

# LEY ANTI-CORRUPCION EN ARGENTINA. BEMOLES DE LA LEY 27.401.

Particularidades y comentarios a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

(\*) Por Ab. Gustavo Gabriel Cuellar / 2020

## I. INTRODUCCIÓN:

El año 2016 cuando el nuevo gobierno, recientemente electo de la República Argentina promediaba su primer año de mandato, envió al Senado de la Nación un ante proyecto de ley que tenía como finalidad crear un régimen de imputación penal de las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero.

El trasfondo de esta decisión política emanada del Poder Ejecutivo Nacional, tenía como propósito dar cumplimiento a su plataforma política de campaña la cual sostenía como principal eslogan: “*La Lucha Contra La Corrupción*”. Hasta allí podríamos mencionar que desde el punto de vista político estábamos asistiendo a un cumplimiento de campaña. Pero desde el punto de vista jurídico, nuestro estado dio un gran avance respecto a la legislación interna y, de cierto modo, también dio cumplimiento a los estándares requeridos por los organismos internacionales y aquellos acuerdos que la Nación había ratificado en cierto momento y que, se han incorporado a nuestra Constitución Nacional mediante el art. 75 inc. 22.

Tal es así, que silenciosamente, los legisladores argentinos dieron tratamiento al proyecto y posteriormente sancionaron la Ley 27.401 (en adelante La Ley) la cual ha traído numerosos cambios al sistema jurídico penal argentino, los cuales se explicaran a continuación.

### 1. Consideraciones iniciales.

La sanción de la Ley 27.401 (en adelante La Ley), llamada “*Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”, fue sancionada por el congreso de la nación argentina a fines del año 2017<sup>1</sup> y entró en vigencia en nuestro sistema jurídico penal a partir de marzo de 2018<sup>2</sup>.

La doctrina ha mantenido durante mucho tiempo está vetusta discusión, la cual versa en torno a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. En la actualidad se observa una creciente tendencia en aceptar esta posibilidad. En rigor, distintos ordenamientos jurídicos del mundo tales como Europa y América han incorporado normas destinadas a responsabilizar a las personas jurídicas por delitos vinculados a la corrupción. En este sentido Argentina no ha sido la excepción, se observa que paulatinamente y de manera silenciosa el Estado fue incorporando a nuestro ordenamiento diversas normas tendientes a atribuir responsabilidad a los entes ideales. Esto se manifiesta en leyes especiales vigentes y algunas modificaciones parciales al Código Penal Argentino<sup>3</sup>. Todo

<sup>1</sup> Boletín Oficial de la República Argentina. Fecha de publicación 01/12/2017.

Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/175501/20171201>

<sup>2</sup> El art. 39 de la Ley 27.401 establece: Entrada en vigencia. La presente ley entrará en vigencia a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

El Decreto Nacional 277/2018 reglamentó dicha ley y, el 6 de abril de 2018 se publicó en el Boletín Oficial:

Art. 1° La OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401.

Art. 2°.- El monto de los contratos a los que refiere el inciso a) del artículo 24 de la Ley N° 27.401, es aquel establecido en el Anexo al artículo 9° del "REGLAMENTO DEL REGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION NACIONAL" aprobado por el Decreto N° 1030/16 -o el que en el futuro lo sustituya- para aprobar procedimientos y/o adjudicar contratos por parte de Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministros, Secretario General de la Presidencia de la Nación o máximas autoridades de los organismos descentralizados.

Art. 3°.- La existencia del Programa de Integridad conforme los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401, como condición necesaria para contratar con el Estado Nacional en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, deberá ser acreditada junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria.

<sup>3</sup> Ley anti lavado incorporó el TITULO XIII. Delitos Contra El Orden Económico y Financiero. (Título incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011).

ello indica que nuestro país se ha encaminado en el mismo proceso de transformación legislativa. La sanción de La Ley se presenta como un avance en la lucha contra este flagelo y proporciona a los operadores judiciales herramientas que hasta ahora eran insuficientes.

Asimismo, la presente ley amplía la jurisdicción argentina por esta clase de delitos (art. 29)<sup>4</sup> y modifica, sustituye e incorpora en su caso, artículos al Título XI. Delitos Contra la Administración Pública del CP (30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37)<sup>5</sup>, del mismo modo establece reglas procesales sustituyendo el art. 33 del Código Procesal Penal de la Nación (art. 38)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Art. 29.- Sustituyese el artículo 1° del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 1°: Este Código se aplicará:

- 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
- 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.
- 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

<sup>5</sup> **Artículo 30.-** Sustitúyese el artículo 258 bis del Código Penal por el siguiente:

Artículo 258 bis: Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

**Artículo 31.-** Incorpórase como artículo 259 bis del Código Penal el siguiente:

Artículo 259 bis: Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

**Artículo 32.-** Sustitúyese el artículo 265 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 265: Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

**Artículo 33.-** Sustitúyese el artículo 266 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 266: Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

**Artículo 34.-** Sustitúyese el artículo 268 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 268: Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

**Artículo 35.-** Incorpórase como segundo párrafo al artículo 268 (1) del Código Penal el siguiente texto:

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido.

**Artículo 36.-** Modificase el primer párrafo del artículo 268 (2) del Código Penal, que quedará redactado de la siguiente manera:

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

**Artículo 37.-** Incorpórase como artículo 300 bis del Código Penal el siguiente:

Artículo 300 bis: Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.

<sup>6</sup> **Artículo 38.-** Sustitúyese el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, por el siguiente:

Artículo 33: El juez federal conocerá:

1) En la instrucción de los siguientes delitos:

- a) Los cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros;
- b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos;
- c) Los cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben o falseen la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso;
- d) Los de toda especie que se cometan en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, con excepción de aquellos que por esta ley quedan sometidos a la jurisdicción ordinaria de los jueces de instrucción de la Capital;

## 2. Antecedentes históricos:

La reciente ley reavivó añejos debates, por un lado, reaparecieron antiguas discusiones dogmáticas referidas a la imputación penal de los entes ideales. En este ámbito el enfoque principal se asienta desde la perspectiva dogmática, ya que desde la postura clásica del derecho penal la atribución de responsabilidad a un ente ideal por la comisión de ciertos delitos y su posterior imputación es prácticamente imposible.

