Criminal Compliance en la legislación argentina. Algunas reflexiones sobre el proceso de reforma y las Investigaciones Internas en las empresas

Carlos M. González Guerra*

Fecha de recepción:25/09/2020

SUMILLA: La republica argentino sufrió en los últimos 5 años una profunda reforma del sistema de justicia penal. En el marco de una agenda de reformas muy ambiciosas, algunas de ellas logradas con éxito, se destaca la conocida como Ley de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por delitos contra la administración pública – Ley 27.401-. Dicha ley, si bien no fue la primera en implantar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina, sí que ha sido el paso ley necesario para que se comenzaran a desarrollar en el país los programas de cumplimiento y el *Compliance* en general. La ley, obliga en algunos casos a las empresas a implementar sistemas de *Compliance* y en otros lo pone como requisitos para obtener una disminución o incluso exclusión de la pena por posibles delitos cometidos en este contexto. Por su parte, la Oficina Anticorrupción de la República Argentina desarrollo un documento con sugerencias de pautas concretas para la implementación de los programas de cumplimiento o integridad dentro de las empresas. De los varios temas que surgen de la ley y del refuerzo realizado en los Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas se destaca el tema de las Investigaciones Internas que es el punto al cual se le dedican unas líneas en especial en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: *compliance*, responsabilidad penal, personas jurídicas, Código Penal, Argentina, Ley 27.401, lineamientos de integridad, Proyecto Integral de Reforma, Comisión de reforma,

ABSTRACT: The Argentine Republic experienced in the last 5 years a profound reform of its criminal justice system. Within the framework of an agenda of very ambitious reforms, some of them achieved with success, highlights the one known as Law of the Responsibility of the Legal Entities for crimes against the Public Administration – Law Nº 27.401-. This law, although it was not the first one to implement the criminal responsibility of the legal entities in Argentina, has been the necessary step forward to start the development in the country of the compliance programs and compliance in general. The law forces, in some cases, the legal entities to implement systems of Compliance and, in other cases, establishes it as a requisite to obtain a decrease or even an exclusion of the punishment for possible crimes committed in this context. On their behalf, the Argentine Republic Anticorruption Office developed a paper with suggestions of specific guidelines for the implementation of the compliance schemes or integrity inside the legal entities. Among the various subjects that arise from the law and the reinforcement made on the Integrity Guidelines for better fulfillment of the established in articles 22 and 23 of the Law Nº 27.401 of the Responsibility of the Legal Entities highlights the subject of Internal Investigations which is a point with a few lines specially dedicated in this job.

KEY WORDS: Compliance, Criminal responsibility, legal entities, Criminal Code, Argentina, Law Nº 27.401, Integrity Guidelines, Integral Reform Project, Reform Commission.

* Abogado UBA. Doctor en Derecho penal y Ciencias penales por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Titular de Derecho Penal; Subdirector del Departamento de Derecho penal y Derecho Procesal Penal; Director Ejecutivo del Master en Derecho penal; Codirector de la Diplomatura en *Compliance* y Derecho penal de la Universidad Austral. Miembro de la Comisión para la Reforma del Código Penal Argentino (Proyecto 2019); ex Director Nacional de Política Criminal y Miembro del Instituto de Derecho penal de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Socio del Estudio Jurídico Penal Ramirez&David.

I. Introducción

La República Argentina se embarcó -en los últimos años- en una serie de muy importantes reformas en su sistema jurídico-penal, tanto de fondo como de forma.

En materia procesal, la más significativa de estas tuvo que ver con la sanción e implementación del Código Procesal Penal Federal. En Argentina, según expresamente lo establece la Constitución Nacional, el dictado de las normas penales de fondo ha sido delegado por las provincias al Congreso de la Nación. Sin embargo, en pleno respeto del federalismo, los Estados provinciales se han reservado la sanción de las normas procesales penales. Ello genera que cada provincia argentina tenga su Código Procesal Penal con diferencias muy significativas entre ellos; y, por su parte, que el Congreso de la Nación se limite en materia procesal al dictado del Código de Procedimientos, en principio[1], para delitos federales. En ese contexto, en el año 2019 comenzó la implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal, el cual cambia radicalmente el sistema procesal en Argentina; se ha pasado de un sistema mixto con tendencia al inquisitivo a un sistema acusatorio puro[2]. Un buen número de provincias argentinas ya contaban con sistemas procesales acusatorios mucho tiempo antes que el régimen federal. En este nuevo sistema procesal federal fue incorporado un aspecto especialmente relevante, a la luz del tema que aquí nos ocupa, pues es allí donde -por primera vez en la legislación nacional- se prevén algunas pautas procesales destinadas justamente a la investigación de causas penales donde las personas jurídicas son las imputadas.

La Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, Ley 27.372, ha significado otro importante cambio en el sistema penal argentino. Mediante ella, las víctimas de delitos asumen un rol mucho más protagónico en el proceso penal y, a su vez, pueden contar con un abogado de oficio que actué en favor de sus derechos. Este sistema ha cambiado muchos aspectos de la práctica profesional, llegando incluso a situaciones tales como que un fiscal que decide no impulsar una denuncia penal por considerar atípica la conducta deba notificar tal decisión a la víctima, aunque esta no sea parte querellante en el proceso. Estas dos leyes, aunque en distintos lugares, suman dos nuevos "jugadores" al sistema jurídico argentino: por un lado, las víctimas como posibles impulsoras del proceso; y, por el otro, las personas jurídicas como nuevos sujetos de imputación.

La llamada ley del arrepentido, Ley 27.304, la cual generó intensos debates políticos en la Argentina, fue también una importante reforma para su sistema penal, sumando a dicha alternativa

[1] Digo en principio porque existe aún en la Ciudad de Buenos Aires la llamada competencia nacional que trata delitos ordinarios –no federales-, pero cuya investigación y sanción se rige por el Código Procesal Penal de la Nación.

[2] El Código Procesal Penal Federal se está aplicando de manera completa en el norte de Argentina, en las jurisdicciones de Salta y Jujuy. Sin embargo, la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación Argentina, quien tiene a su cargo el proceso de implementación del CPPF en todo el país, ha hecho una excepción a la implementación territorial y ha comenzado en el año 2019 una aplicación en todo el país para parte del CPPF. Motiva dicha situación que la Cámara Federal de Casación, radicada en la ciudad de Buenos Aires, pero con competencia para todo el país, debe utilizar el CPPF para los hechos que han sido investigados en el norte del país y el CPPN (Código procesal penal anterior) para los hechos cometidos en el resto del país. Dicha situación genera diferencias significativas que en algunos puntos concretos pueden afectar la igualdad de derechos de las personas según el lugar del país donde supuestamente hayan cometido el delito. Por dicho motivo, la Comisión Bicameral de implementación decidió implementar partes temáticas del CPPF en todo el país. Uno de esos temas, el cual es especialmente relevante, es el relativo a las pautas para la prisión preventiva durante el proceso.

negocial delitos para los que no estaba prevista en el país. También esta ley tiene relevancia a la luz de la presente investigación, pues, a partir de ella, y con parámetros similares, la información que la persona jurídica brinde en el marco de una investigación podrá repercutir en beneficios para ella en caso de ser condenada.

Y en esa línea, también la ley de flagrancia, la unificación de fueros correccional y criminal y las técnicas especiales de investigación para delitos complejos, han generado un importante cambio en el sistema de justicia penal en la Argentina. Muchos de los proyectos presentados no llegaron al estadio de ley; sin embargo, generaron un importante debate entre los especialistas en Derecho Penal, el cual aún continúa y se ha reabierto en el marco de la actualmente llamada reforma judicial.

