

COMPLIANCE, ANTICORRUPCIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA

SUPLEMENTO ESPECIAL

MAYO 2018

Directores: **NICOLÁS DURRIEU** y **RAÚL R. SACCANI**



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMPLIANCE,
ANTICORRUPCIÓN
Y RESPONSABILIDAD
PENAL EMPRESARIA

Directores: NICOLÁS DURRIEU y RAÚL R. SACCANI



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

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.

496 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3604-4

1. 1. Lucha Contra la Corrupción. 2. Responsabilidad Penal de los Directivos de Empresas. I. González Guerra, Carlos M. II. Saccani, Raúl Ricardo, dir. III. Durrieu, Nicolás, dir.

CDD 345

Copyright © 2018 by La Ley S.A.

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Tirada: 6000

Responsabilidad penal empresaria y sistema procesal acusatorio

POR AGUSTÍN CARRARA (*) Y ALEJANDRA FREIRE (**)

I. Introducción

En materia de justicia penal en Argentina y en la región, en las últimas décadas pueden detectarse dos avances normativos distintos pero vinculados. Por un lado, se han generado leyes y otro tipo de normas que pretenden aumentar la eficiencia en la prevención y persecución de la corrupción y la criminalidad económica y compleja. La ley 27.401 es un ejemplo de esto.

Por otra parte, las provincias argentinas y los países de América Latina han comprendido la necesidad de avanzar en procesos de reforma de sus sistemas de justicia penal. Los sistemas “inquisitivos” o “mixtos”, centrados en torno a la construcción de un expediente y la noción del “trámite”, se han mostrado brutalmente inadecuados tanto para proteger las garantías de las personas investigadas como para lograr una eficiencia político criminal que permita reducir la impunidad. En este sentido, los Estados han implementado sistemas de corte acusatorio y adversarial; esto, a nivel normativo, tuvo como eje central la sanción de nuevos Códigos Procesales Penales y otras leyes complementarias,

como ocurrió para la justicia federal argentina entre 2014 y 2015.

En este artículo, elaboraremos algunas propuestas para pensar las vinculaciones posibles entre estos dos grupos de avances normativos que se dieron durante las últimas décadas en la región. ¿Cómo abordar la responsabilidad penal empresaria desde un sistema penal acusatorio? ¿Cómo se vincula este sistema procesal con la persecución de la criminalidad económica en general? Y ¿cómo se conecta la responsabilidad penal empresaria no solo con un nuevo sistema procesal sino con una organización moderna de la persecución penal estatal?

II. Qué implica el sistema acusatorio y por qué es relevante para la ley 27.401

Existen desarrollos doctrinarios profundos en torno a qué puede entenderse por “sistema acusatorio y adversarial” y por “sistema inquisitivo” (1). Aquí, solo nos limitaremos a señalar algunas características básicas que luego retomaremos en el resto de este trabajo.

(*) Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Director Ejecutivo del CIPCE. Asesor en el Congreso de la Nación Argentina.

(**) Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CIPCE. Se ha desempeñado como asesora del Directorio del Banco Central de la República Argentina, en las unidades de transparencia del Ministerio de Defensa y de la Dirección General de Fabricaciones Militares, entre otros organismos.

(1) Al respecto, pueden consultarse, entre otros: LANGER, Máximo, “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”, en *Revista de Derecho Público* de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, nro. 32, 2014; y HAZAN, Luciano, “La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal”, en ANITUA, G. I. y TEDESCO, I. (compiladores), *La cultura penal: Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

En primer lugar, el sistema penal acusatorio se estructura en torno a una clara división de roles: la investigación se encuentra a cargo de los/as fiscales, mientras que los jueces y juezas se encargan de juzgar. Esto, que parece tan simple, rompe drásticamente con la dinámica de funcionamiento propia de los sistemas inquisitivos, en los que existe un juez de instrucción que concentra las dos funciones (como aún ocurre hoy en la justicia federal).

La separación de funciones fue una de las primeras ideas que conformaron las agendas de reforma en los procesos de reinstalación de regímenes democráticos a mediados de los años 80. Constituyó la crítica básica a los sistemas inquisitivos: no se puede construir un sistema democrático concentrando funciones en una sola persona. Esto atenta contra la imparcialidad del juez y la protección de las garantías del acusado/a, al mismo tiempo que afecta la eficacia de la política criminal.

La realidad de los procesos de reforma ha demostrado que si bien este cambio es fundamental, no es suficiente. Se necesita modificar la dinámica de trabajo, reformando el modelo de investigación y enjuiciamiento. De lo contrario, la práctica de la investigación penal continúa siendo la misma, con la única diferencia de que el juez deja de juntar los papeles para que pase a juntarlos el fiscal (2).

Por esta última razón, en un segundo momento de los procesos de reforma aparecieron nuevas demandas. Se hizo evidente que la separación de la función requirente y la decisoria no alcanzaba para lograr el cambio que se pretendía en los sistemas de justicia penal. Así, se introdujeron otras modificaciones, dentro de las cuales se destaca el establecimiento de la oralidad como metodología de trabajo en todas las instancias (3). Esto implica, fundamentalmente, la eliminación del expediente. En nuestra justicia federal, el expediente constituye la

principal —y prácticamente la única— fuente de información para la toma de decisiones.

Al eliminar el expediente, los sistemas acusatorios han desformalizado la investigación. Las audiencias orales se transforman en la única instancia de producción y depuración de información de alta calidad. El cambio es trascendental y redundante a su vez en una significativa reducción de la duración de los procesos y en una verdadera publicidad y transparencia del proceso penal.