El derecho penal moderno comenzó a observar que distintos países del mundo han incluido en sus sistemas normativos determinadas cláusulas que prevén sanciones a las personas jurídicas. Ello ha revivido nuevamente la discusión respecto al tema. Lo cierto es que parte de la comunidad internacional parece haber superado la discusión respecto de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que lentamente se observa un gran número de Estados y organizaciones de la comunidad internacional, que sostienen como premisa que la criminalidad empresarial puede dañar seriamente la seguridad jurídica y económica interna.<sup>7</sup>

Como es sabido la doctrina ha sostenido durante mucho tiempo que no es posible imputar o atribuir responsabilidad a una persona jurídica, ya que la conducta desplegada que da origen a una acción típica y que ocasiona el hecho ilícito, no puede ser reemplazada por una persona jurídica o ente ideal mediante una ficción o teoría<sup>8</sup>. Contrario sensu, esta conducta debe ser desplegada por una persona humana. El postulado indica que al no poseer esta capacidad los entes ideales, tampoco podrían atribuírseles algún tipo de “acción”, y como es sabido: *sin acción no hay conducta, y sin conducta no hay delito*.

---

e) Los delitos previstos por los artículos 41 quinquies, 142 bis, 142 ter, 145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis, 258 bis y 306 del Código Penal.

2) En el juzgamiento en instancia única de aquellos delitos señalados en el párrafo anterior que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de tres (3) años.

<sup>7</sup> Este concepto se ha reforzado sobretudo en la comunidad Europea. Notando una tendencia en la imposición de penas a los entes ideales. Las recomendaciones del Consejo de Europa, ha tenido un impacto positivo al conseguir que sus Estados miembros incorporasen, disposiciones legales que habilitan la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

<sup>8</sup> A lo largo de la historia, el derecho ha tratado de dotar de personalidad a los entes ideales recurriendo a distintas figuras jurídicas según su época. Como ser:

1) **Teoría de la ficción:** su mayor exponente fue Savigny. Parte de la idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones es el hombre. Cuando la ley considera y trata al hombre como persona no hace sino reconocer y confirmar una personalidad preexistente; en cambio, cuando el derecho otorga la capacidad jurídica a estos entes, está considerando por medio de una ficción que también son capaces de pensar y querer. Es decir que por una razón de conveniencia o de interés el derecho los considera como si fueran personas.

2) **Teorías negatorias:** al igual que la teoría de la ficción, sostienen que la única persona real es el hombre. Consideran, sin embargo, que la doctrina tradicional es superficial y no ahonda la investigación de la realidad que se esconde detrás de la personería jurídica. Encontramos en esta categoría a las:

A) Teoría de los patrimonios de afectación: sostiene que los bienes del hombre pueden estar destinados a lograr fines propios o fines colectivos. Lo que se denomina “persona jurídica” no sería otra cosa que patrimonios afectados al cumplimiento de ciertos fines colectivos;

B) Teoría de los derechos individuales: sostiene que la persona jurídica no es titular de derechos sino que los verdaderos titulares son sus miembros, puesto que ellos sufren o aprovechan las ventajas o desventajas de la actividad de la sociedad;

C) Teoría de la propiedad colectiva: sostiene que la persona jurídica es un sujeto aparente, tras el cual se ocultan los verdaderos titulares del patrimonio. La persona jurídica sería una propiedad colectiva detrás de la cual se oculta la propiedad individual de sus miembros;

D) Teoría de Kelsen: para él las personas sean físicas o jurídicas son construcciones del derecho objetivo a las cuales éste les atribuye un conjunto de derechos y obligaciones.

3) **Teorías de la realidad:** sostienen que la persona no es una ficción sino una realidad, ya que ellas realmente están dotadas de voluntad o bien su interés es distinto de los individuos que las componen. Podemos encontrar en esta categoría a las:

A) Teoría organicista: sostiene que la persona jurídica es un organismo dotado de voluntad propia diferente a la de sus miembros; éstos sólo serían los medios de los que se vale la persona jurídica para manifestarse.

B) Teoría de la institución: se funda en el concepto de institución, la cual desde el punto de vista práctico se generaría así: a) surge una idea; b) para concretar la idea es necesario organizarse, y entonces se crean órganos de poder y direcciones; c) por último surgen individuos que quieren participar de la idea común o institucional, y para ellos, se adhieren a la misma y colaboran con su actividad. De esta manera, las personas irán ingresando a la institución y actuarán en ella para conseguir sus fines.

Siguiendo a Carió y Reussi (2018)<sup>9</sup> "... La ley 27.401 ha sentado un nuevo hito en lo que ya parece, a nivel nacional e internacional, un camino sin retorno. La responsabilidad penal de la persona jurídica y, en paralelo, el abandono progresivo de la máxima conocida como *societas delinquere non potest*<sup>10</sup>.

Si bien es cierto se manifiesta un avance legislativo local, la discusión doctrinaria mantiene vigencia ya que, por un lado, se ubican quienes desde hace ya más de un siglo sostienen la imposibilidad de imputar penalmente a una persona jurídica, y por el otro, a aquellos que indican que la evolución en el mundo empresarial ha traído consigo nuevas y diversas formas de criminalidad por parte de estas corporaciones.

Siguiendo a Carolina Prado (2018): "...Desde distintas posiciones teóricas, con fundamentos a favor y en contra, se ha discutido durante mucho tiempo sobre la posibilidad material de las personas jurídicas de cometer delitos, su capacidad de culpabilidad, aspectos relativos a la finalidad y utilidad de la pena en estos casos, así como la justificación misma de la imputación penal a los entes ideales, desde que existe la posibilidad de aplicar penas a las personas físicas que intervinieron en el hecho e incluso de imponer sanciones administrativas a las empresas."<sup>11</sup>

Como bien manifiesta la autora, existen distintas posiciones teóricas que se manifiestan tanto a favor o en contra de esta posibilidad. Lo cierto es que se nota cierta inconsistencia o alejamiento entre la *Política Criminal* del estado y la *doctrina penal clásica*. Ello ocasiona una tensión inminente respecto a la atribución o no de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Claro está, que, desde el punto de vista político-criminal, existe la necesidad real de otorgar a las agencias judiciales herramientas que permitan abordar desde el derecho penal, los crímenes que emanan del seno de las empresas.

Desde la mirada teórica penal, la doctrina sostiene que esta solución adoptada lesiona algunos conceptos tradicionales de la teoría del delito, específicamente aquellos relacionados con la acción<sup>12</sup> y la

---

<sup>9</sup> Artículo: "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas". Publicado en Suplemento Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria / Carlos M. González Guerra... [et al.]; dirigido por Raúl Ricardo Sacconi; Nicolás Durrieu - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

<sup>10</sup> Existe una discusión que, si bien excede el objetivo del comentario a esta Ley, tiñe el cambio de paradigma que se viene operando. Nos referimos a la crisis del moderno concepto de "culpabilidad" en manos del discurso de "responsabilidad". En tal sentido, cabe la siguiente cita: "Hay una cuestión importante en relación al castigo vicarial: es necesario separar responsabilidad ("liability") de culpa ("fault"), y solo la responsabilidad puede ser transferida de una parte a otra. En particular, no puede haber nada parecido a una culpabilidad vicarial" ("Collective Responsibility", Feinberg J., Maryland, Rowman & Littlefield, 1991) Cit. Op. ibidem.