Ahora bien, el más significativo de los planes fue el Proyecto Integral de Reforma al Código Penal de la Nación que el Poder Ejecutivo envió al Senado de la Nación Argentina en el mes de marzo de 2019. Dicho proyecto fue elaborado por una Comisión de doce juristas[3], que tuve la fortuna de integrar. Su objetivo, específicamente indicado en el decreto presidencial que la creó, era realizar un Anteproyecto de Código Penal, con el fin de lograr una adecuada sistematización y ordenamiento de toda la normativa penal, para así consolidar la institucionalización, la seguridad jurídica y la plena vigencia de los derechos y las garantías individuales[4].

El trabajo de la Comisión se extendió por más de un año y medio, y se realizó mediante reuniones presenciales semanales de largo aliento, al que se le debe adicionar el arduo trabajo individual de cada uno de los miembros de la Comisión con su equipo de asesores. La tarea se complementó con la contribución de especialistas que enviaron sus aportes, que -en muchos casos- participaron de las reuniones presenciales, como también de numerosas ONG's; y miembros de la sociedad civil que hicieron llegar sus propuestas a través de la plataforma digital Justicia 2020[5].

Fue justamente en el marco del Proyecto del Código Penal 2019 que se incorporó a nivel general la responsabilidad penal de las personas jurídicas[6]. La decisión final de incorporación llegó luego de un arduo debate, ya que no existía consenso entre los miembros de la Comisión ni sobre la viabilidad, ni sobre el lugar, ni sobre el modo de plasmar la responsabilidad de las personas de existencia ideal dentro del sistema penal. Para algunos, cualitativamente relevantes, la

[3] El Decreto Presidencial N.° 103/2017 de creación de la "Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación" fue publicado en el Boletín Oficial el día 14 de febrero de 2017.

[4] El Código Penal Argentino actual está vigente desde el año 1921 y fue escrito en 1919, es decir, que tiene ya más de cien años. En este tiempo, sufrió más de novecientas reformas parciales y, sumado a ello, se sancionaron un número significativo de leyes con la tipificación de conductas penales que llevaron a la ruptura de la sistematicidad del régimen penal argentino. En estos cien años hubo dieciocho comisiones a las que se le encomendó una reforma integral del Código Penal de la Nación, recién ésta, la de 2019, fue la primera en lograr pasar del Poder Ejecutivo de la Nación al Congreso y espera actualmente ser tratada en el marco del Senado de la Nación.

[5] En la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal 2019 figuran todas y cada una de las personas que realizaron aportes para la elaboración del mismo.

[6] En el sistema penal argentino ya estaba especialmente prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de desabastecimiento –Ley 20.680–, delitos aduaneros –Ley 22.415–, delitos cambiarios –Ley 19.359–, delitos tributarios –Ley 24.769–, delitos contra la libre competencia –Ley 25.156-, delitos en el marco del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones –Ley 24.241- y en el propio Código Penal en el contexto de los delitos contra el orden económico y financiero.

responsabilidad de las empresas no podía ser penal y debía limitarse al ámbito administrativo; para otros, debía ser penal, pero limitada a un número reducido de delitos; y para unos últimos, debía alcanzar a una buena parte de los tipos de la parte especial del Código Penal. Por su parte, el régimen de imputación generaba, en caso de ser aceptada la incorporación, otra profunda disputa. Finalmente se optó, por mayoría, por la incorporación de una cláusula general de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte general del Proyecto de Código Penal, específicamente en los artículos 38 y 39, donde respectivamente se regula el sistema de imputación y las penas específicas para los delitos cometidos por las empresas.

El modo de incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que había generado una de las tantas discusiones acaloradas en la Comisión, se resolvió finalmente recurriendo a lo que llamamos el respeto a la voluntad legislativa reciente. Justamente, en el marco de aquellas reformas al sistema penal argentino a las que ya hice mención, se había sancionado en diciembre de 2017, mientras la Comisión realizaba la redacción del proyecto, la Ley 27.401 conocida como Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas para los Delitos contra la Administración Pública y el Soborno Trasnacional. Dicha ley, la cual había tenido su origen en un proyecto elaborado en el marco de la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pretendía cumplir con una serie de exigencias internacionales que Argentina tenia aún pendientes y fundamentalmente con pautas de la OCDE.

El camino a través del cual se logró la sanción de dicha ley fue, francamente para quien -como era mi caso- venía del mundo académico y se dedicaba muchas veces a criticar la letra de esta, un proceso profundamente formativo. Desde los primeros borradores del proyecto elaborados por un grupo muy reducido de personas hasta la sanción definitiva de la ley pasaron no solo varios meses, sino también -y fundamentalmente- varias plumas. Solo a modo de adelanto de algunos de los temas que se verán con más detalle en este trabajo, el sistema de imputación originalmente plasmado era por defecto de organización o responsabilidad directa de la empresa, el cual pasó luego a un sistema de responsabilidad vicarial y, finalmente, parece haber quedado algo intermedio. Incluso los delitos para los que se preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas fueron cambiando de manera importante, el proyecto original se limitaba a los delitos contra la Administración pública y el soborno internacional. Sin embargo, en la Cámara de Diputados de la Nación se modificó el artículo primero y se incluyó la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas para todos los delitos previstos en el Código Penal y fue, finalmente, el Senado de la Nación quien volvió a limitar su ámbito de aplicación.

Breves notas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas La discusión actual sigue recayendo en romper o no con la idea clásica de que, por exigencias del principio de culpabilidad, la pena solamente puede ser la respuesta al comportamiento de un individuo. Puede decirse que el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene dos aristas. Por un lado, están quienes postulan la necesidad político criminal de sancionar penalmente a las personas jurídicas; por el otro, quienes señalan que admitir esta posibilidad lesionaría los principios básicos del Derecho Penal. Dentro de estos últimos están quienes, como máximo, estarían dispuestos a aceptar la

imposición de consecuencias jurídicas "no" penales para las personas jurídicas[7].

Lo que está claro, como punto de partida, es que existe una diferencia muy marcada entre «las necesidades de política criminal y los límites de la dogmática penal tradicional»[8]. Por ello, como sostiene acertadamente Robiglio, «determinar si las personas jurídicas serán responsables penalmente o en un plano meramente administrativo, son cuestiones que solo pueden ser resueltas por la vía legislativa, es decir, que el régimen aplicable será lo que resuelvan los respectivos sistemas jurídicos positivamente»[9]

.

Aceptar la responsabilidad es una decisión de política criminal que deberá adoptar el legislador, teniendo en cuenta los lineamientos constitucionales y los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad[10]. Y como acertadamente sostiene Montiel, "la experiencia internacional indica que la responsabilidad penal de las personas jurídicas bien implementada tiene positivas repercusiones en la disuasión de conductas delictivas vinculadas a la actividad empresarial. La principal razón es que, por esta vía, las empresas comienzan a tener incentivos para involucrarse activamente en la prevención de la corrupción, ya sea porque se abstienen de montar estructuras dispuestas exclusivamente para obtener ventajas en contratos públicos de manera fraudulenta, o porque observan el denominado *due diligence* mediante controles adecuados"[11].

