 5.°, CP). De este modo, la ley deja fuera del régimen penal de la persona jurídica importantes delitos, en los que las empresas pueden incidir en un funcionamiento irregular de la administración pública e incorpora únicamente como delito no previsto en el proyecto original el de balances falsos agravado.

La ampliación de los supuestos en los que puede castigarse penalmente a las empresas dispuesta por esta nueva ley, queda igualmente por detrás de la que se había proyectado en el Anteproyecto de 2012, en el que la RPPJ alcanzado delitos de la más diversa índole, incluso más allá de aquellos vinculados a la actividad económica. Entre otros, la RPPJ[39] se previó para los delitos internacionales, trata de personas, narcotráfico, delitos contra la salud pública, delitos contra la defensa nacional, tráfico de órganos, fabricación y tráfico de armas. La aplicación de la RPPJ a los delitos del CP llega a su máxima expresión en el "Frankenstein" aprobado por la

[38] Concretamente las normas ISO 196000.

[39] De todos modos, vale la pena aclarar que, según la exposición de motivos de dicho anteproyecto, queda abierta la cuestión relativa a si se trata de una responsabilidad penal o administrativa y por ello no se emplea el término "pena" sino "sanciones".

Cámara de Diputados, que aplicaba el régimen a todos los delitos del Código penal.[40] Estas notables variaciones ponen sobre el tapete que la elección del listado de delitos tiene un carácter puramente político-criminal, sujeto a las necesidades coyunturales para atacar cierto tipo de delincuencia. Pese a ello, no estamos ante una decisión puramente arbitraria del legislador, sino que se requieren criterios para racionalizar su decisión. Entre ellos, podrían tomarse como punto de partida aquellos delitos paradigmáticamente vinculados a la actividad de entes colectivos o aquellos bienes jurídicos que son más propensos a ser agredidos por las personas jurídicas.[41]

Más allá de que en muchos aspectos resulta cuestionable el listado definitivo que determinó la ley, en este apartado me interesa simplemente caracterizar el sistema legislativo asumido en nuestro ordenamiento. En primer lugar, cabe mencionar que, si bien todavía no contamos en nuestro país con un único régimen de RPPJ (algo que se analizará en detalle *infra*), las diferentes reacciones legislativas y los precedentes permiten concluir que nuestro país se orienta más al régimen del catálogo que al de la remisión general. Con otras palabras, nuestra legislación da algunas pistas sobre su preferencia por un sistema en el que la RPPJ esté atada a un listado concreto de delitos, en lugar de un castigo por cualquiera de los delitos previstos en el CP.[42] En este sentido, la Argentina sigue el sistema dominante en el derecho comparado, adoptado por España, Italia, Chile y Portugal, en detrimento de un *"All-Crime-Approach"*, vigente en el derecho francés y holandés. [43] Si bien, como señala correctamente KUDLICH, [44] no habría razones concluyentes para preferir un sistema por oposición a otro, acaba resultando preferible el catálogo de delitos, dado que así las empresas pueden prever qué delitos son los que deben prevenir y con ello logran gestionar más eficientemente sus recursos para mejorar la protección de bienes jurídicos.

[40] "Art. 1.°. Objeto: La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cometidos por personas jurídicas privadas ya sea de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal".

[41] Sobre estos criterios, KUDLICH, "¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 295 ss.

[42] Sobre estos sistemas, ver en detalle KUDLICH, "Deliktskataloge für eine Verbandsstrafbarkeit", en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Verbansstrafbarkeit*, Berlín, 2012, pp. 217 ss.

[43] DECKERT, "Corporate Criminal Liability in France", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011, pp. 157 ss.; KEULEN/GRITTER, "Corporate Criminal Liability in Netherlands", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011, p. 180.

[44] KUDLICH, *supra* nota 41, pp. 294 ss.

Atendiendo a que en la exposición de motivos se anuncia el seguimiento del modelo de autorresponsabilidad, sustentado en una organización deficiente, el sistema de catálogo debe leerse de tal manera que la persona jurídica no está obligada a adoptar estructuras internas de prevención, sanción y detección de *cualesquiera* delitos surgidos de su actividad o que tienen lugar con motivo de esta. Únicamente debe organizarse idóneamente en relación con un concreto listado de delitos. Esto significa que una empresa no podría ser responsabilizada penalmente por eventuales delitos medioambientales y delitos sexuales que se cometan dentro de la empresa. Con independencia de las eventuales responsabilidades de los miembros de la empresa que detentan alguna posición de garante para impedir estos hechos, no estamos ante riesgos penales cuya gestión deba asumir adecuadamente la empresa para no ser pasible de pena.