<sup>11</sup> La responsabilidad penal de las personas jurídicas. por Carolina Prado, 4 de abril de 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas Empresariales de la Bolsa de Comercio de Córdoba. Id SAIJ: DACF190099.

<sup>12</sup> La "Acción" es un elemento fundamental de la "La teoría del delito". Según Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes (2004). "es un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito."

Al momento de comenzar el análisis de la teoría del delito, rápidamente nos encontramos con dificultades al momento de establecer una "acción" al ente ideal, ya que todas las teorías penales, hacen referencia a la "voluntariedad" de una persona humana y al reproche que el sistema jurídico penal puede exigirle al individuo. Aquí es donde nace el conflicto entre aquellos que sostienen que es posible la atribuir responsabilidad a las personas jurídicas y los que sostienen que no se cumple con el requisito fundamental que da origen a ese reproche, ya que no existe voluntad en un ente ideal.

Todas las teorías penales sientan su análisis de la acción en la persona humana:

**Teoría causalista:** Para la explicación causal del delito, la acción es un movimiento voluntario, físico o mecánico, que produce un resultado previsto por la ley penal sin que sea necesario tener en cuenta la finalidad que acompañó a dicha acción. Esta corriente atiende, principalmente, a los elementos referidos al desvalor del resultado, es decir, a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

**Teoría finalista:** la teoría finalista del delito considera que cualquier conducta humana se rige por una voluntad cuya manifestación exterior no puede dejar de ser tenida en cuenta a la hora de valorar el hecho delictivo. Este punto de vista pone mayor énfasis en el desvalor de la acción, es decir, en el reproche sobre el comportamiento del delincuente, sea este intencionado (dolo) o negligente (culpa).

**Teoría funcionalista:** Más recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas, destacando en esta línea Claus Roxin en Alemania y Paz de la Cuesta en España, entre otros.

La mayoría de los países de la tradición jurídica de Derecho continental utilizan la teoría finalista del delito. A partir de los años 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en la doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se ha iniciado el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse paulatinamente las aportaciones política criminal/político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa a la teoría de delito del funcionalismo moderado sea la denominada teoría de la imputación objetiva, que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscando la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como

culpabilidad<sup>13</sup>. Todo ello sin perjuicio de aquellas lesiones a garantías de índole constitucional, como el principio de personalidad de las penas<sup>14</sup>.

El derecho continental europeo puso en crisis a finales del siglo XX, el principio penal según el cual las empresas no pueden delinquir. Esta corriente de cambio ocasionó que una decena de países evadieran dichos obstáculos dogmáticos, y de este modo paulatinamente se comenzó a receptar en sus sistemas jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### 3. Corrupción en nuestro país.

La sociedad ha revelado en las últimas décadas un profundo déficit jurídico en nuestro sistema anti-corrupción. Evidentemente estas graves complicaciones se agudizan a medida que la sociedad evoluciona a pasos agigantados. El avance tecnológico, y la expansión global de los negocios y sus consecuentes actividades comerciales millonarias, han dado nacimiento a una criminalidad organizada y corporativa. En forma conjunta con esta exponencial actividad, emerge un tipo de criminalidad desconocida para el universo jurídico global. Más aun cuando estas empresas poseen ciertas *influencias* en las más altas esferas del estado. Esta particularidad de criminalidad emana desde el seno mismo de las empresas y se sostiene con la complicidad de los funcionarios públicos de turno, quienes deciden sobre contrataciones millonarias por parte del estado y las empresas privadas. Estas maniobras han revelado grandes hechos de corrupción en nuestro país y el resto del mundo.

### 4. ¿Qué resultados se obtuvieron hasta hoy?

Según indica el “*Observatorio de Corrupción*”, del Centro de Información Judicial (CIJ) de Argentina, al momento de realizar este documento, se encuentran en curso 572 expedientes en trámite relacionados con hechos de corrupción en nuestro país<sup>15</sup>.

Notamos un débil accionar del estado respecto a la política-criminal anti-corrupción, y esto puede darse por diversos factores que exceden nuestro análisis. Lo cierto es que esta situación de debilidad institucional, se manifiesta principalmente por la ausencia de controles del Estado y del propio sector privado. Es por ello que las diversas actividades económicas, máxime aquellas referidas a las contrataciones y licitaciones estatales, se observan como las más vulnerables. En rigor, en nuestro país se ha notado en los últimos años cierta participación de numerosas empresas nacionales, transnacionales, de capitales nacionales o extranjeros, las cuales se vieron involucradas en hechos de corrupción. Ello derivó en investigaciones no sólo en nuestro territorio sino también en otros países de la región. Los casos más relevantes nos remiten a la operación *Lava Jato* con origen en Brasil<sup>16</sup>, o al de nuestro país

---

causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad sobre la base de criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta no puede fundamentarse en la causalidad (como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, entre otros).

<sup>13</sup> Culpabilidad es una categoría de la teoría del delito que nos permite reprochar la conducta de la persona (humana) que cometió un delito y por lo tanto atribuirle esa conducta y hacerle responsable de ese hecho.

Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la conducta) que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad.

El problema surge cuando la teoría penal pretende vincular la Culpabilidad al aspecto biológico y psicológico, ya que uno de los requisitos de este aspecto refiere a que la persona (humana) debe tener la capacidad de comprensión de la realidad, por tanto, si una persona (humana) tiene enfermedades mentales o es un ebrio consuetudinario o tiene problemas de drogadicción será considerado inimputable, no concurre esta condición en las personas jurídicas. Es la capacidad de comprensión la nota tipificante de la culpabilidad.

Culpabilidad como base de aplicación para la imposición de la pena. Es decir, está vinculado y entendido como presupuesto para imponer la pena, en este caso se trata de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración hacia una persona humana (personalidad de las penas).

<sup>14</sup> En palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni, “...La Pena es un hecho político determinado por el legislador y que posee límites en las garantías constitucionales”. Más allá de esta definición de la “pena”, el concepto de personalidad se desprende del principio de culpabilidad que compone uno de los elementos de la teoría del delito. La personalidad de la sanción penal se dirige a una persona humana, ya que se reprocha una conducta antijurídica.

<sup>15</sup> <https://www.cij.gov.ar/causas-de-corrupcion.html> (Fecha: 30/05/2020).