El fundamento político criminal para la imputación penal de las personas jurídicas no se sustenta en criterios de desmotivación de la comisión individual de conductas, sino que se dirige a fomentar la atención de los responsables de las empresas en los mecanismos internos de prevención de conductas delictivas[12]. La empresa pasa a tener, junto con el Estado, un deber, en este caso inmediato, en la prevención de conductas delictivas mediante la adopción de programas de integridad o *compliance*.

En ese sentido, resultan acertadas las palabras de Rodríguez Estévez cuando sostiene que «la definición legislativa adoptada por la Argentina permite adelantar dos reflexiones: a) la política criminal desbordó la discusión teórica; b) la implementación judicial de la ley deberá respetar los principios del Derecho Penal -principalmente el de legalidad y culpabilidad en materia de imputación- y el debido proceso y defensa en juicio en materia de enjuiciamiento»[13]. Ahora bien , ¿por qué motivo la Política criminal lleva al legislador a dejar a un lado una discusión teórico-

[7] Cfr. Pastor Muñoz, «¿Organizaciones Culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La Culpabilidad Penal de La Empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 pp.», en InDret, Barcelona, Abril (2006).

[8] Tiedemann, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

[9] Robiglio, «El reproche penal al ente de existencia ideal», en Derecho Penal tributario, (coords) Altamirano/ Rubinska, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pp. 947-957.

[10] Silva Sánchez, «La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídica», en http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/620.

[11] Montiel, «Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho argentino», En Letra: Derecho Penal, Año IV, número 6, pp. 124-150.

[12] Rodríguez Estévez, "Comentario al art. 2...", pp. 98-100, en la misma línea, vid. Artaza Varela, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 57.

[13] Rodríguez Estévez, «Exigibilidad y reproche penal corporativo para la empresa», en PRENSA.

dogmática de muchos años que se centra, fundamentalmente, en la idea de que la estructura organizativa empresarial es tan compleja que no siempre es posible detectar al responsable individual del hecho penal y que, incluso siendo detectado, puede existir una "cultura empresarial" delictiva que requiera de una atribución global de responsabilidad?[14] ¿O por qué esa atribución no basta que sea de responsabilidad administrativa? Son discusiones que no se pueden abordar en un trabajo de estas características, pero que en parte tienen que ver con el valor simbólico del Derecho Penal, ya que -en definitiva- la imputación de responsabilidad en el ámbito penal y el ámbito administrativo no difieren de manera tan significativa[15].

III. Entre el Proyecto de Reforma al Código Penal y la Ley 27.401

Como se puso de manifiesto en la primera parte de este trabajo, la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación estaba en pleno proceso de redacción cuando se gestó y, finalmente, se sancionó la Ley 27.401. Justamente por ello, los temas más importantes del debate de la Comisión fueron casi una réplica de la discusión del equipo de trabajo que elaboró, desde el Poder Ejecutivo, el proyecto que finalmente se convertiría en la Ley 27.401.

Sin embargo, antes de entrar en los problemas puntuales de la responsabilidad de las personas jurídicas en la ley, conviene hacer algunas breves reflexiones sobre la incorporación de la figura del actuar en lugar de otro en el marco del proyecto del Código Penal. A fin de llenar el actual vacío legal y evitar la atipicidad de las conductas cometidas por personas físicas –*extraneus*– que no reúnen las cualificaciones especiales requeridas por determinados tipos penales –*intraneus*–, la Comisión de Reforma del Código Penal de la Nación tomó la decisión de introducir la figura del actuar en lugar de otro. La cláusula del actuar en lugar de otro tiene el clásico antecedente en el derecho comparado del §14 StGB, donde fue incorporada a fines de los 70' y que sirvió de modelo para el actual artículo 31 del Código Penal español. En el ámbito local ya estaba previsto en algunas leyes especiales y, por ello, para delitos específicos, como es el caso del artículo 13 de la Ley 24.769 y el art. 27 de la Ley 23.737[16].

---

[14] Entre los fundamentos que se dan para sancionar penalmente a las empresas por los delitos cometidos por sus funcionarios, suele mencionarse que, en el ámbito del delito corporativo, las personas humanas pierden parte de su autonomía e identidad. Es decir, actúan en un contexto que, a veces, les impone o los alienta a tener comportamientos diferentes de aquellos que tendrían si estuvieran solos (cfr. ROBLIGLIO, "Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales", en DURRIEU y SACCANI (Dir.), *Compliance*, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2018, 53-53.

[15] Cfr. Silva Sánchez, "El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución", en https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1515b-1.pdf.

[16] La doctrina penal contemporánea es prácticamente unánime al reconocer que el instituto jurídico del actuar en lugar de otro sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los casos de delitos especiales (*intraneus*) cometidos por representantes, tanto de personas jurídicas como naturales. Algunos autores, incluso, amplían su ámbito de aplicación a sujetos que actúan fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no existe propiamente una relación de representación (legal o voluntaria). Si bien esta situación de impunidad llevó a que en distintos ordenamientos jurídicos se establecieran mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad (a modo ejemplificativo, el art. 14 de la Ley 24.769, y el art. 27 de la Ley 23.737), el problema se mantenía en aquellos casos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba –de lege lata–; por ello, de lege ferenda, se amplía a todos los casos en la Parte General.

La inclusión del actuar en lugar de otro construye, sin lugar a duda, la posibilidad -respetuosa del principio de legalidad- de imputar penalmente a las personas físicas que cometen alguna clase de delitos en el ámbito de la empresa. Podría pensarse, entonces, que con esta incorporación se soluciona, al menos, buena parte de los problemas de imputación al interior de la empresa. Sin embargo, es importante aclarar que, en el contexto empresarial, la política criminal actual viene generando en las reformas penales una situación de doble imputación. Por una parte, la imputación a los responsables individuales de la comisión del delito; y, por la otra, a las empresas en sí mismas como ámbito propicio para la concreción de estos. Como acertadamente sostiene Rodríguez Estévez, "la coexistencia de la cláusula del actuar en lugar de otro como norma de transferencia de la legalidad penal en los delitos especiales propios, junto con una cláusula específica que contiene un catálogo de sanciones para las empresas, confirma la decisión de política criminal que busca castigar tanto a los responsables individuales en los delitos cometidos a través de la persona de existencia ideal, como a la vez –y junto con estos- sancionar a la empresa en cuyo ámbito y beneficio se cometió el delito"[17].

Uno de los puntos más importantes de discusión, como también se hizo mención, fue optar por un sistema de responsabilidad administrativa de la persona jurídica o la de dar el paso a la responsabilidad propiamente penal como se había hecho en otras leyes anteriores. Y, por otra parte, una vez definido el régimen penal, determinar qué sistema de atribución de responsabilidad correspondía.

Los modelos de imputación pueden agruparse básicamente en dos grupos, por un lado, el modelo de responsabilidad vicarial o por atribución de responsabilidad; y, por el otro, el modelo de responsabilidad por hecho propio o por defecto de organización. En el primer caso, la responsabilidad es indirecta, ya que se origina por el hecho cometido por una persona física, en general de un alto cargo dentro de la empresa, y se traslada a la persona jurídica. La responsabilidad por defecto de organización, por el contrario, descansa sobre la idea del reproche por un hecho propio de la persona jurídica. Aunque quizás sería bueno preguntarse, como lo hace Nieto Martín, si pertenece el defecto de organización al injusto o a la culpabilidad propia de la persona jurídica, e, incluso, si realmente tiene sentido hablar de injusto y culpabilidad en las infracciones cometidas por empresas[18].