También se transforma el rol de las partes: el imputado deja de ser visto como un objeto de prueba para ser tratado como un sujeto de derechos, mientras que a la víctima —tradicionalmente excluida e invisibilizada— se le asigna un lugar fundamental y se le facilita una participación activa en el proceso.

Desde luego, de ningún modo se agotan aquí los ejes esenciales de un sistema acusatorio. Estos son tan solo algunos de los puntos fundamentales a tener en cuenta para entender este cambio de paradigma. Hemos hecho una introducción puntualmente a las cuestiones más útiles para el desarrollo que haremos en los párrafos sucesivos, vinculado a la prevención y persecución de la criminalidad económica y de la empresa.

¿Por qué al analizar la ley de responsabilidad penal empresaria es importante conocer el funcionamiento de los sistemas acusatorios? Básicamente, por dos razones.

La primera es que las normas penales de fondo de la ley ya se encuentran vigentes para todas las provincias (4). Esas normas de fondo abarcan una serie de delitos de los cuales tan solo uno de ellos es de competencia federal (el cohecho transnacional, del art. 258 bis del Cód. Penal). El resto de los delitos de corrupción incluidos en la ley pueden ser juzgados por la justicia provincial o federal, según el caso.

(2) GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial: de la instrucción a la investigación penal*, Del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

(3) RÚA, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

(4) A diferencia de otras normas que necesitan la adhesión de cada Provincia a través de la sanción de una ley. Puntualmente, nos referimos a la exigencia de contar con un programa de integridad para poder participar en ciertas contrataciones públicas.

Por otra parte, como decíamos previamente, en nuestro país han sido las provincias quienes tomaron la delantera en la implementación de sistemas de justicia penal modernos. De este modo, a partir de la entrada en vigencia de la ley, un delito de corrupción de competencia provincial cometido por una persona jurídica puede ser investigado y juzgado en un sistema penal acusatorio (lo cual dependerá de la provincia en cuestión).

La segunda razón se vincula con la reforma procesal penal de la justicia federal. Actualmente, en la justicia federal rige un sistema llamado “mixto”, que en verdad se trata de un inquisitivo morigerado o reformado. Sin embargo, desde 2014 se encuentra sancionado el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) y desde 2015 sus leyes complementarias. Se prevé que, finalmente, este año comience su implementación gradual en algunas jurisdicciones. Cuando esto ocurra, un caso tal como el soborno pagado por una persona jurídica a un funcionario del Gobierno Nacional también podrá ser investigado y juzgado en un sistema acusatorio.

III. Sistema acusatorio y responsabilidad penal empresaria

El abordaje de la criminalidad económica desde un sistema acusatorio tiene ciertas particularidades, las cuales abordaremos en la sección cuarta de este artículo. Sin embargo, al margen de que estas cuestiones generales son aplicables a los casos en los que se pretenda atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica en virtud de la ley 27.401, creemos que existe un desafío específico que merece ser analizado: la elaboración de una teoría del caso que gire en torno a un modelo de atribución de la responsabilidad centrado en el “beneficio” generado para la persona jurídica.

En la primera versión del proyecto de ley (enviada al Congreso desde el Poder Ejecutivo), la redacción preveía que las personas jurídicas serían responsables solamente “cuando la comisión del delito fuere consecuencia de un control y supervisión inadecuados por parte de éstas” (antiguo art. 3°). A su vez, el mismo artículo establecía que dicho control y supervisión serían considerados adecuados cuando, “con an-

terioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiera implementado un programa de integridad” en los términos que el proyecto describe.

Estos programas de integridad a los que la ley refiere son, en esencia, los programas de *compliance* que proliferan a nivel mundial en materia de prevención del lavado de activos y otros delitos. Se trata de mecanismos y dispositivos implementados por las propias empresas, básicamente a los fines de cumplir con las diversas normativas existentes y de prevenir y detectar fraudes cometidos por sus empleados y directivos. Se componen de códigos de ética, líneas de denuncia, capacitaciones internas, mecanismos de supervisión, entre otros elementos.

Así, los programas de *compliance* se convirtieron en la primera válvula de escape que este proyecto de ley garantizó a las empresas. Al actuar como criterio eximente de la responsabilidad, esto aseguraba que las personas jurídicas pudieran evitar cualquier sanción penal con solo contar con un programa de este tipo (5).

La legislación argentina que recepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas suele hablar de hechos cometidos “en nombre” de la empresa, “en su beneficio” o “con su intervención”. Sin embargo, este proyecto se apartó de esta redacción sin dar fundamentos y optó por receptar el modelo de déficit de organización: la empresa sólo sería responsable cuando se demostrara que había existido un control y supervisión inadecuados, los cuales a su vez se definirían por la inexistencia de un programa de “integridad”.

El modelo adoptado por los redactores del proyecto evidencia cómo entienden el problema de la corrupción empresarial. Aquí, se instala la lógica del “empleado infiel”: se trataría de fraudes internos, cometidos por empleados que aislada e individualmente deciden cometer delitos, frente a una empresa que —en el peor de los casos— no hizo todo lo que podría haber hecho para prevenir esto.

(5) CARRARA, Agustín, “Responsabilidad penal empresaria: ejes fundamentales del proyecto de ley”, en Rubinzal Culzoni doctrina online, cita RC D 1524/2017, 11 de septiembre de 2017.