<sup>16</sup> Según Ministerio Público Federal de Brasil, la Operação Lava Jato, es una investigación de corrupción llevada a cabo por la Policía Federal de Brasil. La Operación se hizo pública el 17 de marzo de 2014, con el cumplimiento de más de una centena de citaciones en busca de prisión temporal, preventivas y conducción coercitiva, teniendo como objetivo investigar un esquema de lavado de dinero sospechoso

denominado: “*los cuadernos de los sobornos*”<sup>17</sup>, considerado el *Lava Jato* argentino”. En todas estas maniobras de corrupción han participado funcionarios públicos de los estados involucrados, quienes fueron sobornados para favorecer en licitaciones públicas a las empresas investigadas.

## 5. Respeto a las maniobras empleadas por las personas jurídicas.

Esta modalidad de criminalidad empresaria ha revelado maniobras de corrupción a escalas siderales, mediante el delito de lavado de dinero, la triangulación de fondos a paraísos fiscales con el propósito de no ser detectados por las agencias del estado. Asimismo se sabe que en algunos países de otras regiones del mundo las personas jurídicas han tomado participación en la financiación al terrorismo<sup>18</sup>, ocasionando serios daños no solo a la economía local, sino también creando un serio perjuicio al sistema de justicia de los países que se ven penetrados por estos grupos que atentan contra el orden social, económico y financiero y, principalmente, todas estas maniobras generan como resultado una imagen de desconfianza en las instituciones nacionales, falta de seguridad jurídica, y reglas poco claras en los controles estatales. La corrupción empresaria se exterioriza especialmente en fraudes al estado a través de contrataciones y licitaciones públicas, mediante el pago de dadas, sobornos y beneficios a los funcionarios.

Desde hace ya varios años, los estados, las organizaciones internacionales y cierto sector de la doctrina, viene pregonando la idea de crear instrumentos a efectos de poder enfrentar a estas organizaciones, que en más de una oportunidad son creadas al solo efecto de cometer algún crimen. El derecho penal nuclear ha desestimado sistemáticamente esta posibilidad, ya que varios principios penales no estarían comprendidos en la conducta desplegada por un ente ideal.

Las agencias del estado han tenido que enfrentarse a verdaderos desafíos, ya que si bien existen en nuestro sistema legal institutos que sancionan algunas conductas desplegadas por las personas jurídicas, no todas pueden ser alcanzadas por el juzgador, ocasionando una imposibilidad de derecho a la hora de atribuir responsabilidad penal a los entes ideales. Particularmente la discusión en más de un tribunal ha girado en establecer si el hecho dañoso, o la conducta desplegada por una persona jurídica debía ser considerada como una acción del ente y de este modo imputar al colectivo, o, por el contrario, se debía individualizar a las personas humanas que desplegaban estas conductas y juzgar solo a aquellas que habían tomado participación en el hecho. Hasta la sanción de la presente ley, todos estos inconvenientes giraban en torno a la complejidad de imputar penalmente a todo el ente ideal.

## II. EL DERECHO PENAL EN LAS EMPRESAS.

### 1. Alcance de la legislación en las empresas.

La complejidad que se presenta diariamente en el mundo de los negocios corporativos, nos hace reflexionar a la hora de analizar las conductas desplegadas por estos sujetos de derecho, ya que aquí, no

---

de mover más de 10.000 millones BRL (aproximadamente 2.640 millones USD). Es considerado por la Policía Federal como la mayor investigación de corrupción de la historia de Brasil. Recuperado de: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>

<sup>17</sup> El llamado caso de “los cuadernos de los sobornos” es un Lava Jato argentino, aunque con la diferencia, por ahora, de que la Justicia no investiga a funcionarios del Gobierno, como en Brasil, sino a exfuncionarios y a encumbrados miembros del establishment económico argentino. Nunca en la historia de Argentina, los dueños o gerentes de grandes empresas como Techint o Roggio o multinacionales como la española Isolux habían desfilado por los tribunales por corrupción. La corrupción es como el tango, se baila de a dos y muy juntitos, pero hasta ahora solo los políticos debían presentarse ante los jueces. El hecho de que haya 12 empresarios bajo el régimen del arrepentido rompió el pacto de silencio que por décadas ocultó los pagos de coimas, como se dice en el argot argentino, y empezó a crear despechados, viudas del poder. Nota Periodística 20-08-2018. Recuperado de: [https://elpais.com/internacional/2018/08/19/argentina/1534691590\\_421236.html](https://elpais.com/internacional/2018/08/19/argentina/1534691590_421236.html)

<sup>18</sup> El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es consciente desde hace mucho tiempo de la necesidad de combatir la financiación del terrorismo y, como consecuencia, cuenta con dos resoluciones, la Resolución 2178 (2014) y la Resolución 2249 (2015) en ese sentido. Además, ha animado a todos los Estados miembros a “prevenir y reprimir la financiación del terrorismo”.

Varios de los mayores grupos terroristas han obtenido el control de distintos territorios, lo cual les proporciona otras vías de ingresos, como los impuestos y el control de las empresas. Los más grandes tienen unos ingresos anuales equivalentes a los presupuestos de grandes empresas o de países pequeños. Las estimaciones de 2016 indican que los ingresos anuales de los mayores grupos terroristas varían entre 2.000 millones de dólares en el caso de Daesh, 400 millones de dólares para los talibanes, 250 millones de dólares para Al Qaeda y 25 millones de dólares para Boko Haram. Recuperado de: <https://www.esglobal.org/la-financiacion-los-cuatro-grupos-terroristas-mas-letales/>

basta con analizar una norma penal en abstracto, en el caso particular, se deben ponderar entre otras variables, el tamaño de empresa (Micro, Macro o PyME), el volumen de sus negocios, las características respecto al aporte de capital (nacional, extranjero o mixto), con participación estatal o no, los riesgos asumidos de acuerdo a su actividad principal, etc.

Diremos entonces que es indudable que la práctica tradicional del derecho penal incluye solo una parte de está *“conducta ilícita”* ya que, como es sabido ciertos sectores poseen *algunas ventajas*. Esta particularidad abarca solamente un aspecto de la problemática, la cuestión de derecho y no así, las cuestiones de hecho, debido a que estas características no se encuentran plasmadas en los dispositivos punitivos del Estado.

## **2. Cuestiones de hecho y de derecho.**

### **a) De hecho:**

Cuando nos referimos a las cuestiones “De hecho”, hacemos referencia a la persecución de las empresas por acciones penales cometidas *“en favor o en su beneficio o provecho”*, y es allí donde nos encontramos con aquellas limitaciones que se representan como el *“prestigio”* de la empresa, corporación o marca, y la escasa reprobación social que poseen estos entes ideales, como así también, las dificultades de investigación, ya que nos encontramos ante delitos complejos, donde estos entes jurídicos poseen cierta cultura organizacional y/o distribución del trabajo que dificulta seriamente la actuación de las agencias judiciales. En este último sentido, la persecución penal se torna una tarea extensa y difícil para las agencias del estado involucradas.