El régimen de imputación fue mutando durante el arduo debate de elaboración de la Ley 27.401, así como en el marco de ambas Cámaras del Congreso. Resultó, a mi modo de ver, un sistema mixto de atribución con ribetes de un régimen vicarial y matices de un sistema de atribución por defecto de organización[19].

[17] Rodríguez Estévez, Imputación de responsabilidad penal para la empresa, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2015, p. 9.

[18] Nieto Martin, «Problemas fundamentales...», p. 22.

[19] La muy interesante inclusión de los programas de cumplimiento como factor de disminución de la responsabilidad penal de la empresa o incluso de su exclusión, se sostiene justamente sobre la idea de un núcleo de responsabilidad o culpabilidad, construido sobre el concepto de una organización defectuosa o no virtuosa. En esa línea, vid. Nieto Martin, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal ", en *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Kuhlen/ Montiel/ Ortiz de Urbina Gimeno (eds), Marcial Pons, 2013, pp. 21-50.

Pasando ya del análisis de la ley al del Proyecto de Código Penal 2019, conviene poner de resalto que se crea en él un título especial de la Parte General, el número VII del Libro I bajo la rúbrica "Responsabilidad de las Personas Jurídicas" que contiene tan solo dos artículos, los artículos 38 y 39.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se amplía en relación a los delitos contemplados en las leyes especiales. Sin embargo, y pese a los antecedentes parlamentarios que planteaban la idea de imputar responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos, se optó por un sistema de numerus clausus en la propia parte general del Código[20]. El catálogo de delitos previstos incluye los siguientes: trata de personas, delitos contra la Administración pública, delitos contra el orden económico y financiero; delitos de terrorismo y financiamiento, delitos fiscales, delitos aduaneros, delitos cambiarios, delitos de tráfico de sangre, órganos y manipulación genética, delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico, delitos en el deporte, delitos ambientales y delitos contra la propiedad intelectual.

Se estableció expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas privadas de cualquier clase por representación. Ello significa que la empresa será responsable por los delitos cometidos por cualquiera de los integrantes de sus órganos que hubieran sido realizados directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, así como por los cometidos por terceros, siempre que la persona jurídica haya ratificado la gestión. En el mismo caso, quedan comprendidas las personas jurídicas de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal. La norma prevé también otro supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica en aquellos casos en los que quien hubiese actuado en beneficio o interés de la empresa fuera una tercera persona sin las atribuciones para obrar en su representación y cuya gestión fuera ratificada por la empresa tanto expresa como tácitamente. Siguiendo el esquema de la aludida Ley 27.401, se sostiene que la persona jurídica no será responsable cuando el individuo que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

Los supuestos de modificaciones societarias -como es el caso de las transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones- fueron especialmente contemplados y se considera que la responsabilidad será trasmitida a la persona jurídica resultante o a la absorbente según se trate. La norma prevé que la responsabilidad de la persona jurídica subsistirá si, de manera encubierta o meramente aparente, la empresa continúa la actividad económica y se mantuviera la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de ellos. Este aspecto de la responsabilidad, conocido como responsabilidad sucesiva, replica casi en idénticos términos lo previsto en la Ley 27.401. La responsabilidad en el ámbito corporativo tiene características específicas que la diferencian de la responsabilidad de las personas individuales. Una de esas particularidades viene dada por la transferencia de las obligaciones, incluso las penales, de una organización a otra que resulta absolutamente inviable en el mundo de la responsabilidad individual en materia de culpabilidad penal y a la luz del principio de personalidad de las penas. En el mundo empresarial, por ejemplo, los responsables de la adquisición de una empresa deben realizar un due dilegence o

[20] Es importante recordar al lector que, en el contexto del debate de la Ley 27.401, la media sanción que el proyecto obtuvo en la Cámara de Diputados de la Nación incluía, además de la imprescriptibilidad de los llamados delitos de corrupción, la posibilidad de imputar penalmente a las empresas por cualquiera de los delitos previstos en el Código Penal.

manifestaciones y garantías para la determinación de las obligaciones en materia económica, financiera, fiscal, laboral e, incluso, penal[21]. Todo ello encuentra fundamento en el llamado "principio de continuidad", conforme al cual los cambios en la titularidad de la empresa no afectan a su responsabilidad original[22].

Un punto de importante discusión, por estar dentro de los límites del Derecho Penal, y que también tiene su origen en Argentina en la Ley 27.401 y en las propuestas generales de la OCDE, es la llamada "independencia de las acciones"[23]. Se sostiene expresamente el hecho de que la persona jurídica podrá ser condenada en aquellos casos donde, incluso, no haya sido posible identificar a la persona física que hubiese intervenido, siempre y cuando por las circunstancias del caso se permitiese establecer que el delito no hubiese podido cometerse sin, al menos, la tolerancia de los órganos de la empresa. El grupo de trabajo contra el soborno trasnacional de la OCDE fue crítico de varias legislaciones penales que exigían, para la persecución penal de la persona jurídica, la determinación previa de la responsabilidad individual de alguno de los miembros de la compañía. Sin embargo, no fue ese el motivo principal por el cual se incorporó la independencia de las acciones en la Ley 27.401, que tomó como base el proyecto de Código Penal, sino que se fundamenta en la idea central de la sanción de la ley. El objetivo de la ley apuntó básicamente a dos cosas. Por una parte, mirando al futuro, el intento de generar en el ámbito empresarial argentino un mayor grado de responsabilidad en la prevención de la comisión de hechos delictivos en el marco corporativo, por ello, la fuerte impronta que el proyecto le dio a los programas de cumplimiento; y, luego, la Oficina Anticorrupción en la preparación de los "Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas"[24]. Pero, por otra parte, mirando el pasado y lo hechos delictivos cometidos dentro de las personas jurídicas, se procura la colaboración de la empresa en la investigación y determinación de las responsabilidades individuales. Esa colaboración se obtiene, en primer lugar, desde la lógica de un Derecho Penal premial que se ha plasmado en la atenuación de las consecuencias jurídicas para aquellas empresas que colaboran en la investigación del delito. Por ejemplo, mediante la figura del arrepentido o, incluso, en la no imposición de penas cuando son ellas mismas quienes, como consecuencia de la detección del delito por parte de sus oficinas internas de cumplimiento, se autodenuncian y reparan el daño originado. Pero, también parece procurarse la colaboración de las empresas a futuro mediante la lógica clásica del Derecho Penal, es decir, castigándolas por los hechos cometidos en su interior, incluso cuando no haya sido posible determinar quiénes fueron los responsables individuales del delito. Aparece en este punto la impronta de un sistema de imputación vicarial, donde la responsabilidad penal se traslada de modo directo a la empresa por los hechos de

[21] Gili Saldaña, «Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010\24346; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)», InDret, Abril (2010).

[22] Cfr. Anllo, "Comentario al art. 3 de la Ley 27.401", en Anllo (dir), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programa de integridad (*Compliance*). Ley 27.401 comentada, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 120-121.

[23] Una fórmula similar estaba ya prevista en el Anteproyecto de Código Penal 2014, cfr. Lascano, «El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por soborno trasnacional, en el debate parlamentario argentino de 2017», en Cuadernos de Derecho Penal, (abril 2018), núm. 4, pp. 26.

[24] Sobre este tema vid. GONZÁLEZ GUERRA, «La actual situación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina», en GARCÍA CAVERO/ CHINGUEL RIVERA (coords.), Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Ideas, Lima, 2019, pp. 887-909.

sus miembros, aunque no se haya podido determinar de cuáles de ellos se trataba y siempre y cuando la empresa hubiese obtenido un beneficio por ese accionar contrario a derecho.