Llegados a este punto, me interesa dejar tan solo apuntada una cuestión vinculada al injusto que fundamenta la pena, cuyo tratamiento satisfactorio requiere, sin embargo, una atención que excede este trabajo. Habiéndose adoptado un modelo de autorresponsabilidad que se sustenta en el defecto de organización de la persona jurídica, difícilmente pueda interpretarse que el injusto de la persona jurídica lo represente la comisión de alguno de los delitos del listado.[45] Un modelo de la autorresponsabilidad correctamente configurado debería reconocer como objeto de imputación el no haber dispuesto de una organización adecuada para prevenir o, al menos, dificultar seriamente su comisión, en lugar de la comisión de alguno de esos delitos (realizados materialmente por alguno de sus miembros con capacidad de comprometer a la persona jurídica).[46] Por tanto, el injusto culpablemente realizado por la persona jurídica debe retrotraerse a un momento anterior al de la comisión de alguno de los delitos del listado.[47] Esta situación ha conducido a un grupo de autores a sostener que la pena de las personas jurídicas aparece justificada

[45] Ello lleva a que en el fondo deba tenerse por correcta la interpretación de MIR PUIG, "Las nuevas 'penas' para personas jurídicas: una clase de 'penas' sin culpabilidad", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 3, según la cual con la introducción de la RPPJ se abandona el principio *societas puniri non potest*, pero no así la máxima *societas delinquere non potest*, dado que la responsabilidad se sustenta en delitos cometidos por personas físicas.

[46] GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 15, pp. 29 s.

[47] ROBLES PLANAS, "El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008", en *InDret*, n.º 2, 2009, p. 9. En esta dirección, apunta TIEDEMANN que se estaría ante un "*Vorverschulden*" de la empresa (citado por NIETO MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA [eds.], *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 37).

por la infracción de "deberes de colaboración" (frutos de una transferencia del Estado a los colectivos para que sean estos los que adopten mecanismos de prevención)[48] o bien de incumbencias, cuya infracción invalida la exención de pena.[49] Aquí solo cabe apuntar que ambos caminos son igualmente problemáticos: por un lado, resulta cuestionable hasta dónde es posible imponer a los directivos un deber reforzado penalmente de colaborar con el Estado y de diseñar estrategias de prevención;[50] [51] por el otro, la noción de incumbencia es absolutamente incapaz de fundamentar positivamente el castigo y solamente sirve para explicar por qué razón se mantiene o se rechaza una eximente o atenuante.

VI. Inconvenientes derivados de la multiplicidad de regímenes

Como se expuso *supra*, la nueva ley no viene a crear la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino más bien a completar el régimen ya instituido en relación con otros delitos. De este modo, la legislación cuenta con la RPPJ para los delitos de corrupción previstos en la nueva ley, así como para los delitos contra el orden económico y financiero y para los delitos tributarios y el régimen de la seguridad social. Ahora bien, la reciente reforma no se limita simplemente a introducir un nuevo delito al listado, sino que además introduce nuevas reglas de imputación o nuevos criterios para determinar la responsabilidad de la persona jurídica. Con ello, existen dos regímenes de RPPJ distintos en nuestro ordenamiento jurídico que plantea serias dudas, principalmente, respecto de cuál puede ser la comunicación existente entre estos.

Tanto el art. 14 de la ley n.º 24.769, como los artículos 304 y 313, CP,[52] poseen un tenor literal casi idéntico y simplemente requieren para la imposición de las sanciones a las personas jurídicas que los delitos en cuestión hayan sido realizados "en nombre, o con la intervención, o en

[48] NIETO MARTÍN, *supra* nota 12, pp. 58, 64 y 153.
[49] ROBLES PLANAS, *supra* nota 47, pp. 10 s.; BERMEJO, "La observación del *criminal compliance* desde el enfoque de las *Obliegenheiten*", en CARNEVALI (ed.), *Derecho, sanción y justicia penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2017, pp. 83 ss.
[50] ROBLES PLANAS, *supra* nota 47, pp. 9 s.
[51] En el fondo nos encontraríamos ante un delito de peligro abstracto, con una estructura similar al art. 286 siete que pretendía ser introducido en el CP español en 2015.
[52] La existencia de dos artículos estructuralmente idénticos que regulan la RPPJ en el mismo título del CP representa una técnica legislativa cuestionable y poco comprensible. Incluso, pese a la existencia de estos dos preceptos, no resulta claro si todos los delitos previstos en ese título, puesto que no queda claro a qué delitos es aplicable el art. 313, CP.

beneficio de una persona de existencia ideal". Como ya se afirmó, estos preceptos recogen un modelo de heterorresponsabilidad, por lo que se entiende que cuando se da alguno de los supuestos contemplados de la ley, el juez debe juzgar que el autor del delito "es" la persona jurídica. Este sistema contrasta con el que se dice instaurar con la nueva reforma, al adoptar un enfoque de autorresponsabilidad en virtud del cual lo fundamental para fundamentar el castigo de la persona jurídico es la existencia de un defecto de organización.