### **b) De derecho:**

Referidas a las cuestiones “de derecho”, podemos mencionar que la reciente sanción de La Ley penal no es la primera que se detiene a sancionar las conductas delictivas de estos entes ideales, ya que existen otras leyes especiales en la actualidad.

Siguiendo a González Guerra y Tamagno<sup>19</sup>;

*“...La responsabilidad penal de la persona jurídica está prevista hoy en nuestra legislación para los delitos de desabastecimiento (ley 20.680), aduaneros (ley 22.415), cambiarios (ley 19.359), tributarios (ley 24.769), contra la libre competencia (ley 25.156), en el sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) y finalmente en el propio Código Penal en el título llamado delitos contra el orden económico y financiero”.*

## **3. Respecto a la sistematización legal:**

La mayoría de estas normas que ya contemplan sanciones a las personas jurídicas privadas en nuestro país, refieren a leyes especiales, excepto las incorporadas al Código Penal en el Título XIII: *“Delitos Contra el Orden Económico y Financiero”*. En relación a las leyes especiales se observa una clara dispersión y descoordinación, demostrando una vez más que en materia sancionatoria penal en relación a las empresas, no se cuenta con una política criminal cierta que emane del estado. Esta particularidad ocasiona serios inconvenientes al sistema, ya que la ausencia coordinada de una política criminal definida, conlleva a que el legislador vaya creando normas dispersas, produciendo una enorme y creciente inflación penal. En algunos casos, modificando nuestro Código Penal, y en otras, creando un sinnúmero de leyes especiales. Toda esta dispersión ha demostrado la insuficiencia de ciertos tipos penales involucrados y su inadecuación a las nuevas formas de ataque a intereses socialmente relevantes.

## **4. Algunas causales respecto a la falta de unificación legislativa:**

---

<sup>19</sup> Artículo: “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”. Publicado en Suplemento Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria / Carlos M. González Guerra... [et al.]; dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

El dilema al que nos enfrentamos se podría analizar en dos sentidos. Primero, nos debemos referir a la propia actividad política legislativa que resulta del congreso de la nación. Esta facultad inherente al poder legislativo nos permite observar la división de poderes de nuestro estado democrático, ya que nuestros representantes interpretan y toman como suyas aquellas consignas o exigencias de la ciudadanía. Es allí entonces donde en más de una ocasión asistimos a momentos históricos de la nación, con fuertes demandas sociales. De cierto modo, el clima social y político del momento, lleva a los legisladores a sancionar leyes de fuerte impacto en la sociedad, pero, no siempre estas decisiones se ajustan a los estándares requeridos para su plena eficacia.

Segundo, como es sabido nuestro estado es integrante de la comunidad internacional y forma parte de aquellos organismos que luchan contra la criminalidad organizada. Por tal motivo estos compromisos se tornan ineludibles, ya que requieren de nuestro estado una adecuación legislativa interna, y de no hacerlo podría recibir sanciones o pasar a formar parte de las listas de aquellos países poco colaboradores contra la lucha de este tipo de criminalidad. Así las cosas, y debido a las urgencias, exigencias o presiones de la comunidad internacional, en más de una ocasión los legisladores deben tratar y sancionar proyectos de manera “*exprés*”, convirtiendo en leyes algunas iniciativas sin haber sido a priori, analizadas y/o debatidas en profundidad. Provocando esta premura, un débil análisis global de la norma, y lo que es aún más grave, un alejamiento o falta de coordinación con la política criminal del estado (claro está, si lo tuviere). Estas particularidades conllevan a que se legisle permanentemente de manera fragmentada sobre temas que requieren una visión global y estratégica.

### III. IMPACTO DE LA LEY 27.401 EN LAS EMPRESAS.

#### 1. Generalidades.

La ley ha venido a zanjear un vacío legal que nuestro sistema ha sufrido durante mucho tiempo, y de cierto modo poner fin a este gran debate respecto a la imputación penal que les pudiere corresponder ante la comisión de ciertos delitos productos de su actividad. Las recientes investigaciones referidas a los casos de corrupción cometidos por aquellas entidades empresarias o corporaciones, jurídicamente denominadas: “*Personas Jurídicas Privadas*”, desató el debate social en los últimos años. Claro está que todas estas maniobras que se pretenden sancionar, no se habrían podido cometer sin la intervención de “*Funcionarios Públicos*”. Particularmente la ley en análisis establece la responsabilidad que le puede caber a la empresa por la participación en la comisión de ciertos delitos en el ámbito empresarial, como así también; fija aquellos procedimientos y/o requisitos que debe cumplir para prevenirlos o evitarlos y de este modo; morigerar dicha responsabilidad.

Cabe mencionar que, en el caso particular de los delitos empresarios, nos estamos refiriendo a aquellos delitos complejos, considerados comúnmente de “*Guante Blanco*”, que, principalmente son cometidos por profesionales pertenecientes a las respectivas empresas, con perfiles muy particulares desde el punto de vista criminológico, con capacidad económica y contactos globales con entidades bancarias y sociedades fuera del país. Ésta y otras complejidades han tenido que enfrentar en las últimas décadas los estados.

Esta modalidad en la comisión de delitos empresariales, ha captado la atención de las agencias gubernamentales de la comunidad internacional, y ha impulsado al desarrollo de diversos institutos jurídicos con miras a combatir a dichos grupos. Estos consensos de la comunidad organizada se reflejan en la legislación local de cada estado, quienes progresivamente han ido incorporando estos institutos a sus respectivos órdenes internos. Este entramado complejo es abordado por el mundo y por nuestra nación, a través de una legislación especial que pretende actuar como preventiva en su fase inicial y sancionatoria ante la comprobación de responsabilidad.

Una particularidad de la presente legislación es la intervención activa del ente ideal en la investigación, desde el conocimiento del hecho ilícito, permitiendo la auto-denuncia. Todas estas particularidades deben reunir ciertas condiciones que la misma ley impone, a saber: la adecuación de un “Programa de integridad”

o un “Acuerdo de colaboración eficaz”, todas tendientes a disminuir o excluir de responsabilidad por los delitos cometidos en sus respectivas empresas.

## 2. Evolución legislativa:

Cuando nos referimos al complejo mundo de los negocios, es interesante detenernos a analizar cuál ha sido la legislación de nuestro país respecto al control de las empresas en las últimas décadas. Lamentablemente nuestra legislación no ha sido rigurosa en estos controles, quizás porque la decisión política estatal en cada momento histórico de nuestro convulsionado país, ha sido no generar más presión sobre aquellas empresas / PyMEs que generan más del 90% de los puestos de trabajo en nuestro país.

