

# LA LEY

Buenos Aires, Argentina

Lunes 26 de diciembre de 2022

Con este diario  
la edición digital  
del Suplemento  
[Innovación &  
Derecho](#)



AÑO LXXXVI Nº 261

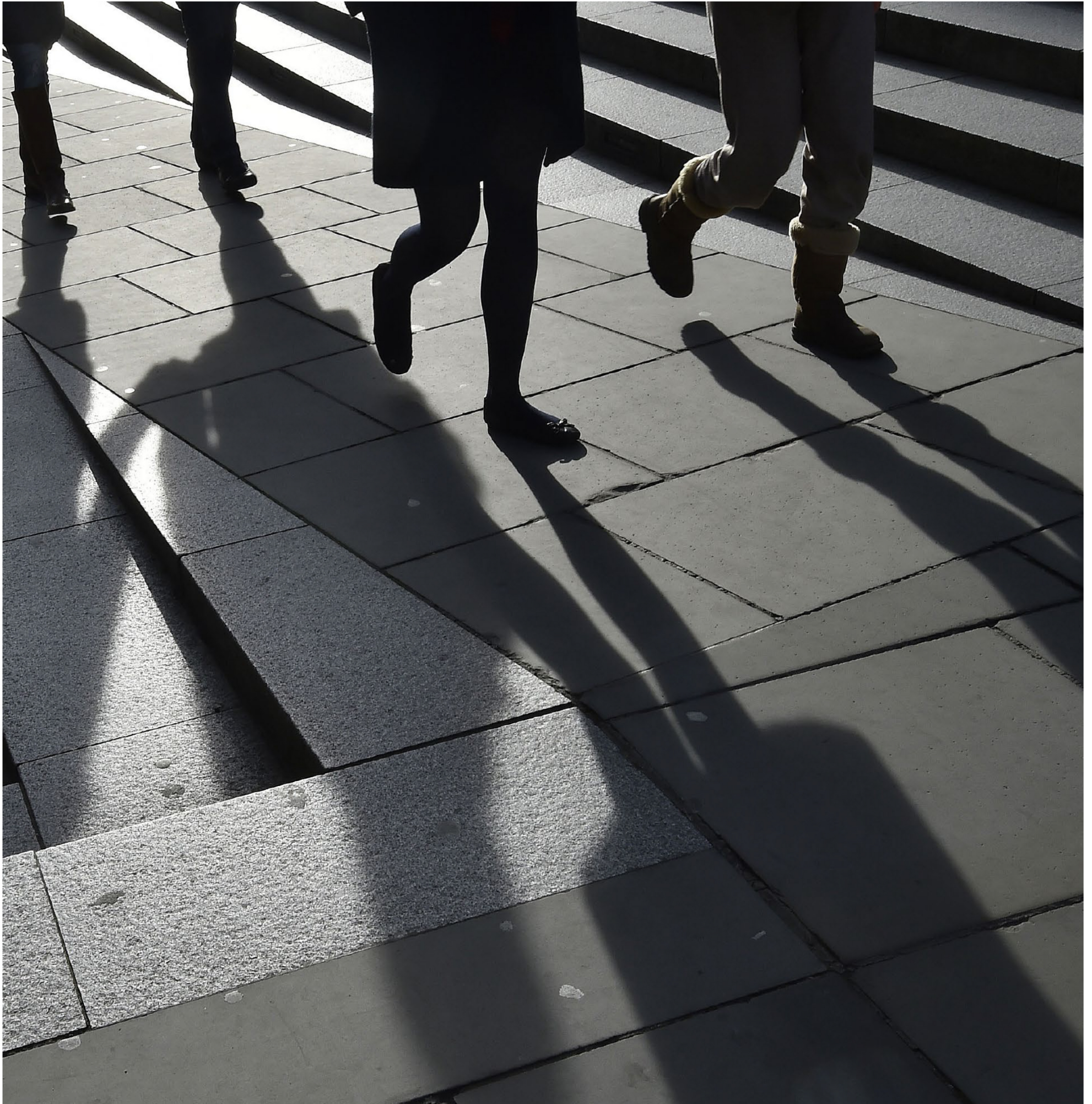
TOMO LA LEY 2022-F

ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180

 THOMSON REUTERS®

## Especial *Compliance*

Coordinador: Nahuel N. Espinillo



## Doctrina

# Incentivos y desincentivos de *compliance* bajo la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria por delitos de corrupción



Fernando Basch (\*)