Las sanciones a las personas jurídicas fueron establecidas en el artículo 39 del proyecto. Estas son: la multa de 2 a 5 veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; la suspensión total o parcial de actividades; la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos, o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado; la 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; la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

En el Título VIII se incorporan las pautas para la determinación de las penas y, específicamente, se incorpora un artículo relativo a la graduación de las sanciones aplicables a las personas jurídicas. La ciencia penal viene discutiendo desde hace años y con notable profundidad cuáles son los requisitos para que una determinada conducta sea considerada delito. El enorme andamiaje científico de la teoría general del delito nos permite, ni más ni menos, que determinar cuándo una acción u omisión merece el clarificativo de delictiva. Sin embargo, luego de esta situación, los criterios para la determinación de la pena aplicable a esa acción reprochable no tienen aún el desarrollo científico e intelectual que ha merecido por décadas la teoría del delito[25]. Siendo ello así, resulta razonable que sea el propio legislador penal el que dé, al menos, algunas pautas objetivas para la determinación de la pena. En el proyecto original del Poder Ejecutivo enviado al Congreso de la Nación, que se convertiría finalmente en la Ley 27.401, había una significativa cantidad de criterios que le permitían al juez contar con pautas objetivas que agravaban la pena y con pautas subjetivas que atenuaban la pena. Sin bien algunos de esos criterios se mantuvieron, igual sufrieron una significativa reducción con respecto a la versión original del proyecto y, estos últimos, fueron los que finalmente se tomaron e incorporaron en el Proyecto del Código Penal de 2019.

El juez, al momento de determinar la pena que le corresponde a la persona jurídica por la comisión del delito, deberá tener en cuenta el cumplimiento de las reglas y de los procedimientos internos de la empresa; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en la comisión del delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad desarrollada dentro de la propia empresa por los autores y los partícipes del delito; la extensión del daño causado, el monto de dinero o de bienes involucrados 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; y, finalmente, el comportamiento que, con posterioridad, haya mostrado la empresa, como así también la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia[26].

[25] Existen aportes muy relevantes sobre la materia, como es el caso del trabajo de Silva Sánchez, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en InDret (2-2007); sin embargo, esos esfuerzos intelectuales están lejos aún de alcanzar el desarrollo científico que ha construido la actual teoría general del delito en los términos que la conocemos.

[26] El artículo 41 del Proyecto de Código Penal 2019 se corresponde con el artículo 8 de la Ley 27.401; sin embargo, en la versión original del proyecto del ejecutivo se preveía dos artículos referidos a la determinación de la pena. En uno se indicaban los criterios objetivos que agravaban la pena y en el otro los criterios objetivos que la atenuaban. Este cambio del proyecto original en la Cámara de Diputados de la Nación tuvo el objetivo, según algunos autores vid. Ruibal,

Se incorporó la posibilidad de que el juez pueda imponer el pago de la multa de modo fraccionado durante un período de hasta 5 años cuando su cumplimiento, en un único pago, pusiese en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo. Asimismo, se prevé la inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 64, referido al pago voluntario de la multa.

Una figura interesante, siguiendo también lo establecido en el artículo 9 de la Ley 27.401, es la llamada denuncia espontánea y los efectos concretos que ella, junto con otros requisitos, puede generar en la sanción a la persona jurídica. El proyecto prevé que se exima la sanción y responsabilidad administrativa a las personas jurídicas que: a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en la ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubieran implementado un sistema de control y supervisión adecuado con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito y c) hubieran devuelto el beneficio indebido obtenido[27]. La figura vuelve a mostrar con claridad el sistema premial del régimen penal de las personas jurídicas en el territorio argentino y el valor que, desde la sanción de la Ley 27.401, se les da a los programas de integridad o *compliance* dentro de las empresas, más aún a aquellos que han resultado eficientes, aunque no para evitar la comisión del delito, sino para descubrirlo en un plazo razonable y permitir que la empresa lo autodenuncie y repare los daños generados. Sobre este tema, y en especial sobre la importancia de las investigaciones internas en la empresa nos detendremos en el acápite siguiente.

Finalmente, se incorpora la posibilidad de realizar un acuerdo de colaboración eficaz con el Ministerio Público Fiscal hasta la citación a juicio. Se establece que la negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal tendrá carácter confidencial y que su revelación será pasible de las sanciones correspondientes. En cuanto al acuerdo de confidencialidad, se establecen las condiciones previstas en el artículo 18 de la Ley 27.401 y, de igual modo, las restantes regulaciones, referidas al procedimiento del acuerdo de colaboración, se mantienen conforme al artículo 19 y siguientes de la Ley 27.401.

IV. Los lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley n.° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Los lineamientos de integridad fueron elaborados por la Oficina Anticorrupción y se publicaron en el Boletín Oficial en octubre de 2019, es decir, poco menos de un año después de sancionada la Ley 27.401. Estos son un elemento fundamental para generar cierta uniformidad en la elaboración de los programas de cumplimento[28]. En el propio documento se estable que su objetivo es brindar una

«Comentario al art. 8 de la Ley 27.401», en Anllo (dir), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programa de integridad (*Compliance*). Ley 27.401 comentada, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 151-158, de simplificar la norma; sin embargo, no hizo más que romper el sentido original de la misma.

[27] Sobre este tema, con relación a la Ley 27.401, vid., entre otros, Durrieu, "La autodenuncia y otras exenciones de pena", en LL, Suplemento Especial, (mayo-2018).

[28] Es interesante observar en este punto la disidencia de los profesores Córdoba y Ziffer, para quienes debe ser la propia ley la que establezca algunos criterios o contenidos mínimos de los programas de integridad de modo tal que aseguren cierta uniformidad que luego debería ser completada por reglamentaciones administrativas. Rn Proyecto Código Penal de la Nación 2019, SAIJ, Buenos Aires, 2019, p. 213.

guía técnica a las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, las agencias estatales, los operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta.

La doctrina especializada ha valorado positivamente este texto, el cual se convirtió en una ayuda imprescindible para la implementación de los programas de *compliance* dentro de las empresas. Ello es así no solo porque se convierte en una herramienta fundamental para uniformar contenidos de los programas de cumplimiento, sino, también, porque en buena medida ha venido a subsanar algunos errores de la ley a la hora de regular algunos temas de integridad[29].

Siguiendo a Montiel, uno de los errores más notables en la redacción de la Ley 27.401 ha sido la diferenciación entre elementos mandatorios y optativos en un programa de integridad[30]. Según la ley, entre aquellos elementos que son absolutamente necesarios para determinar la idoneidad de un programa, y aquellos que tiene más bien una función complementaria. Y ello sumado a cuáles han sido calificados de un modo y de otro.

El artículo 23 de la Ley 27.401 establece expresamente el contenido de los programas de integridad, seleccionando tres como elementos mandatorios u obligatorios: 1. la existencia de un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independiente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores para prevenir la comisión de los delitos que se prevén en el artículo 1 de la misma ley; 2. reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de los concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o de cualquier otra interacción con el sector público; y 3. la realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empelados.

Por su parte, el artículo se complementa con diez elementos optativos, o no obligatorios, para la determinación de la idoneidad del programa de integridad. A saber, 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 a 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.