Esta visión se centra en los casos menos significativos de corrupción empresarial. Oculta que, en verdad, este fenómeno criminal abarca al delito como decisión de gestión empresarial. Se trata de la corrupción como modelo de negocios de la empresa. De hecho, los estándares de *compliance* se han desarrollado a nivel internacional al ritmo de las propias empresas, que eligen —y exigen— ser juzgadas en base a esos criterios, por ser los que les resultan más convenientes.

Luego de que desde diversos sectores participáramos en las reuniones de diputados explicando nuestras opiniones sobre el proyecto, la mayoría del arco político concluyó que resultaba más conveniente quitar a los programas de *compliance* como criterio eximente de la responsabilidad. Finalmente, se terminó receptando un modelo de atribución de responsabilidad penal similar a las normas ya vigentes en nuestro ordenamiento: las personas jurídicas serán responsables por los delitos realizados “directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio” (art. 2°). La relevancia de esto para un/a fiscal que debe investigar y litigar un caso contra una persona jurídica es inmensa, y se refleja en la elaboración de la teoría del caso.

Lejos de reducirse a “nuestra versión de los hechos”, aquí tomaremos a la teoría del caso como una metodología de trabajo que debe guiar al litigante durante toda su labor en el proceso penal (6). Moreno Holman la define como el “conjunto de actividades que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarlo ante un tribunal para ser conocido en un real o hipotético juicio oral” (7). La teoría del caso deviene así una condición indispensable para la acción estratégica, brindando “un esquema de trabajo que nos permita manejar hechos, derecho y prueba en un formato amigable con la litigación oral” (8).

(6) CARRARA, Agustín, “Litigación oral de delitos económicos: algunos desafíos para la persecución penal”, en Rubinzal Culzoni doctrina online, cita RC D 696/2017, abril de 2017.

(7) MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, 1ª ed. 3ª reimp., Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, p. 28.

(8) LORENZO, Leticia, *Manual de litigación*, 1ª ed., 3ª reimp., Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014, p. 132.

La investigación y el litigio serios y responsables requieren la elaboración meticulosa de una teoría del caso. En la realidad actual de la justicia criminal federal, incluso los mejores operadores y operadoras del sistema no suelen recibir una capacitación adecuada en este sentido. Por esta razón, su trabajo tiene una fuerte impronta “intuitiva”: la investigación y litigación del caso se conducen por ciertos rumbos que se asumen apropiados en base a la experiencia de los/as funcionarios/as y empleados/as. Sin desmerecer la importancia de la intuición, la planificación minuciosa de una teoría del caso implica adoptar una dinámica de trabajo estructurada y sistematizada.

Sus componentes fundamentales son el relato de los hechos, la teoría jurídica, la teoría fáctica y la teoría probatoria. Sin embargo, el manejo preciso de la relación entre hechos, derecho y prueba sigue siendo una deuda pendiente para la gran mayoría de los profesionales del derecho.

Veamos cómo aplica esto a los casos de responsabilidad penal empresarial por delitos de corrupción. Como decíamos, las personas jurídicas serán responsables por los hechos realizados “directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”. Esto pertenece a la teoría jurídica. Por ende, es necesario conectarlo con los hechos del caso. Para eso, deben generarse proposiciones fácticas (afirmaciones de hecho) que demuestren de manera concreta cómo es que en el caso en cuestión los hechos encuadran en alguna de esas categorías. Esto es lo que permite conectar lo abstracto de la norma con lo específico del caso. A su vez, esas afirmaciones de hecho deben ser probadas. En ese sentido, la gran pregunta que deberán hacerse los/as fiscales es “¿qué pruebas necesito para acreditar cuáles proposiciones fácticas que demuestren que los hechos han sido cometidos directa o indirectamente con la intervención de la persona jurídica o en su nombre, interés o beneficio?”

La contracara de esto se encuentra en el párrafo tercero del mismo artículo segundo de la ley: “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". Aquí, la cuestión se centra con mayor fuerza en la existencia o no de un beneficio para la persona jurídica. Éste termina siendo el factor decisivo. Por ende, la pregunta que hicimos previamente podría reformularse de la siguiente manera: "¿qué pruebas necesito para acreditar cuáles proposiciones fácticas que demuestren (con certeza más allá de toda duda razonable) que los hechos han beneficiado directa o indirectamente a la persona jurídica?"

Si la investigación y la litigación giran en torno a la teoría del caso, ambas girarán entonces en torno a esta pregunta, entre otras. Desde luego, esta exigencia también existe en un sistema de justicia que no sea acusatorio. La diferencia es que este último transparenta y expone de otra manera el desempeño de las partes. En un buen sistema acusatorio, un/a fiscal que no pueda responder a la pregunta formulada no podrá lograr nunca una condena a la persona jurídica.

IV. Criminalidad económica y sistema acusatorio

La implementación de un sistema acusatorio acarrea diversas ventajas en materia de persecución de la criminalidad económica en general (no solo de la responsabilidad penal empresarial) (9). Desde luego, estas potenciales ventajas implican desafíos actuales para los/as operadores judiciales acostumbrados a una determinada dinámica de trabajo.

La división de roles entre jueces/zas y fiscales pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la conducción de la investigación, y en sentido más amplio la definición de la política de persecución penal. En este sentido, en los últimos años los Ministerios Públicos del país han comenzado a desarrollar ciertas estructuras que pretenden aumentar la eficiencia en la persecución de la delincuencia económica (unidades fiscales especializadas en criminalidad económica, unidades de asistencia técnica en materia de recupero de activos, unidades de análisis criminal, entre otras).