Abogado (UBA). Posgrado en Derecho Penal (UP). Master en Teoría Jurídica y Política (University College London). *Antibribery Specialist* (Trace International). Asimismo fue profesor visitante en Southwestern University School of Law (USA). Socio del departamento de *Compliance*, Investigaciones y Derecho Penal Empresario del Estudio Bruchou & Funes de Rioja. Destacado por *Leading practitioner* en la práctica de *compliance* por Chambers & Partners, y como "Leading individual" por Legal 500.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Responsabilidad de la persona jurídica por conductas de cualquier miembro de la organización (e incentivos de *compliance*).— III. Responsabilidad de la persona jurídica por conductas de terceros (y debida diligencia).— IV. Responsabilidad sucesoria de la persona jurídica (y debida diligencia en procesos de fusión, adquisición o transformación).— V. Persecución de la persona jurídica con independencia de la acción penal contra los autores individuales (*tone at the top*).— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

Adoptada en el marco del proceso de acceso de la República Argentina a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y con el objetivo de cumplir con la convención de dicha organización contra el soborno transnacional (1), la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas por delitos de corrupción (2) (en adelante, "la ley 27.401", o "la ley de RPPJ") buscó plasmar el modelo de atribución de responsabilidad a empresas impulsado por la OCDE.

Cinco años después de su aprobación, y algo menos desde su entrada en vigor, salvo por la difusión reciente de un caso en el cual se estaría por homologar un acuerdo de colaboración eficaz (3), no se han conocido decisiones judiciales o del Ministerio Público aplicando la ley de RPPJ (4).

Es normal que la aplicación de una legislación de estas características tarde años en sistemas de justicia que —como el nuestro— carecen de tradición en materia de responsabilidad penal empresaria (5). Pero también es cierto que ciertos aspectos del modelo adoptado conspiran contra una aplicación efectiva, principalmente porque inhiben la colaboración privada con la de-

tección e investigación pública del delito, que debería ser su gran motor.

La ley de RPPJ que buscó plasmar el modelo de responsabilidad de personas jurídicas promovido por la OCDE. Llamo "modelo de la OCDE" al sistema por el cual se requiere que las personas jurídicas sean:

- responsabilizadas y sancionadas por las conductas de miembros de su personal de cualquier jerarquía (6);

- responsabilizadas y sancionadas por los comportamientos de sus terceros, tanto por instrucción expresa como por déficit en la supervisión o prevención (7);

- responsabilizadas y sancionadas por las acciones de sus predecesoras (8);

- perseguidas y sancionadas independientemente de (sin condicionar dicha posibilidad a) la existencia de un proceso o condena contra el autor o los autores individuales del delito (9) —principio de independencia de las acciones, que busca que las acciones judiciales contra personas físicas y contra personas jurídicas se enriquezcan mutuamente—; y

- se beneficien de sanciones atenuadas en consideración de la implementación

de programas de *compliance* adecuados (10).

El modelo de la OCDE está dirigido a incentivar prácticas de *compliance* en sentido integral: tanto preventivas como de colaboración privada con la persecución pública. En esta contribución sostengo que la ley 27.401 no genera incentivos claros para que las personas jurídicas opten proactivamente por prácticas colaborativas. Sin embargo, como veremos en las próximas secciones, ello no significa que la ley de RPPJ no genere incentivos para llevar adelante prácticas de *compliance* de carácter preventivo, principalmente para reducir riesgos penales y sentar las bases de eventuales estrategias de defensa.

## II. Responsabilidad de la persona jurídica por conductas de cualquier miembro de la organización (e incentivos de *compliance*)

Bajo la ley 27.401, las personas jurídicas tienen responsabilidad por la conducta de cualquier individuo que actúe directa o indirectamente con su intervención o en su nombre, interés o beneficio (11). La ley de RPPJ adopta un modelo de responsabilidad vicaria u objetiva —que descansa sobre el presupuesto de que cualquier delito cometido por un empleado o agente de la persona jurídica acarrea su responsabilidad—. Se di-

ferencia así (i) del modelo basado en la teoría de la identificación, que requiere que se pruebe una acción propia de quienes tienen capacidad legal para expresar la voluntad de la persona jurídica; y (ii) del sistema basado en la teoría del déficit organizacional, que imputa responsabilidad a la entidad por deficiencias propias, de organización interna, de manera de atribuir el delito a la inexistencia, insuficiencia o incapacidad de políticas y/o procedimientos preventivos.

Tratándose de una ley penal, puede alegarse que el sistema de atribución de responsabilidad adoptado choca con el principio de culpabilidad, al generar responsabilidad a una persona (jurídica) por la conducta de otra (la persona real —física o humana— que cometió el injusto) (12). Los restantes países de la región que han adoptado sistemas de atribución objetiva de responsabilidad lo han hecho a través de regímenes administrativos (13), mientras que los sistemas penales se han edificado sobre el modelo de déficit organizacional (14). La FCPA de los Estados Unidos —modelo de aplicación para todas las legislaciones que penan a personas jurídicas por soborno transnacional— sí aplica el modelo de responsabilidad vicaria en un sistema penal, pero en la tradición anglosajona y con jurisprudencia consolidada en la materia hace más de un siglo (15).