Contrariamente a nuestra política criminal en materia empresarial, otros países como EEUU –por citar sólo uno –, han sido pioneros en materia sancionatoria a los entes ideales, ya que desde el siglo XIX legislaron respecto a la participación criminal de las personas jurídicas.

Siguiendo a Cavada Herrera<sup>20</sup> “...En base a lo señalado por Clifford Chance<sup>21</sup> (2016 y 2017), puede decirse que desde la primera mitad del siglo XIX las entidades corporativas tienen responsabilidad penal, pero sólo por delitos de responsabilidad objetiva. En particular, la Ley Antitrust Sherman de 1890 contempla explícitamente la responsabilidad penal corporativa. Desde principios del siglo XX se aplica la responsabilidad penal a las entidades corporativas por los crímenes cometidos por sus agentes y empleados.”

## IV. ANÁLISIS DE LA LEY 27.401. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En un principio el ante proyecto de ley enviado por el poder ejecutivo, contemplaba todos los tipos delictivos comprendidos en el Código Penal. Esto fue modificado en la cámara alta, ya que luego de un largo debate con expertos y especialistas se estableció para la presente ley un determinado número de delitos. Específicamente la norma establece un sistema de “*numerus clausus*”, es decir, “un número limitado de ellos”.

Comentarios a los artículos de la Ley.

### Art. 1 de la Ley

**Objeto y alcance.** *La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:*

#### 1. Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 bis del código penal:

**Art. 258.** - *Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo<sup>22</sup>.*

**Art. 258 bis.** *Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya*

<sup>20</sup> Biblioteca Del Congreso Nacional De Chile. Departamento De Estudios Extensión Y Publicaciones. Octubre De 2017 Asesoría Técnica Parlamentaria. Cit. Op. De Juan Pablo Cavada Herrera. Abogado. Extraído de:

[https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad\\_Penal\\_Personas\\_Jur%C3%ADdicas\\_def.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf)

<sup>21</sup> Clifford Chance New York. recuperado de [https://www.cliffordchance.com/people\\_and\\_places/offices/new\\_york.html](https://www.cliffordchance.com/people_and_places/offices/new_york.html)

<sup>22</sup> (Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

*sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.*

*Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta<sup>23</sup>.*

## **2. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del código penal:**

*Art. 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.*

*Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.<sup>24</sup>*

## **3. Concusión, prevista por el art. 268 del código penal:**

*Art. 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.<sup>25</sup>*

## **4. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 (1) y (2) del código penal:**

*Art. 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido<sup>26</sup>.*

*Art. 268 (2). Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta*

---

<sup>23</sup> (Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

<sup>24</sup> (Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

<sup>25</sup> (Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

<sup>26</sup> (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.<sup>27</sup>

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.<sup>28</sup>

#### **5. Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 bis del código penal:**

**Art. 300 bis** - Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.<sup>29</sup>

#### **Art. 2º de la Ley:**

**Responsabilidad de las personas jurídicas.** Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados; directa o indirectamente; con su intervención o en su nombre; interés o beneficio. También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella; siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión; aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

De este modo quedó redactado finalmente el art. 2º de la ley. Siguiendo a Papa<sup>30</sup>, la Cámara de Diputados al sancionar parcialmente el proyecto disponía que: “...Las personas jurídicas son responsables por los delitos establecidos en el artículo precedente que hubieren sido realizados directa o indirectamente en su nombre, representación o interés y de los que pudieran resultar beneficiadas, siempre que estos fueren cometidos por: a) cualquiera de sus dueños, socios, accionistas o asociados con influencia en la conformación de la voluntad social de la persona jurídica de que se trate; b) cualquiera de sus apoderados, representantes, directores, gerentes, o cualquier otro miembro o empleado que se desempeñe bajo su supervisión o dirección; c) cualquiera de sus representantes en contratos asociativos, de agencia, concesión o fideicomiso en los términos del Capítulo 16,17, 18 y 30 del Título IV, del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta última disposición no será aplicable a aquellas personas jurídicas establecidas en los términos de la Ley 25.300 de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa o aquella que la reemplace. Las personas jurídicas no son responsables si la representación invocada fuera falsa o si el delito hubiera sido cometido por una persona no contemplada en los incs. a), b) y c) salvo que la persona jurídica hubiera sido beneficiada con sus actos y lo ratificare expresa o tácitamente. Tampoco será responsable, si las personas enunciadas en el inc. a), b) y c) del presente artículo actuaren en beneficio propio y no generare provecho alguno para la persona jurídica...”.

<sup>27</sup> . (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

<sup>28</sup> (Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

<sup>29</sup> (Artículo incorporado por art. 37 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

<sup>30</sup> Rodolfo G. Papa. “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401”. Publicado en Suplemento Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria / Carlos M. González Guerra... [et al.]; dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

Es evidente que el presente artículo sufrió modificaciones, ya que, desde su redacción original, otorgaba beneficios en su ámbito de aplicación al sector PyME excluyéndolas, evidenciando claramente que aquí se presentaría un conflicto, ya que no quedarían comprendidas estas últimas en el alcance de la presente ley. Esta exclusión no parecía pacífica con el ordenamiento jurídico, ya que esta redacción podría violar el principio constitucional de igualdad ante la ley. Así lo explica Papa (2018) “...La ley 27.401 eliminó la exclusión, en su ámbito de aplicación, de las personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para las micro, pequeñas y medianas empresas, esta modificación es razonable, pues de otro modo se hubiera reconocido un privilegio en favor de este tipo de entidades, que representan más de un 90% de las compañías locales, y hubiera afectado el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Ahora bien, el citado art. 2 en su primer párrafo indica: Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados:

- a) directa o indirectamente;
- b) con su intervención o en su nombre;
- c) interés o beneficio.

El artículo 2 presenta alguna ambigüedad en su redacción, esta particularidad nos lleva a la interpretación semántica del enunciado. Al usar la conjunción “o”, nos presenta cierta disyuntiva, nos estamos refiriendo a una u otra, o ambas.

En palabras de Ligia Pérez<sup>31</sup>, “...En el caso del español, la conjunción “o” no es excluyente, por lo que no es necesario su uso.... Finaliza afirmando que: “...La conjunción “o” no es excluyente, de forma que puede indicar uno, otro o ambos (para indicar sólo uno u otro se emplea la fórmula «o... o...»). Por tanto, en general y/o es innecesario, y sólo si se considera que resulta imprescindible para evitar ambigüedades en contextos técnicos puede ser conveniente su uso...”.