A su vez, los/as fiscales deben aprender a conducir una investigación en el marco de un

sistema que ya no gira en torno a un expediente: como hemos señalado, la audiencia oral pasa a ser la única metodología de toma de decisiones. La investigación desformalizada aporta notorias ventajas en el marco de procesos en los cuales es necesario reunir y procesar grandes volúmenes de información.

Este cambio de dinámica genera varias consecuencias, algunas de las cuales ya hemos señalado. Otro efecto que merece ser destacado es la transformación en el sistema de asignación de "prestigio" a los abogados y abogadas. Ahora, el/la mejor abogado/a no será quien ejerza una mayor capacidad de *lobby* en los Tribunales y/o quien escriba cientos de páginas, sino que los profesionales del derecho deberán convertirse en litigantes que sepan planificar su caso y litigarlo en audiencias.

En materia de recupero de activos, la fase de identificación y localización de los bienes puede verse potenciada por la existencia de una investigación desformalizada y ágil. Asimismo, la etapa de aseguramiento de los bienes a través de medidas cautelares también registraría una mayor eficiencia. Por un lado, las cautelares serían solicitadas por fiscales de manera estratégica, en base a su teoría del caso. La discusión en audiencia oral también permitiría una mayor transparencia en cuanto a la forma de administración de esos bienes, que actualmente goza de una opacidad preocupante. Asimismo, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 275, prevé formas de decomiso de bienes sin condena más amplias que las reguladas actualmente.

Otro factor en el cual un sistema acusatorio puede incidir notoriamente es la duración de los procesos. Diversos relevamientos de causas por corrupción y delincuencia económica han arrojado promedios de duración superiores a una década (10). Los sistemas acusatorios no solo son más ágiles sino que además establecen plazos máximos para las diversas etapas del proceso, cuyo incumplimiento puede acarrear distintas consecuencias. A su vez, los códigos procesal penales modernos suelen prever la po-

(9) Al respecto, véase CARRARA, Agustín, "Reforma procesal penal y criminalidad económica", revista *En Letra*, nro. 3, 01/03/2015, ps. 195-225.

(10) CARRARA, Agustín, "Reforma procesal penal...", cit., ps. 199 a 203.

sibilidad de ampliar estos plazos frente a casos complejos.

Desde luego, estos no son todos los impactos que un sistema acusatorio y adversarial puede tener en la persecución de la criminalidad económica, sino tan solo algunos de los principales.

V. Organización moderna de la persecución penal estatal. El rol del Ministerio Público Fiscal frente a la criminalidad de la empresa

La implementación de sistemas acusatorios no es una cuestión meramente procesal, sino que se encuentra íntimamente vinculada a la transformación del modo en que funciona la justicia penal. En ese sentido, las reformas de los sistemas de justicia penal en América Latina han atravesado distintas “generaciones” de problemas. Uno de los temas centrales en la discusión actual se vincula con la capacidad de desarrollar una persecución penal estratégica, con el Ministerio Público Fiscal a la cabeza.

En este punto, el foco se pone en la necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico, teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolla (social, económico, organizacional, entre otros) y haciéndose cargo de los efectos y las consecuencias que genera en cuanto al logro de objetivos político criminales (11). Se busca “integrar el trabajo de los fiscales en el marco de una estrategia global de comprensión de una forma específica de criminalidad” (12). Se trata de superar la lógica del “caso a caso”, brutalmente ineficiente para enfrentar fenómenos complejos de criminalidad. Superando la visión centrada en casos y personas, el Ministerio Público puede —y debe— poner su atención en las regularidades y estructuras sociales. A su vez, la idea de persecución penal estratégica suele complementarse con otros calificativos como “inteligente” y “comunitaria”, en los que no profundizaremos aquí.

(11) BINDER, Alberto M., “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en BENAVIDES VANEGAS, F., BINDER, A. y VILLADIEGO BURBANO, C., *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bogotá, p. 96.

(12) BINDER, Alberto M., *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 272.

Todo esto implica, en definitiva, no pensar a la responsabilidad penal empresaria desde el funcionamiento actual de Comodoro Py. La criminalidad de la empresa y la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a personas jurídicas deben abordarse desde la perspectiva de sistemas de justicia que funcionan de una manera radicalmente distinta. Esto puede plasmarse en diversos ejes de discusión, de los cuales aquí recogeremos tan solo tres.

V.1. Análisis de fenómenos criminales

Un Ministerio Público Fiscal proactivo, que pretenda dar respuesta a fenómenos complejos de criminalidad, debe ser capaz de analizar cómo se configuran los mercados criminales y qué transformaciones se van desarrollando en ellos.

En este sentido, cabe resaltar que si bien la ley 27.401 entró en vigencia el 1 de marzo de 2018, de un reciente relevamiento surge que solo el 23% de las empresas han implementado el programa de integridad exigido por la ley, el 40% lo está desarrollando y el 37% no ha comenzado a desarrollarlo (13).

La ley de responsabilidad penal empresaria establece una iniciativa novedosa tanto a nivel nacional como internacional, al legislar específicamente en el art. 24 la obligatoriedad del desarrollo e implementación del programa de integridad para un grupo de proveedores del Estado Nacional. Se trata, puntualmente, de aquellos que participen en contrataciones públicas que de acuerdo a la normativa vigente tengan que ser aprobadas por la autoridad competente con rango no menor a ministro (14).