El primer problema práctico que surge aquí para las empresas es que precisan tener dos estrategias organizativas distintas, según cuál sea el delito en cuestión. En este sentido, en relación con los delitos de corrupción las personas jurídicas cuentan con la posibilidad de organizarse eficientemente para evitar incurrir en responsabilidad penal. Así, el modo del que dispondrán las empresas para armarse de defensas preventivas es diseñar un buen sistema de *compliance*, capaz de generar procedimientos internos de control y vigilancia que impidan u obstaculicen la comisión de delitos. En la medida en que estos sistemas funcionen adecuadamente, el soborno pagado por un empleado de la empresa a un funcionario público no acarrea la responsabilidad de la empresa, puesto que para ello habrá tenido que realizar un esfuerzo importante para saltarse los controles de un sistema que funciona correctamente. En este caso, no podría juzgarse que exista una actuación "de la empresa", sino "de la persona física", aisladamente considerada. Las empresas no tienen disponible esta opción para neutralizar su responsabilidad penal respecto de delitos de blanqueo de capitales o tributarios. En este contexto resulta poco imaginable una estrategia inhibidora de riesgos penales.

Precisamente aquí queda en evidencia un inconveniente significativo con el que tropiezan los criterios de imputación plasmados en el régimen penal tributario y en los delitos contra el orden económico y financiera. Puesto que en estos supuestos la RPPJ queda sujeta solamente a que haya habido una actuación de la empresa o de alguien en su interés o nombre, entonces lo que la persona jurídica haga como tal o deje de hacer para impedir delitos pierde importancia a los efectos de justificar el castigo.[53] Esta regulación impide distinguir actuaciones de miembros de la empresa en beneficio propio y en beneficio de la persona jurídica y por ello cualquier ilicitud en la que se vea envuelta la persona jurídica genera su responsabilidad. Con ello, estamos ante un

[53] Un buen ejemplo de este funcionamiento patológico lo ofrece la condena impuesta a una persona jurídica en la Sentencia del Tribunal Oral Penal Económico N.º 2, del 26 de septiembre de 2017 (CPE 1129/2015/TO1).

régimen de responsabilidad *objetiva*, ya que con independencia de lo que haga la empresa será pasible de sanción cuando su nombre aparezca involucrado en el delito.[54]

No puede negarse que aún no se ha podido dilucidar si la RPPJ esconde en el fondo una estructura de imputación marginada del principio de culpabilidad. Sin embargo, aquí entiendo que es justo salir en defensa de la noción de culpabilidad por "déficit de organización", puesto que, más allá de las imprecisiones que todavía padece esta noción, representa una manera de vincular la pena a un comportamiento disvalioso, atribuible a la persona jurídica como tal. En este modelo se le reprocha a la persona jurídica el no haber dispuesto una estructura interna capaz de prevenir la comisión de los delitos en cuestión o bien el haberlo dispuesto de manera incorrecta o inadecuada. Trasladando de manera racional la máxima *ultra posse nemo obligatur* al ámbito de la persona jurídica, sería irracional demandarle el impedimento absoluto de delitos, puesto que el control interno nunca puede ser equivalente al que tiene una persona física respecto de sus propios actos. Por ello, solamente cabe exigir racionalmente que la empresa esté organizada de tal manera que la comisión de ilicitudes constituya una verdadera excepción. Bajo la idea del déficit de organización, a la persona jurídica se la censura con la pena por su mala organización o su falta de organización, por lo que en esta estructura existe un objeto de imputación. Tal cosa no sucede con el modelo auspiciado por los regímenes de los delitos contra el orden económico y tributario, porque la RPPJ se convierte meramente en un "reflejo" *forzoso* de la responsabilidad individual.[55]