Podemos concluir entonces que cuando el legislador se refiere a: *directa o indirectamente; con su intervención o en su nombre; interés o beneficio*, se está refiriendo que la figura puede presentar una de estas características, por ejemplo: *directamente*, o también puede indicar *indirectamente*, o ambas a la vez, no excluyéndose entre ellas. De igual manera deberá analizarse respecto a su *intervención o nombre, interés o beneficio*. Lo que ha quedado claro es que no se excluyen, pueden presentarse en forma individual o conjunta.

### **Art. 3. Responsabilidad Sucesiva**

Hasta aquí hemos analizado los artículos 1 y 2 de la ley, aquellos que fijan su objeto, alcance y responsabilidad. Además de lo aquí analizado el presente régimen también fija cual será la responsabilidad sucesiva (art. 3), dejando claramente establecida que la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente, por casos de transformación; fusión; absorción; escisión o cualquier otra modificación societaria. Esta responsabilidad penal subsiste para la persona jurídica cuando; de manera encubierta o meramente aparente; continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes; proveedores y empleados; o de la parte más relevante de todos ellos.

### **Art. 4 y 5. Acción Penal**

La ley además se refiere a cuestiones procesales, como ser el tratamiento de la Acción penal (art. 4) y fija que *La acción penal* contra las personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará

---

<sup>31</sup> Licenciada Ligia Pérez. Encargada de la sección Dudas del Idioma. Recuperado de: <https://educacion.ufm.edu/yo/>

la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica. Respecto de las personas jurídicas la acción penal prescribe a los seis años de la comisión del delito (art. 5).

### **Art. 6. Independencia de las acciones**

El Art. 6, se refiere a la *Independencia de las acciones*. Y se presenta innovador ya que reza: *La persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido; siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica*. Aquí se establece como regla que la responsabilidad del ente subsiste aun sin que se haya podido identificar o juzgar a la persona humana, demostrando que el presente régimen pretende subsumir todos los hechos consumados en su seno y trasladarlos a la responsabilidad del ente, ya que, sin su tolerancia, los mismos no podrían haberse cometido.

### **Art. 7. Las Penas**

El presente artículo establece las penas de multa, suspensión y disolución de las personas jurídicas privadas.

1. Multas que van de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; la Suspensión total o parcial de actividades; que en ningún caso podrá exceder de 10 años;
2. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado; que en ningún caso podrá exceder de 10 años;
3. Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito; o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
4. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
5. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

### **Art. 8. Graduación De La Pena**

Al referirse a la Graduación de la pena (art. 8) indica que *los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios; empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño; la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia*.

El mismo art. 8, en su segundo párrafo indica que *“se entenderá que hay reincidencia cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que quedará firme una sentencia condenatoria anterior”*.

Respecto a la continuidad de la empresa, el último párrafo del art. 8 dice: *Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad; o de una obra; o de un servicio en particular; no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2; y 4; del art. 7 de la presente ley. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta 5 años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo*. Se nota en este último párrafo, que el legislador si bien ha establecido las multas y penas en el art. 7, mantiene el principio que impera en las sociedades, que sostiene como premisa continuar con las actividades a efectos de no ocasionar pérdidas de puestos de trabajo, posibles convocatorias de acreedores, quiebras, etc.

## **Art. 9. Eximición de responsabilidad**

La ley también establece que la persona jurídica podrá quedar eximida de pena y responsabilidad administrativa (art. 9), si se dieran las siguientes circunstancias:

- a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los Art. s 22 y 23 de esta ley; con anterioridad al hecho del proceso; cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;
- c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

En este art. Podemos notar unos de los cambios medulares del régimen establecido, ya que se fija como regla, que ante un hecho delictivo el ente ideal podrá quedar eximido de pena, cuando se compruebe que ha implementado un sistema de control y supervisión de acuerdo a los art(s). 22 y 23, como así también se implementa como herramienta la auto-denuncia ante las autoridades judiciales, y se contemplan todas aquellas acciones de investigación interna que ha llevado a cabo desde su conocimiento. Otro supuesto es haber devuelto el beneficio indebido. Todos presupuestos que eximirían a la persona jurídica de pena en caso de comprobarse un hecho típico contemplado en la presente Ley.

## **Art. 10. Decomiso**

Respecto a los bienes producto del provecho de los beneficios indebidos, la Ley (art. 10) indica que se aplicaran las reglas del Decomiso del C.P. En nuestro CODIGO PENAL<sup>32</sup>, el decomiso está regulado en el art. 23 que dispone que *"El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer".* Y que, por otra parte, *"El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros".*

## **Art(s) 11, 12, 13,14 y 15. Sobre el proceso**

Al momento de regular las cuestiones procesales, la Ley lo establece en los art(s). 11, 12, 13,14 y 15, los cuales versan sobre: a) la situación procesal de la persona jurídica. b) las Notificaciones. c) La representación, d) La rebeldía. e) los Conflictos de intereses.

Respecto a la rebeldía, la ley dice: *El juez que disponga la rebeldía deberá informar dicha resolución a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales; a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia; a sus efectos. Además; deberá disponer de inmediato todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la oportuna continuación y finalidad del proceso; de conformidad con el último párrafo del Art. 23 del Código Penal.*

## **Art(s) 25, 26 y 27. Reincidencia, Competencia.**

Además, los art(s) 25, 26 y 27, se refieren al Registro Nacional de Reincidencia (donde serán registradas las sentencias condenatorias de las personas jurídicas privadas, respecto a los delitos previstos en la presente ley (art. 25), La Competencia. Indicando que el juez competente para entender en la

<sup>32</sup>

<https://www.argentina.gob.ar/justicia/bienessecuestrados/glosario#:~:text=En%20nuestro%20CODIGO%20PENAL%2C%20el,elementos%20inform%C3%A1ticos%2C%20t%C3%A9cnicos%20y%20de>

aplicación de penas a las personas jurídicas será el competente para entender en el delito por cuya comisión sea imputable la persona humana (art. 26) y el art. 27, fija que la aplicación de la presente ley es complementaria del Código Penal.

### **Art(s) 16, 17, 18, 19, 20 y 21. Sobre el Acuerdo de Colaboración Eficaz.**

Una de las grandes Innovaciones de la Ley, es sin dudas el “Acuerdo de Colaboración Eficaz” (art. 16). Que expresamente dice: *La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz; por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos; útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos; la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito; así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18 de la presente ley.*

Una de las particularidades del acuerdo, se refiere a que solamente podrá celebrarse el mismo “hasta la citación a juicio” (art. 16, ultimo párr.), lo cual nos estaría indicando que, la persona jurídica podrá celebrar el acuerdo, en el espacio temporal comprendido desde el inicio de la investigación penal preparatoria y hasta el requerimiento de elevación a juicio.