(13) Los datos surgen de una encuesta realizada por KPMG “a 75 referentes corporativos que cuentan con responsabilidades en las áreas de *Compliance*, Auditoría Interna y Legal, de los sectores industrial, financiero, servicios, consumo masivo, entre otros”. “Ley de Responsabilidad Penal Empresaria ¿Están las empresas argentinas preparadas para hacer frente a esta Ley?” KPMG 2018. Recuperado de <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ar/pdf/eventos/kpmg-ley-reponsabilidad-penal-empresaria.pdf> (17/04/18).

(14) En la actualidad según el Anexo al art. 9º dec. 1030/2016 es desde 50 millones de pesos cuando se trate de licitaciones y concursos públicos y privados y

Por el momento, esa exigencia rige solamente a nivel nacional, ya que la ley se refiere a las contrataciones que se rijan por la normativa nacional en cuanto a adquisición de suministros, alquileres, servicios, obras públicas, concesiones de obras públicas, contrataciones de participación público privada y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos. Las jurisdicciones locales fueron invitadas a adherirse a la ley e implementar un mecanismo similar; sin embargo, con otras normas la experiencia ha demostrado escasas adhesiones (ley de desarmaderos y la ley de estufefacientes, entre otras).

Un Ministerio Público Fiscal atento a la variación de los fenómenos criminales debería tener en cuenta que esto podría derivar en la siguiente situación: una empresa proveedora del Estado Nacional podría evaluar la posibilidad de no presentarse a cotizar en contrataciones nacionales a los efectos de no tener que cumplir con los elementos obligatorios que la ley le impone en relación al plan de integridad. De este modo, la empresa podría optar por seguir participando (o empezar a hacerlo) en contratación en jurisdicciones donde la regulación sea más laxa y por ende disminuyan los controles en materia de corrupción.

Esto se debe a que una norma penal ha impuesto a la Administración Pública Nacional una condición adicional para llevar adelante contrataciones públicas. Los organismos públicos deben empezar a incluir en los pliegos de condiciones —como requisito para la suscripción del contrato— un apartado que exija “acreditar la implementación del programa de integridad exigido por los arts. 22 y 23 de la ley 27.401” (15). También puede establecerse, en el capítulo de declaraciones a las que están obligados los posibles oferentes, que “el contratista PPP declara que ha implementado un

subastas públicas y desde 30 millones de pesos cuando se trate de compulsas abreviadas y adjudicación simple.

(15) Esa cláusula se observa en el pliego de la Red de Expresos Regionales Proyecto de Participación Público Privada Etapa 1 – Contrato 1: “Estación Central Roca y túneles desde Calle Estados Unidos hasta Avenida Del Libertador”. <https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/Pre%20Pliego%20de%20Bases%20y%20Condiciones%20Generales.pdf> (17/04/18).

Programa de Integridad de conformidad con lo establecido en la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y que cumplirá con las obligaciones previstas en dicha ley al respecto” (16). Sin embargo, los pliegos no han establecido la forma en la que deberá acreditarse el programa de integridad y su adecuada implementación.

Un mes después de la entrada en vigencia de la ley se publicó el dec. 277/2018, que reglamenta solo lo relativo a los arts. 22 y 23 de la ley sobre el plan de integridad y su contenido. En 3 artículos, este decreto establece que la Oficina Anticorrupción dictará los lineamientos y guías necesarios para el mejor cumplimiento de los arts. 22 y 23. Afirma también que las contrataciones públicas en las que será obligatorio contar con un plan de integridad son aquellas cuyo monto sea mayor a 50 millones de pesos (anexo al art. 9º dec. 1030/2016) y que “el organismo que realice la convocatoria” dispondrá “en cada proceso de contratación” cuál será la forma en la que se deberá acreditar la existencia del plan de integridad. Es decir, si cada uno de estos organismos lo estima suficiente, el plan de integridad podría acreditarse simplemente mediante una declaración jurada. Nuevamente, corresponderá al Ministerio Público analizar cómo esto repercute sobre la dinámica del fenómeno criminal.

V.2. Visión integral de la política criminal

Una visión integral de la política criminal le permite al Ministerio Público recurrir a diverso tipo de medidas para incidir sobre un fenómeno criminal. Lejos de limitarse a la aplicación de una pena en el marco de una causa judicial, el Ministerio Público puede asumir un rol proactivo que implique la interacción y coordinación con otros organismos que pueden tener una intervención relevante en el problema. Un ejemplo podría ser en relación con el Congreso o con organismos del Ejecutivo para restringir las contrataciones con empresas que hayan recibido diverso tipo de sanciones por

(16) Proyecto Red de autopistas y rutas seguras PPP - Etapa 1 Contrato PPP ley 27.328 entre la Dirección Nacional de Vialidad como Ente Contratante y el contratista. https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/RARS-PPP_RARS_Contrato_PPP.pdfv (17/04/18).

casos de corrupción, y/o que no cuenten con programas de integridad, y/o que no cumplan otras exigencias. Desde luego, estas medidas no implican la desaparición del fenómeno criminal, pero sí pueden incidir sobre su control y reducción.

A nivel internacional se encuentran antecedentes respecto de la prohibición a las Administraciones Públicas de contratar con empresas que hayan participado en organizaciones criminales y/o en causas de corrupción y hayan sido sancionadas. Esto se suele regular en la normativa específica sobre contrataciones públicas, a diferencia de la opción adoptada por el Estado argentino (que lo hizo a través de la ley de responsabilidad penal empresarial). Por ejemplo, se puede mencionar la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 que en su art. 57, inc. 1º apartado b) establece que un operador económico será excluido de la participación en un procedimiento de contratación si cuenta con una condena firme por hechos de corrupción. En el inc. 6º del mismo artículo establece una especie de antecedente de *compliance* en materia de contrataciones públicas al disponer que el proveedor que se encuentre en alguna de las causales de exclusión puede “presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. [...] el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas”.