[29] Montiel, «Lineamientos de integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento», en Montiel/ Ayestarán, Reporte en *Compliance*. Lineamientos de integridad, *Crimint-Investiación*, Buenos Aires, 2018, pp. 11 y ss.
[30] Montiel, «Lineamientos de integridad: ...», pp. 11 y ss.

Ahora bien, es difícil explicar por qué motivo las capacitaciones periódicas son un elemento obligatorio impuesto por la ley y no lo es, por ejemplo, la existencia de un proceso de investigación interna; el cual es, además, un elemento necesario para posibilitar a la empresa la exclusión de responsabilidad penal cuando realice una autodenuncia y repare el daño causado.

V. Las investigaciones internas en el marco de la Ley 27.401

La relación empresa-Estado en materia de política criminal viene ampliándose a pasos agigantados en varios aspectos. Entre ellos, a modo de ejemplo, la configuración de algunos sujetos del ámbito privado como cuasi-funcionarios en el contexto del delito de lavado de dinero –escribanos, agentes inmobiliarios, contadores, etc.[31]- e, incluso, el propio abogado *in house* de las empresas como agente de la administración de justicia[32].

Las investigaciones internas podrían considerarse, en principio, en el marco de las acciones voluntarias de las empresas. Sin embargo, por ser parte de los elementos necesarios para poder acceder a determinados beneficios, y por el rol que en definitiva juegan las empresas como *gatekeeper* de la legalidad, pueden terminar convirtiéndose en obligatorias por necesidad empresarial.

Las Investigaciones internas no están reguladas en muchos países de nuestro entorno cultural[33], incluso en aquellos en los que ya existe desde hace tiempo la responsabilidad penal de las personas jurídicas[34]. Sin embargo, como ya se puso de manifiesto, si bien no han sido incluidas entre los elementos obligatorios con los que deben contar los programas de integridad, según la propia letra de la Ley 27.401 cumplen un papel fundamental en el nuevo régimen de criminal *compliance* en Argentina. Ello es así porque asumen un rol protagónico y hasta obligatorio si la empresa pretende lograr una eximición completa de la pena[35], puesto que la propia ley estable las condiciones -muy limitadas, por cierto- para que una empresa sea eximida de la pena en un proceso penal formal.

---

[31] Vid. GONZÁLEZ GUERRA/ VALERGA ARAOZ, «Sujetos obligados a informar: cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero», en El Derecho Penal, n 12, (2011), pp. 5-19; Coca Vila, «El abogado frente al blanqueo de capitales ¡Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia, InDret, 4-2013.

[32] Vid. GOENA VIVES, «El abogado *in-house* como colaborador forzoso de la justicia», en GARCÍA CAVERO/ CHINGUEL RIVERA (coords.), Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Ideas, Lima, 2019, pp. 937-960.

[33] Sahan, «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 245-246.

[34] Cfr. Montiel, «Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs,* investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 221-243.

[35] Cfr. Silva Sánchez, «*Yates Memorandum*», InDret (2015-4) quien sostiene que "…el memorándum Yates subraya que el Departamento de Justicia va a incrementar sus esfuerzos ordenados a la identificación de las personas físicas responsables, a todos los niveles, de los delitos corporativos. Ello va a repercutir, de entrada, sobre el modo en que se configuran actualmente las investigaciones corporativas internas. Si las personas jurídicas quieren de verdad beneficiarse de la atenuante de colaboración, deberán revelar todos los datos inculpatorios referidos a todas las personas físicas intervinientes en el delito de empresa".

El artículo 9 establece expresamente que una empresa solo podrá ser eximida de la pena y de la responsabilidad administrativa cuando concurra, simultáneamente, lo siguiente: una denuncia espontánea del delito; la implementación de un programa de integridad con anterioridad al hecho, cuya violación haya requerido un esfuerzo por parte de los autores o partícipes del delito; y la devolución del beneficio obtenido[36].

Ahora bien, en el primero de los requisitos se exige, a su vez, que la detección del delito por el cual la empresa se autodenuncia, se haya concretado como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna. Desde esa perspectiva, las investigaciones internas asumen un rol central para aquellas empresas que pretendan construir sistemas de integridad lo suficientemente eficientes como para evitar la comisión de delitos, por una parte; y, por otra, para evitar la sanción en aquellos casos en que el delito no pudo evitarse.

Sin perjuicio de la función que la ley les otorga a las investigaciones internas en Argentina, lo cierto es que cumplen una función mucho más amplia[37]. Las investigaciones internas son, en primer lugar, una herramienta clave para tomar decisiones en la empresa basadas en información sólida, ello como contracara de la toma de decisiones imprudentes, aunque en un segundo plano con las mismas, se puede llegar a detectar posibles incumplimientos y personas que puedan llegar a ser sancionadas por la realización de dichos incumplimientos.

El Departamento de Justicia (*Department of Justice*, DOJ)[38] y la Comisión de Bolsa y Valores (*Securities Exchange Commission,* SEC)[39] de Estados Unidos dan normativas bien claras, orientadas a cumplir con la Ley contra la corrupción en los negocios (FCPA). La Guía de aplicación de la FCPA, originalmente dictada en el año 2012, ha sido recientemente mejorada y su segunda edición es de julio de 2020[40].

Algunos de los puntos tratados tienen que ver con los distintos criterios con base en los cuales el DOJ y la SEC deciden iniciar acciones contra las empresas en casos de infracción. En algunos de los ejemplos tratados en la guía, el DOJ resolvió no actuar contra empresas que, entre otras razones, habían denunciado los hechos motivados en la investigación exhaustiva realizada por la propia empresa.

Por su parte, al establecer los criterios empleados por la SEC para evaluar la idoneidad de un programa de integridad como eximente de responsabilidad, este agrega un apartado titulado "denuncia confidencial e investigación interna", en el cual se destacan dos temas: a. La necesidad de un canal confidencial de denuncias que permita a todos los empleados denunciar conductas

[36] Cfr. Aboso, Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y trasnacional, BdeF, Buenos Aires, 2018, pp. 333 y ss.

[37] Tan amplia incluso que se llega a plantear la duda sobre la posible privatización de la investigación penal en estos contextos, cambiando radicalmente la concepción decimonónica sobre las mismas, vid. AYALA GONZÁLEZ, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», InDret (2020), 2; ALCÁCER GUIRAO, «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», Diario La Ley (8053), 2013, p. 2.

[38] https://www.justice.gov

[39] https://www.sec.gov

[40] https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide

contrarias a las políticas empresariales sin temor a sufrir consecuencias por ello; y b. que, luego de concretada la denuncia, se prevea un proceso eficiente, confiable y adecuadamente financiado para investigarla y documentar la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas que se hayan adoptado. Justamente en este aspecto, y con relación a la necesidad de la existencia de información detectada en investigaciones internas que motivan una autodenuncia, la guía no se distancia en mucho de legislación argentina luego de la sanción de la Ley 27.401.

Ya en su momento, y específicamente sobre este tema el DOJ en el 2015, a través del ex Fiscal General, Sally Q. Yates[41], se emitió un memorando normativo donde se enfatiza que la empresa, para colaborar en una investigación, debe brindar todos los hechos relevantes sobre las conductas ilícitas detectadas a nivel corporativo y las personas involucradas[42]. Además, en 2017 se dio la incorporación de una serie de disposiciones en el *U.S. Attorney's Manual* (USAM)[43], en donde se ponen de manifiesto las expectativas del DOJ en términos de cooperación, rectificación y resolución de conflictos entre una investigación interna y cualquier investigación gubernamental. Ambos elementos ofrecen políticas escritas y estandarizadas que ayudan a los operadores de la empresa acerca de cómo y por qué debe estructurarse una investigación interna de una manera determinada, a luz de los posibles beneficios a obtener en investigaciones estatales.