La inconstitucionalidad derivada de la responsabilidad objetiva queda salvada en varias disposiciones de la nueva ley. En primer lugar, el art. 9, inc. b, contempla como uno de los requisitos para la exoneración de responsabilidad el haber contado con un sistema de supervisión y control adecuado; esto es, que tenga un sistema de *compliance* que la dote de una organización eficiente para la prevención de ilicitudes. Especialmente, en segundo lugar, el art. 2, 3.º párr., establece que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad cuando la persona física que cometió el delito "hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella". En este sentido, la nueva ley cuenta con criterios para separar aquellos supuestos en los que la comisión del delito es un *output* marginal y excepcional de la empresa —que como tal debe

[54] A una conclusión similar llega MIR PUIG, *Derecho penal,* 10.ª ed., L. 34, n.º m. 104, respecto del modelo receptado en España mediante LO 5/2010.

[55] ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, *supra* nota 12, p. 64, hablan de una presunción *iure et de iure* conforme a la cual la responsabilidad subjetiva de la persona física conlleva la de la persona jurídica.

ser aislado dentro de la empresa— y aquellos otros en los que el delito es el síntoma de la despreocupación o caos de la empresa, donde ese *output* parece una consecuencia lógica o previsible.

Cabe esperar que una pronta reforma integral del Código penal solucione estos inconvenientes. En primer lugar, adoptando un único régimen para todos los supuestos de RPPJ, con independencia de cuál sea el delito en cuestión. En segundo lugar, erradicando de la legislación penal un modelo de RPPJ incompatible con la Constitución, que reconoce un sistema de responsabilidad penal objetiva. Una reforma en este sentido ayudaría notablemente a brindar más certidumbre a las personas jurídicas en la gestión de riesgos penales.

VII. Conclusiones

Con las reflexiones anteriores he pretendido únicamente dejar apuntadas algunas de las cuestiones estructurales más importantes del nuevo régimen de RPPJ. Pese a que esta ley no trae a nuestro derecho una novedad absoluta ni tampoco constituye un producto jurídico del que debamos sentirnos orgullosos, sí debe rescatarse que representa un intento serio por alinear a nuestro país con las exigencias y con las tendencias internacionales en la lucha contra la criminalidad. A partir de esta ley se abren en la praxis jurídica y en la academia de nuestro país un nuevo ámbito de discusión muy fértil para explorar.

En los próximos años valdrá la pena discutir en torno a la naturaleza de la responsabilidad de las empresas, concretamente si verdaderamente estamos ante una de carácter penal o si más bien cabría explicitar su pertenencia al terreno del derecho administrativo. La discusión no resulta baladí, especialmente si consideramos las diferentes reglas procesales válidas en ambos casos. También —esto de cara a una reforma del CP— valdrá la pena discutir sobre los criterios que deberían guiar al legislador a la hora de armar el catálogo de delitos sujetos a RPPJ. Estos son solo algunos de los muchos temas que deberán aparecer en el debate doctrinal futuro en nuestro país.

En el marco de esta reforma no debe perderse de vista la importancia que tendrá el respectivo decreto reglamentario. Si bien es sabido que, en virtud del principio de legalidad, estos decretos únicamente pueden regular aspectos marginales vinculados a la implementación de la ley penal, específicamente para esta reforma las cuestiones de implementación ocupan un lugar destacado. Por ejemplo, sería esperable que el decreto precisara correctamente criterios para la

determinación de la multa aplicable. La concretización de cuestiones de esta naturaleza condiciona, en definitiva, el efectivo poder disuasivo que alcance a tener la ley.

Para finalizar quiero poner énfasis en uno de los principales temas que introduce la nueva ley, el *criminal compliance*,[56] con fuerte impulso en nuestro medio desde hace ya algunos años, pero con una aplicación muy segmentada y priorizada casi predominantemente en las empresas extranjeras que deben adecuarse a las exigencias regulatorias de sus casas matrices. La nueva ley advierte de las necesidades de que las empresas (con independencia de la procedencia de su capital o de su tamaño) deban organizarse adecuadamente para escaparle a la responsabilidad penal. Con ello, se avizora también un cambio en el paradigma del abogado penalista, que hasta ahora había intervenido una vez que existía una investigación o un proceso penal en marcha. Ahora, con la nueva ley de RPPJ ha llegado el tiempo de las defensas preventivas, como un servicio apto para toda empresa.

VIII. Bibliografía

ABOSO, *Código penal de la República Argentina, Comentado, concordado, con jurisprudencia*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2012.

ARLEN, "Corporate criminal liability: theory and evidence", en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltelham, 2012, pp. 144 ss.