En ese mismo sentido, la ley española 9/2017 (8/11/2017) sobre contrataciones del sector público, en su art. 72.5 —que entró en vigencia el 9 de marzo de 2018— establece que la prohibición de contratar no se aplicará cuando se demuestre el pago de multas e indemnizaciones dispuestas por sanciones administrativas y que se han adoptado las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administra-

tivas. Pero sí se aplicará la prohibición cuando el oferente haya sido condenado por sentencia firme por delitos de terrorismo, corrupción, medio ambiente y contra los trabajadores.

En Perú se observa una legislación similar en el Decreto Supremo por el que se aprobó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción de ese país 092-2017-PCM.

De este modo, al margen de que los Parlamentos y los Poderes Ejecutivos pueden recurrir por motivación propia a la sanción de este tipo de normas, el Ministerio Público puede implementar políticas coordinadas con estos Poderes (y con otros organismos públicos o privados) a los fines de desarrollar un abanico de medidas más amplio —y en ocasiones, más eficiente— que la persecución penal de un caso concreto y la correspondiente aplicación de una pena.

V.3. Posicionamiento estratégico del Ministerio Público

“En el *paradigma tradicional*, los fiscales aparecen posicionados en su rol desde una cierta postura de neutralidad. Así, el conocimiento de la ley y de los hechos del caso los debiera llevar por un camino progresivo que se define solo a partir de esos elementos hasta el resultado final, el cual en principio les debiera resultar indiferente. En esta lógica, el resultado del caso no es producto de un posicionamiento estratégico de la persecución penal, sino una consecuencia casi automática del camino preestablecido por la ley y que el fiscal está simplemente llamado a ejecutar.

Este escenario cambia en la lógica de un sistema acusatorio o adversarial. Puestos los fiscales a decidir sobre el curso de los casos y enfrentados a una litigación competitiva, su posición frente a ellos pasa en cambio a ser estratégica. Esto es, el fiscal se comporta a partir de decisiones que ha tomado y objetivos que se ha trazado con el fin de que en el proceso judicial se obtengan resultados consistentes con esas decisiones y objetivos” (17).

(17) CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, 2005, p. 64. Consultado en <http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/desafiosministeriopublico/index.html> (17/04/18).

Esta descripción presentada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas puede llevarse incluso a otro nivel: no solo el plano de acción del fiscal individual en su caso concreto, sino el nivel del Ministerio Público posicionándose estratégicamente frente a un fenómeno criminal. Esto cobra una importancia radical si se tiene en cuenta que es esta institución la que debe definir y ejecutar la política de persecución penal.

Una forma de posicionamiento estratégico es la que se observa en la interpretación de ciertas normas jurídicas. En el caso puntual de la ley de responsabilidad penal empresaria, esto puede reflejarse en diversas cuestiones, de las cuales abordaremos dos: cómo se debe aplicar la responsabilidad penal empresaria frente a las Uniones Transitorias de Empresas y cómo aplicar la sanción de disolución de la persona jurídica.

V.3.1. El caso de las uniones transitorias de empresas (UTE)

Tanto en nuestro país como a nivel internacional, generalmente en las contrataciones de obras públicas de grandes montos se presentan UTEs, a los efectos de realizar una obra o servicio concreto que de otro modo no podrían realizar las empresas por separado. A través de esta asociación, cada una de las empresas aportará la financiación, los equipos, las instalaciones o la mano de obra que son necesarios para la realización del objeto del contrato.

Cabe preguntarse entonces cómo debería actuar el Ministerio Público Fiscal en los casos en que las contrataciones del sector público sean adjudicadas a uniones transitorias de empresas y en el marco del adjudicación y desarrollo de la contratación se produzca uno de los delitos abarcados por la ley de responsabilidad penal empresaria.

Por un lado, hemos dicho que el artículo segundo de la ley establece que las personas jurídicas serán responsables por los delitos que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. En este sentido, los hechos realizados a través de una UTE quedarían comprendidos por la letra de la ley.

Por otra parte, las UTEs no son personas jurídicas. Así, por ejemplo, el Ministerio Público Fiscal podría celebrar un acuerdo de colaboración eficaz (art. 16 y ss.) con las empresas que componen la UTE, pero no con la UTE en sí misma.

Una de las condiciones del acuerdo de colaboración eficaz es el pago de una multa equivalente al “beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener” (arts. 7º y 18). El cálculo del “beneficio indebido obtenido” puede presentar problemas en un gran número de casos. Estas complejidades pueden potenciarse en hechos que involucren a UTEs: ¿debe tomarse en consideración el beneficio que obtuvieron o podrían haber obtenido como unión de empresas? ¿O como cada empresa individual? ¿La unión en sí misma implicó un beneficio al permitir la adjudicación de la contratación? Esto a su vez repercutirá sobre el recupero de activos, determinando qué bienes deberían decomisarse (y por ende también cautelarse). Las UTEs se encuentran reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en los arts. 1463 a 1469. Ahí se establece, entre otras cuestiones, que el contrato debe indicar cuál es el objeto, las actividades y los medios que se utilizarán para la realización del mismo. En cuanto a la duración, se establece que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituya el objeto, aunque en general los pliegos solicitan que en los casos en los que se presenten uniones transitorias la duración del contrato sea mayor al tiempo en el que se estipula que va a concluirse la obra o servicio. Las UTEs deben constituir un domicilio especial, indicar las obligaciones asumidas, cuáles son las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes, indicar la metodología de participación de las partes en la distribución de los ingresos y gastos de la unión y llevar sus libros contables.