En el ámbito puramente práctico, cuando una empresa haga una investigación interna bajo los criterios de la Ley 27.401 y la acerque a las autoridades, se encontrará con un fiscal acostumbrado a encontrar la responsabilidad penal en personas físicas y no en personas jurídicas. Ello es así, por una parte, porque la formación académica brindada hasta ahora en nuestras universidades en materia penal ha estado centrada, como bien sabemos, en un sistema dogmático jurídico-penal y procesal penal basado en la responsabilidad individual y, fundamentalmente, en delitos dolosos de comisión. Pero, por otra, en que la actuación profesional de los operadores judiciales, y obviamente, también de los miembros del Ministerio Público Fiscal, se ha concentrado siempre en la investigación y delimitación de responsabilidad penal de personas físicas, salvo contadas excepciones donde la ley penal ya preveía en el país la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero otro tema importante es que habrá que ver qué atención le presta el fiscal a la información aportada por la empresa luego de una investigación interna. No podemos olvidarnos que él está acostumbrado a investigar por sí mismo y será sin dudas una barrera cultural que se tendrá que vencer. La tradición de la administración de justicia en Argentina es claramente distinta a la americana o, incluso, a la brasilera que en este aspecto está más avanzada. En Argentina sigue teniendo un peso muy relevante la idea del ius puniendi estatal y con ello la arraigada posición basada en una investigación también pública. Es decir, si la consecuencia jurídica es una sanción impuesta por el Estado, debe ser este quien también esté a cargo de la investigación y fundamentalmente a cargo del respeto de las garantías en dicho proceso. Por lo tanto, si bien la

[41] El llamado *Yates Memorandum* en una Circular que la Vice-Fiscal General de los Estados Unidos, Sally Quillian Yates, dirigió el 9 de septiembre de 2015 a todos los fiscales de su país.

[42] Silva Sánchez, «*Yates Memorandum*», InDret (2015-4), sostiene que "por lo que hace a la tradición continental europea, la idea central de la Circular constituye prácticamente una verdad de Perogrullo: a saber, que uno de los medios más eficaces de combatir la delincuencia corporativa es buscar la responsabilidad de las personas físicas que cometieron el injusto a todos los niveles y que, por tanto, procede hacer hincapié en este punto".

[43] https://www.justice.gov/jm/justice-manual

regulación en Argentina es similar a la que surge de la guía, en la práctica habrá que ir construyendo una cultura sobre la importancia de la cooperación de las empresas y las investigaciones internas como un elemento fundamental para que esa cooperación tenga como consecuencia una reducción o, incluso, la exclusión de la pena.

Sin duda las investigaciones internas son una gran herramienta para la mejora del programa de cumplimiento. Es decir, las conclusiones de las investigaciones internas deben servir para robustecer los programas de cumplimiento que no pueden ser algo estable, sino que, por el contrario, deberán ir sufriendo muchas modificaciones a la luz de la nueva información que vaya surgiendo de las distintas fuentes y de entre las propias investigaciones internas.

Hay un punto importante que requerirá sin duda de un análisis detallado por parte de los abogados internos de la empresa, así como del asesoramiento de especialistas en Derecho Penal en este punto ineludible: esto es, cuáles son las pruebas mínimas que se deben tener para decidir la autodenuncia. A saber, cuándo y con qué información la empresa dará un paso relevante que la lleve a involucrarse directamente en una causa penal contra algunas de las personas físicas que la integran, teniendo incluso el riesgo de ser ella misma sujeto pasivo de la imputación penal.

Se ha sostenido que Argentina tiene unos muy elevados grados de impunidad en las investigaciones penales que, si bien duran en el tiempo, suelen concluir con cierres muchos años después sin condenas efectivas. Desde esa perspectiva, es impensable que alguna empresa decida colaborar con el Estado realizando una autodenuncia[44]. Sin embargo, ese razonamiento implica una visión parcial del sistema penal y más aún de uno en el cual el imputado es una persona jurídica. El simple hecho de pasar por un proceso penal implica un daño reputacional para una empresa que debe ser muy apreciado para decidir si se inclina o no por realizar una autodenuncia. Para una empresa, el escarnio periodístico, fundado en una investigación penal donde ella no ha colaborado, puede convertirse en una sanción mucho más significativa que la propia imposición de una pena que, en estos casos, sería o una multa o alguna clase de inhabilitación.

Finalmente, un tema especialmente interesante relacionado con el punto anterior, y que requiere sin duda de un análisis específico que excede este trabajo, es el relativo a qué se tiene la obligación de detectar en el marco de las investigaciones internas y, a partir de allí, qué se debe o no autodenunciar. A saber, qué sucede con todo aquello que surge de una investigación interna de la empresa pero que esta como tal no tenía la obligación de controlar, ¿corresponde allí de todos modos la denuncia? O, en su caso, si luego se descubren los hechos y se determina que la empresa los

[44] Las probabilidades de ser condenado no se ponderan del mismo modo que las probabilidades de ser descubiertos por el delito. En el primer caso, el proceso penal ya está iniciado y el daño reputación concretado, mientras que, en el segundo caso, no existe riesgo reputacional alguno si no se descubre el delito de la empresa o de alguno de sus integrantes. Por eso, las probabilidades de ser descubierto el delito juegan un papel importante en el ámbito del Derecho Penal económico en general, cfr. Sahan, «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 245-247.

[44] Cfr. Montiel, «Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 221-243.

conocía con anticipación, ¿puede ampararse en el principio general de *nemo tenetur se ipsum accusare?* Dilemas varios, desafíos múltiples. Y, sin lugar a dudas, un nuevo ámbito de desarrollo profesional para la creatividad de los especialistas en Derecho Penal.

VI. Reflexiones finales

La legislación penal argentina sufrió importantes modificaciones en los últimos años, en gran medida por la reforma procesal (que hizo pasar a un sistema a nivel federal) y el Proyecto de Reforma al Código Penal de la Nación. Ambos marcaron la agenda, aunque este último no ha sido tratado aún en el Congreso de la Nación.

La sanción de la Ley 27.401 si bien no fue la primera en implantar en Argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sí ha sido la pauta legal que dio relevancia a la incorporación de los programas de cumplimiento y al desarrollo del criminal *compliance* en el país[45].

Las investigaciones internas son un elemento importante de los programas de cumplimiento, sobre todo al ser una pauta legal obligatoria para posibilitar la exclusión de responsabilidad penal en supuesto de autodenuncia.

Sin bien resta un importante debate en la implementación práctica de las investigaciones internas y los procesos penales en Argentina, la pauta legal obligará a fiscales, empresas y jueces a desarrollar un camino sin retorno en la determinación de responsabilidades penales de los entes colectivos. Para ello, será necesario que los operadores del sistema penal, pero sobre todo los responsables internos de las empresas, trabajen en el diseño e implementación de las autorregulaciones y, en concreto, den pautas estandarizadas para las investigaciones internas[46].

Los límites de estas investigaciones, el respeto de las garantías de las personas investigadas, si es que merecen los mismos estándares que los asegurados en una investigación penal estatal, son temas que están aún en plena discusión. Más aún cuando las pruebas recolectadas en el marco interno pretenden luego poder ser utilizadas por los fiscales en una investigación penal tradicional.