BAIGÚN, *La responsabilidad penal de la persona jurídica (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

BERMEJO, "Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal", en *Revista de Derecho penal*, n.º 4, Infojus, 2013, pp. 49 ss.

— "La observación del *criminal compliance* desde el enfoque de las Obliegenheiten", en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2017, pp. 61 ss.

[56] Sobre las principales características de este fenómeno, cfr. MONTIEL, "Cuestiones teóricas fundamentales del *criminal compliance*", en *Revista En Letra*, n.º 7, 2017, pp. 21 ss.

BERMEJO/PALERMO, "La intervención delictiva del compliance officer", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171 ss.

BLANCO, "Art. 304. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en VITALE (dir.), *Código penal comentado de acceso libre* (disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado).

— "La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva ley de lavado de activos", en *Revista de Derecho penal y procesal penal*, Abeledo Perrot, n.º 11, 2011.

DECKERT, "Corporate Criminal Liability in France", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011, pp. 157 ss.

DEL SEL, "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una visión favorable a su adopción y un comentario crítico al proyecto de ley", en *Revista de Derecho penal y Procesal Penal,* Abeledo Perrot, n.º 2, 2012, pp. 201 ss.

— "Societas delinquere: ¿potest o non potest?", en YACOBUCCI (ed.), *Derecho penal empresario*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2010, pp. 89 ss.

GARRET, "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", en *Virginia Law Review*, n.º 102, 2016, pp. 1 ss.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", en *Política Criminal*, n.º 5, 2010, pp. 455 ss.

— "Tomarse la responsabilidad de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas", en *En Letra Derecho Penal,* n.º 2, 2016, pp. 24 ss.

GÓMEZ MARTÍN, "Compliance y Derecho de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 125 ss.

HEMPHILL/CULLARI, "Corporate Governance Practices: A Proposed Policy Incentive Regime to Facilitate Internal Investigations and Self-Reporting of Criminal Activities", en *Jounal of Business Ethics,* n.º 87, 2009, pp. 333 ss.

JAHN, "Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el Derecho procesal penal", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 461 ss.

KEULEN/GRITTER, "Corporate Criminal Liability in Netherlands", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011.

KONU, *Die Garantestellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.

KUDLICH, "El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, el Derecho procesal penal alemán", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 435 ss.

— "Compliance mediante la punibilidad de asociaciones", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 283 ss.

— "Deliktskataloge für eine Verbandsstrafbarkeit", en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), Verbansstrafbarkeit, Berlín, 2012, pp. 217 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 301 ss.

MASCHMANN, "Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unternehmenssicht —Arbeits- und Zivilrecht, Corporate Governance—", en BENZ/DIENERS/DÖLLING (eds.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Múnich, 2007, pp. 93 ss.

MIR PUIG, "Las nuevas «penas» para personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (DIRS.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 3 ss.

— "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de persona jurídica", *RECPC*, n.º 6, 2004, pp. 1 ss.

MONTIEL, "Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el Derecho argentino", en *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n. º 4, 2015, pp. 85 ss.

— "Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riegos penales", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 221 ss.

— "Cuestiones teóricas fundamentales del *criminal compliance*", en *Revista En Letra,* n.º 7, 2017, pp. 21 ss.

NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

ORCE/TROVATO, *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la Ley 24.769*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Sanciones penales contra empresas en España *(Hispanica societas delinquere potest)*", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.

— "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance programs»), en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 95 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, "Informe sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica", en LASCANO/MONTIEL (coords.), *Informe CRIMINT-UNC 2012. Reforma del Código penal argentino*, S. S. de Jujuy, 2013, pp. 57 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa", en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 161 ss.

ROBLES PLANAS, "El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008", en *InDret*, n.º 2, 2009.

SARRABAYROUSE, "Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balance y perspectivas", en PALMA HERRERA (dir.), *Procedimiento operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 341 ss.

SCHMIDT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg, 2013.

SEELMANN, "La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena", en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213 ss.

SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español", en EL MISMO (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss

— "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 79 ss.

STEVENS, "Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior", en *Jounal of Business Ethics*, n.º 78, 2008, pp. 601 ss.

TAYLOR, "Due Diligence: A Compliance Standard for Responsible European Companies", en *European Company Law,* n.º 11, 2014, pp. 86 ss.

TIEDEMANN, "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *NJW* ,1988, pp. 1169 ss.

TROVATO, "El delito de lavado de dinero y el GAFI", en *DPI Diario*, disponible en: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina23.5.14.pdf [enlace verificado el 28 de noviembre de 2017].

ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.