Estas características dotan a la UTE de cierta independencia respecto de las empresas que las constituyen, la cual podría ser aprovechada para realizar alguna de las conductas ilícitas que indica la ley, ya sea en beneficio de la UTE misma, de cada una de las empresas o de alguna de las empresas que la componen.

En estos casos, aunque una UTE no pueda ser sancionada en el marco de la ley de responsabi-

alidad penal empresaria (por no contar con personería jurídica propia), la Oficina Anticorrupción tiene como competencias la elaboración de programas de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la gestión pública y el asesoramiento a los organismos del Estado para implementar políticas o programas preventivos de hechos de corrupción (dec. 102/99). Por ende, la OA se encuentra facultada para proponer la elaboración e implementación de un plan de integridad para poder contratar con el Estado en los casos de que se presente una unión transitoria de empresas. Esto es particularmente importante si se tiene en cuenta que en la mayoría de los contratos a los que hace referencia la legislación se presentan UTEs. Por ende, el Ministerio Público Fiscal debería considerar la posibilidad de articular con la OA en este sentido.

A su vez, en cuanto a la identificación de las UTEs, la normativa de la Unidad de Información Financiera establece que los sujetos obligados deben tener los mismos recaudos indicados para las personas jurídicas (18). De este modo, vemos que en materia de prevención del lavado de activos se han empezado a tomar mayores recaudos respecto de este tipo de asociaciones de empresas que pueden ser utilizadas como vehículo para cometer delitos.

Si se analiza el caso Odebrecht, se verá que en relación a los sobornos pagados en Argentina la empresa participó en contratos de obra pública mayoritariamente a través de este mecanismo de unión transitoria con otras empresas. Por su parte, Odebrecht cuenta con un programa de integridad, un código de conducta y una línea de denuncias (entre otros elementos) a los que se puede acceder desde su página web; sin embargo, nada de esto evitó que la empresa desplegara sistemáticamente un accionar criminal, pagando sobornos en más de 40 países para la obtención de adjudicaciones de obra pública.

En nuestro país, una vez que empezó a tomar estado público la investigación en Brasil, las UTEs que integraba Odebrecht empezaron a reorganizarse; en varios casos, se reportó la separación de la empresa de la UTE confor-

mada (19). Es interesante señalar que en sede administrativa se ha producido un avance en el sentido señalado, ya que la Inspección General de Justicia puso el ojo en analizar los balances de todas las UTEs en las que participó Odebrecht para conocer la situación en las que se encuentran las uniones, más allá de las empresas que las conforman (20).

Finalmente, con relación a este tema cabe señalar que la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado de España (21) sobre la responsabilidad de las personas jurídicas (conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la ley orgánica 1/2015) ha puesto en discusión la doble vía sancionadora que existe en su legislación con respecto a las personas jurídicas y los entes colectivos que no tienen personalidad jurídica propia. Esto se ha hecho sosteniendo que en la actualidad la distinción entre una y otra categoría resulta irrelevante, teniendo en cuenta que la realidad de la vida de los negocios —tanto legales como ilegales— ha cambiado. Allí se señala que existen otros criterios de imputación más importantes, “como el de unidad económica, seguido en materia tributaria para determinar los grupos de empresas o el de la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo”. De esta manera se evitaría que las UTEs y otros entes colectivos que no cuentan con personalidad jurídica propia queden afuera de la ley de responsabilidad penal empresaria.

V.3.2. La pena de disolución de la persona jurídica

La ley 27.401 establece en su artículo séptimo las penas que pueden ser impuestas a una persona jurídica por hechos de corrupción. Sin dudas, la sanción más significativa es la diso-

(19) <https://www.lanacion.com.ar/2067947-separana-odebrecht-de-una-obra-de-aysa-ante-las-sospechas-de-corrupcion> (17/04/18) <https://www.lanacion.com.ar/2034923-los-socios-del-gigante-brasileno-en-la-argentina-se-despegan-y-preparan-su-coartada> (17/04/18).

(20) <https://www.cronista.com/economiapolitica/La-IGJ-amplia-la-investigacion-sobre-Odebrecht-y-exige-balances-adeudados-20170531-0051.html> (17/04/18).

(21) https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af (17/04/18).

(18) Resoluciones UIF 30/2017, 21/2018 y 28/2018.

lución y liquidación de la personería, que tendrá lugar cuando “hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad”.

Sin embargo, la Justicia tiene pocas posibilidades de aplicar esta pena. Esto se debe a que la propia normativa contiene una especie de principio de preservación de la empresa (párrafo tercero del art. 8º), al establecer que cuando fuera indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular no se podrán aplicar la pena de suspensión total o parcial de actividades ni la disolución y liquidación.

Esto plantea varios interrogantes. En primer lugar, esa excepción parecería ser contraria a lo establecido en la Ley de Sociedades Comerciales en relación a las sociedades de objeto lícito que realizan actividades ilícitas (art. 19 de la ley 19.550). En esa norma se establece que este tipo de sociedades deben ser disueltas y liquidadas a pedido de parte o de oficio, por ser un supuesto de nulidad de la sociedad (el artículo se encuentra incluido en la Sección 3ª del capítulo I, intitulada “Del régimen de nulidad”).