[45] La relación entre el *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas es contingente, es decir, que aquel puede existir sin esta y viceversa; sin embargo, en general se han configurado como instituciones inherentes vid. AYALA GONZÁLEZ, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», In Dret (2020), 2; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho Penal económico», en SILVASÁNCHEZ/ MIRÓ LINARES (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013, p. 485; NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, pp. 81-84 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, pp. 248-274.

[46] Montiel, «Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 221-243.

VII. Bibliografía

Aboso, Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y trasnacional, BdeF, Buenos Aires, 2018.

Aboso, Código Penal de la República Argentina. Comentado y concordado con jurisprudencia, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

ALCÁCER GUIRAO, «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», Diario La Ley (8053), 2013, p. 2.

Altamirano/ Rubinska (coord.), Derecho Penal tributario, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

Anllo (dir), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programa de integridad (*Compliance*). Ley 27.401 comentada, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

Anllo, "Comentario al art. 3 de la Ley 27.401", en Anllo (dir), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programa de integridad (*Compliance*). Ley 27.401 comentada, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 120-122.

Artaza Varela, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Ayala González, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», In Dret (2020), 2.

Coca Vila, «El abogado frente al blanqueo de capitales ¡Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia, InDret, 4-2013.

Del Sel, «*Societas delinquere: ¿potest o non potest?*», en Yacobucci (ed.), Derecho Penal empresario, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2010, pp. 89-128.

Durrieu, "La autodenuncia y otras exenciones de pena", en LL, Suplemento Especial, (mayo-2018).

Durreiu/ Vidal Albarracín, «Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción», en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 77, nro. 2, diciembre 2017.

Fonseca Fortes Furtado, "¿Sigue creciendo por todas partes el derecho penal?, en García Cavero/Chinguel Rivera, (coords.), Derecho Penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Ideas, Lima, 2019, pp. 189-192.

García Cavero, Derecho Penal Económico, 2da ed., Grijley, Lima. 2007.

Gili Saldaña, «Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010\24346; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)», InDret, Abril (2010).

Goena Vives, «El abogado *in-house* como colaborador forzoso de la justicia», en García Cavero/ Chinguel Rivera (coords.), Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Ideas, Lima, 2019, pp. 937-960.

Gómez-Jara Díez, La culpabilidad penal de la empresa, 2005.

González Guerra, «La actual situación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina», en García Cavero/ Chinguel Rivera (coords.), Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Ideas, Lima, 2019, pp. 887-909.

González Guerra, «El principio de taxatividad en el derecho penal administrativo. Algunas reflexiones a la luz de la nueva legalidad penal», en Carnevali (coord.), Derecho, Sanción y justicia penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 253-280.

González Guerra, Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del derecho penal económico, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

González Guerra, «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», en Silva Sánchez (dir.), ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pp.163-206.

González Guerra, «El nuevo "*falso in bilancio*" y su relación con el delito de falsedad de los documentos societarios del CP español. Reflexiones en torno al proceso de reforma del emblemático delito de falsedades en los documentos societarios del art. 2621 núm. 1 del *Codice Civile* italiano», en Actualidad penal, (5-2002), pp. 83-103.

González Guerra/ Tamagno, «Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica», *Compliance*, Anticorrupción y Responsabilidad empresarial, Durrieu/ Saccani (Dir.) en Suplemento Especial, La Ley, Buenos Aires, mayo 2018, pp. 1-15.

González Guerra/ Valerga Araoz, «Sujetos obligados a informar: cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero», en El Derecho Penal, n 12, (2011), pp. 5-19.

Goñi Sein (dir.), Ética empresarial y Códigos de conducta, La Ley, Madrid, 2011.

Greenblum, «*What Happens to a Prosecution Deferred-Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*», en Colum. L. Rev., (2005), vol. 105, p. 1863.

Hassemer, Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Valencia, 1999.

Krause, «El principio de taxatividad en el derecho penal administrativo», en Carnevali (coord.), Derecho, Sanción y justicia penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 219-252.

Kuhlen/ Montiel/ Ortiz de Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013.

Laporta, El dolo y su determinación en Casación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.

Lascano, «El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por soborno trasnacional, en el debate parlamentario argentino de 2017», en Cuadernos de Derecho Penal, (abril 2018), núm. 4, pp. 26.

Manrique, «Ignorancia deliberada y Derecho Penal. *Willful Blindness and Criminal Responsibility*», en ISONOMÍA (No. 40), abril 2014, pp. 163-195.

Montaner Fernández, Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental, Atelier, Barcelona, 2008.

Montiel, «Lineamientos de integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento», en Montiel/ Ayestarán, Reporte en *Compliance.* Lineamientos de integridad, *Crimint-Investiación*, Buenos Aires, 2018, pp. 11 y ss.

Montiel, «Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 221-243.

Montiel, «Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho argentino», En Letra: Derecho Penal, Año IV, número 6, pp. 124-150.

Nieto Martín, «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», Diario la Ley (8120), 2013, p. 11.

Nieto Martin, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz de Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 21-50.

Nieto Martin, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.

Ortíz de Urbina Gimeno, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho Penal económico», en Silva Sánchez/ Miró Linares (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013.

Ortíz de Urbina Gimeno, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (‘*Compliance programs*’)», en Goñi Sein (dir.), Ética empresarial y Códigos de conducta, La Ley, Madrid, 2011, pp. 115 ss.

Palma Herrera (dir.), Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica, Dykinson, Madrid, 2014.

Pastor Muñoz, «¿Organizaciones Culpables?», Recensión a Carlos Gómez-Jara, La Culpabilidad Penal de La Empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 pp., en InDret, Barcelona, Abril (2006).

Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Ragues i Valles, «Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal», ISSN, 1515-7326, nº 13, (2/2013), pp. 11 a 38.

Ragues i Valles, El dolo y su prueba en el proceso penal, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Robiglio, «El reproche penal al ente de existencia ideal», en Altamirano/ Rubinska (coord.), Derecho Penal tributario, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pp. 947-957.

Rodríguez Estévez, «Exigibilidad y reproche penal corporativo para la empresa», en PRENSA

Rodríguez Estévez, «Comentario al art. 2 de la Ley 27.401», en Anllo (dir), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programa de integridad (*Compliance*). Ley 27.401 comentada, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 98-120.

Rodríguez Estévez, Imputación de responsabilidad penal para la empresa, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2015.

Ruibal, «Comentario al art. 8 de la Ley 27.401», en Anllo (dir), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programa de integridad (*Compliance)*. Ley 27.401 comentada, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 151-158.

Sahan, «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz De Urbina Gimeno (eds), *Compliance* y teoría del Derecho Penal, Marcial Pons, 2013, pp. 245-259.

Sarrabayrouse, «Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balance y perspectivas», en Palma Herrera (dir.), Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 341 ss.

Seelmann, "La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena", en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Límites al Derecho Penal, Atelier, Barcelona, 2012.

Silva Sánchez, "El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución", InDret (2020-1)

Silva Sánchez, «*Yates Memorandum*», InDret (2015-4).

Silva Sánchez, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, 3ra ed. ampliada, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

Silva Sánchez, «La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídica», en http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/620.

Silva Sánchez, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en InDret (2-2007).

Silva Sánchez/ Ortíz de Urbina Gimeno, «El art. 31.2 del Código. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», en InDret, 2-2006.

Tiedemann, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf.

Uhlmann, «*Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*», en Md. L. Rev., (2012), vol. 72, p. 1295.