Asimismo, al referirse a la Confidencialidad de la negociación, el art. 17 dice: *La negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal; así como la información que se intercambie en el marco de ésta hasta la aprobación del acuerdo; tendrán carácter estrictamente confidencial; siendo su revelación pasible de aplicación de lo previsto en el Capítulo III; del Título V; del Libro Segundo del Código Penal.*

Por su parte el art. 18, hace mención al “Contenido del acuerdo”. La norma establece que *En el acuerdo se identificará el tipo de información; o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal; bajo las siguientes condiciones:*

- a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el Art. 7 inciso 1; de la presente ley; en rigor, de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener, el cual se efectivizara al momento de la presentación del acuerdo.
- b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y
- c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena (de acuerdo a lo normado por el art. 23 CP); Asimismo; podrán establecerse las siguientes condiciones; sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso:
- d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; (indemnizaciones, restituciones, compensaciones, etc.)
- e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad; referido a la responsabilidad social de las empresas.
- f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; surgen de los reglamentos internos, o en su defecto del Código de ética o normas establecidas por el art. 22 de la presente ley, en su caso.
- g) Implementar un programa de integridad en los términos de los Art. s 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente. Esta regla indica que podrían modificarse los reglamentos actuales o, ante la falta de un plan interno instituir uno en concordancia con lo establecido en esta ley.

La ley dice que *El acuerdo se realizará por escrito. Llevará la firma del representante legal de la persona jurídica; la de su defensor y del representante del Ministerio Público Fiscal; y será presentado ante el juez; quien evaluará la legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada; y decidirá su aprobación; observación o rechazo.* (Art. 19, Forma y control judicial del acuerdo de colaboración).

Rechazo del acuerdo (art. 20), Si el acuerdo de colaboración eficaz no prosperase o fuese rechazado por el juez; la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas judicialmente; excepto cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo.

El Control del cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz (art. 21). Dentro de un plazo no superior a 1 año; el Ministerio Público Fiscal o el juez corroborarán la verosimilitud y utilidad de la información que hubiera proporcionado la persona jurídica en cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz. Si se corroborare la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada; la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo; no pudiendo imponerse otras penas. En caso contrario; el juez dejará sin efecto el acuerdo y el proceso continuará de acuerdo a las reglas generales.

Se puede observar en esta novedosa herramienta, que la sentencia estaría condicionada a las pautas establecidas en el acuerdo, ya que, de comprobarse su verosimilitud, el juez está obligado a homologar el mismo. Caso contrario será rechazado.

### **Art(s) 22, 23 Y 24. Los Programas De Integridad.**

Dentro de las innovaciones que presenta la Ley, los Programas de Integridad se manifiestan como una novedad, los cuales son instituidos por el nuevo régimen. Para su fácil comprensión podríamos decir entonces que las personas jurídicas privadas podrán, -a priori-, establecer un programa de integridad para prevenir posibles delitos cometidos en su ámbito empresarial.

En tal sentido, la ley indica que: *Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones; mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad; supervisión y control; orientados a prevenir; detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley,* (art. 22) , asimismo indica el mencionado art. que *El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza; su dimensión y capacidad económica; de conformidad a lo que establezca la reglamentación (segundo párr art. 22).*

Dentro de las exigencias que impone la ley, se encuentran aquellas respecto al contenido del programa de integridad (art. 23), el cual indica que deberá contener; al menos los siguientes elementos:

- a) Un código de ética o de conducta; o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores; administradores y empleados; independientemente del cargo o función ejercidos; que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;
- b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios; en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;
- c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores; administradores y empleados.

El citado art. Además, ofrece la posibilidad de incluir en el mismo otros elementos de relevancia al momento de poner en análisis la eficacia del mismo, en tal sentido agrega que podrá contener los siguientes elementos:

- I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;
- II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;
- III. Los canales internos de denuncia de irregularidades; abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;
- IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias;

V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;

VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios; incluyendo proveedores; distribuidores; prestadores de servicios; agentes e intermediarios; al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;

VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones; para la verificación de irregularidades; de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;

VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;

IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo; coordinación y supervisión del Programa de Integridad;

X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional; provincial; municipal o comunal que rijan la actividad de la persona jurídica.

Como podemos apreciar, las opciones apuntan a reforzar el contenido del acuerdo y proporcionarle robustez al mismo, todo en función a procurar su eficacia por un lado y por el otro, a efectos de contar con mas elementos valorativos a la hora de analizar su puesta en marcha, su eficacia y control al momento de ser analizado por los órganos judiciales.

#### **Art. 24. Contrataciones con el Estado Nacional.**

Uno de los requisitos que fija la ley, refiere a que las personas jurídicas que pretenden contratar con el Estado Nacional, deberán poseer un Programa de Integridad (art. 24) conforme los Art(s) 22 y 23; en el marco de los contratos que:

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

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

#### **V. CONCLUSIÓN**

Es evidente que la republica argentina ha dado un gran paso respecto a la adecuación de su legislación interna referida a la lucha contra la corrupción, sancionando por primera vez un régimen penal tendiente a atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas que contratan con el estado.

Si bien es cierto que este avance era necesario, todavía se observan algunos grises en el sistema, algunas dificultades respecto a su aplicación formal en las empresas, ya que no todas poseen el tamaño suficiente como para implementar los programas de cumplimientos, y, además, la ley se presenta reciente, impidiendo realizar un balance respecto a su alcance.

En lo que se refiere a la ley en análisis, algunos especialistas indican que la misma deberá tomarse como transitoria, ya que el presente régimen podrá sufrir ciertas modificaciones en lo sucesivo. Todo lo cual se verá reflejado a medida que los tribunales vayan resolviendo situaciones concretas.

Al momento de analizar los institutos con los cuales el estado nacional enfrenta la corrupción, podemos mencionar que la ley 27.401 se presenta débil e insuficiente. Asimismo, se observa desde los órganos del estado un desinterés respecto a la persecución y sanción de los delitos corporativos, evidenciando claramente que la lucha contra la corrupción debe ser una decisión estatal y no una discusión normativa.

**(\*) Abogado.**

Diplomado en Derecho Penal.

Diplomado en Derecho Procesal Penal.

Litigante en Derecho Penal, Penal Económico y Derecho Empresario.

Maestrando en Derecho Empresario UBP (Tesis pendiente)

Martillero y Corredor Publico.

[abogado.gustavocuellar@gmail.com](mailto:abogado.gustavocuellar@gmail.com) / Córdoba Capital. Argentina / Tel. 0351-152899699