Nissen menciona como ejemplo el supuesto de una entidad financiera que pierda la autorización del Banco Central para operar y sin embargo siga desarrollando su actividad (22).

En segundo lugar, resulta necesario destacar el caso de las contrataciones vinculadas a la obra pública. En el último tiempo, este sector ha sido el más cuestionado en términos de posibles hechos de corrupción. Aquí, las obras que se licitan pueden en muchos casos ser consideradas “indispensables”, al menos para un determinado sector de la sociedad. ¿No es indispensable que miles de personas accedan a servicios cloacales o a la distribución de agua potable? ¿O que se refaccione una ruta con la consecuente disminución de accidentes viales? Si esto es así, en dichos casos —entre otros— los jueces y juezas se verán imposibilitados de aplicar las penas de suspensión total o parcial

de actividades y la disolución y liquidación de la persona jurídica.

De hecho, una simple consulta a las obras publicadas en los sitios web del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda y de Vialidad Nacional demuestran que la gran mayoría de los casos pueden ser alcanzados por la excepción prevista en párrafo tercero del art. 8º de la ley. A esto se suma la siguiente consideración: si la pena a aplicar en estos casos finalmente sería una multa, en el supuesto de que el pago total de la multa pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo, el/la juez/a podría disponer que se abonara en cuotas, por un plazo de hasta 5 años (párrafo cuarto del art. 8º).

De este modo, si la empresa condenada puede demostrar que es fundamental mantener la continuidad operativa del servicio o la obra, no se aplicará la disolución y liquidación de la persona jurídica aunque haya sido conformada para cometer un delito. Tampoco se le suspenderán las actividades, y adicionalmente podrá verse beneficiada con el pago de la multa en cuotas.

¿Qué posicionamiento debe tomar frente a esto el Ministerio Público Fiscal, considerando todos los valores e intereses que se encuentran en juego? Una opción es decomisar la sociedad, tomando las medidas necesarias para asegurar la continuidad de los puestos de trabajo y de la prestación del servicio o conclusión de la obra. Esto se justificaría en la utilización de la sociedad como instrumento del delito, al haber sido creada específicamente para la realización de esos hechos ilícitos (o teniéndolos como principal actividad). Esta posibilidad se desprende del art. 10 de la ley, que a su vez remite a la regulación general sobre decomiso (art. 23 del Cód. Penal).

El decomiso a su vez acarrearía el problema de decidir cómo administrar esa sociedad. Esto se puede hacer a través de la intervención del directorio, designando administradores, co-administradores o veedores. Otra posibilidad es que la propiedad de la persona jurídica sea transferida a los/as trabajadores/as. Se trata, en definitiva, de buscar la respuesta que mejor se adecue al interés general de la sociedad.

(22) NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, 1ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, t. I, p. 455.

VI. Conclusiones y reflexiones finales

En este artículo hemos desarrollado algunos puntos de conexión entre dos grupos de normas e iniciativas distintas pero relacionadas: aquellas que han buscado aumentar la eficiencia en la prevención y persecución de la corrupción y la criminalidad económica y compleja, y aquellas que han pretendido reformar los sistemas de justicia penal. Así, hemos tratado algunas vinculaciones entre la ley de responsabilidad penal empresaria (y la criminalidad económica en general) y los sistemas procesales acusatorios (y, más ampliamente, la organización moderna de la persecución penal estatal).

Esto implica una serie de desafíos, entendidos no como problemas sino como oportunidades. En el marco del cambio de paradigma que implican las reformas de la justicia penal, es conveniente pensar cómo diseñar y ejecutar políticas de persecución penal inteligentes y estratégicas, capaces de atribuir responsabilidad penal a las empresas sin caer en la superficialidad de perseguir solamente supuestos empleados infieles. El eje estará, como hemos señalado, en centrar la investigación y el litigio en demostrar el beneficio obtenido por la persona jurídica.

Para ello es necesario desarrollar equipos de trabajo interdisciplinarios, incluyendo actores que conozcan cómo funcionan en la práctica los sistemas de *compliance* y qué alcance

efectivo tienen. Esto último se vincula con la capacidad de identificar cómo se estructuran las relaciones de poder e influencia dentro de una empresa, teniendo en consideración que en la mayoría de los casos la organización formal (la que se vuelca en un organigrama) no refleja las verdaderas dinámicas de ejercicio de poder. Puede que quien se encargue de pagar los sobornos para obtener la adjudicación de una obra pública (o realice otras acciones) no se encuentre en el organigrama de la empresa o no figure como empleado, en cuyo caso deberá recurrirse a la cláusula del párrafo segundo del art. 2º de la ley 27.401.

Será necesario también evaluar el desarrollo real y la implementación efectiva del programa de integridad exigido por la ley, para determinar qué efectos se le asignarán. Debe evitarse una exención de la responsabilidad penal basada en un programa que solo sirva de fachada para una gestión empresarial criminal.

En definitiva, son varios los desafíos que se le presentan al Estado —y puntualmente a los Ministerios Públicos Fiscales— pensando en la aplicación de la ley de responsabilidad penal empresaria en el marco de sistemas de justicia penal modernos. La capacitación profesional y la producción académica deben dar cuenta de esto, para brindar un soporte y lineamientos concretos y efectivos a la Justicia y los organismos de control y supervisión.