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) El autor agradece a Lucía Falú y Tomás Fernández Bouzo su asistencia en la investigación. Este artículo retoma y expande el análisis desarrollado en "La ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Corrupción. A cuatro años de vigencia sin aplicación", en MASARO, Mauro Lauría y ORDOÑEZ, Pablo (Directores). *Corrupción*, colección "Tópicos de la Justicia Penal Federal", Editores del Sur, Buenos Aires, 2022.

(1) OCDE, *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, firmada el 17 de diciembre de 1997 y efectiva desde el 15 de febrero de 1999. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery\\_spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf) (último acceso: 18 de noviembre de 2022).

(2) Ley 27.401, sancionada el 08/11/2017, publicada en el Boletín Oficial el 01/12/2017 y cuya fecha de entrada en vigencia fue el 01/03/2018, TR LALEY AR/LEGI/9FX9.

(3) Ver "Segunda jornada sobre las novedades en la aplicación de la Ley 27.401", 03/10/2022. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/segunda-jornada-sobre-las-novedades-en-la-aplicacion-de-la-ley-27401> (último acceso: 18 de noviembre de 2022).

(4) Si hubo desarrollos administrativos...

(5) En Chile, la ley 20.393 entró en vigor en 2009 y el primer acuerdo en su aplicación ocurrió en 2013.

En Brasil, la ley 12.846 entró en vigor en enero de 2014 y la primera condena tuvo lugar en 2018. En Perú, la ley 30.424 es del año 2016, fue reglamentada recién en 2019 y aún no se registran casos de aplicación.

(6) OCDE, *Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 26 de noviembre de 2009*. Anexo I. Sección B. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/1d14e442-4fc7-4f31-820e-068e8acbcf76.pdf> (último acceso: 16 de noviembre de 2022).

(7) *Ibidem*.

(8) *Ibidem*, Sección B. 5, p. 20.

(9) *Ibidem*.

(10) OCDE, *Recomendación...*, cit. Art. XV.ii y XXIII d; OECD *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (2021), XV.

(11) Ley 27.401, art. 2.

(12) Para evitar responsabilizar a la persona jurídica por un hecho ajeno, el proyecto del Poder Ejecutivo que inició el trámite legislativo que culminó con la sanción de la ley de RPPJ había previsto —siguiendo el modelo chileno— que la responsabilidad de la persona jurídica se generaría por los delitos que hubieren sido realizados por personas humanas en su nombre, representación o interés bajo la condición *sine qua non* de que la comisión del delito fuera "consecuencia de un control y supervisión inefectivo".

(13) Brasil y Colombia han adoptado regímenes de responsabilidad administrativa, mientras que México y Perú presentan modelos mixtos. Ver en la República Federativa de Brasil, Ley 12.846/2013 disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm) (última consulta: 18/11/2022); en Colombia, la Ley N° 1.778/2016, disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf> (último acceso 18/11/2022) y la reciente Ley 2195/2022, disponible aquí: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175606#:~:text=La%20presente%20Ley%20tiene%20por,e%20integridad%20y%20recuperar%20la> (último acceso 18/11/2022). El ordenamiento jurídico mexicano prevé un sistema de responsabilidad administrativa en la Ley General de Responsabilidades Administrativas (art. 24, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf> (último acceso 18/11/2022) y un sistema de responsabilidad penal en su Código Nacional de Procedimientos Penales (Título X, Capítulo II). En el caso peruano, la responsabilidad es administrativa, aunque tramita en la esfera del Poder Judicial. Ver Ley 30.424 arts. 1 y 17 (disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30424.pdf>) y Decreto Legislativo N° 1.352 (disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-de>

creto-legislativo-n-1352-1471551-4/) (últimos accesos 18/11/2022).

(14) En Chile, bajo la Ley N° 20.393 (disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id-Norma=1008668&idVersion=2022-09-27&idParte=8811434> - último acceso: 18/11/2022), serán responsables las personas jurídicas cuando el delito fuese cometido directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o en su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. También existirá responsabilidad por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados precedentemente. En todos los casos, sin embargo, la persona jurídica será responsable cuando la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido.

(15) *New York Cent. R.R. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

*La vía del artículo 9 para la eximición de pena*

Ahora bien, aunque la ley 27.401 no requiere probar un déficit organizacional para atribuir un delito a una persona jurídica, sí reconoce el mérito organizacional al prever la eximición de pena (y de responsabilidad administrativa, si la hubiera), si se verificasen tres condiciones de forma concurrente: (i) que la investigación se hubiera iniciado por una autodenuncia de la persona jurídica como consecuencia de una investigación interna, (ii) que la persona jurídica devuelva el beneficio indebido proveniente del delito, y (iii) que antes del delito hubiera implementado un programa de integridad adecuado, cuya violación requiriera un esfuerzo por parte de los autores individuales del delito (16).

**Esta fórmula crea un premio muy lejano e incierto como para incentivar las prácticas de compliance establecidas como condiciones, que son extraordinariamente exigentes. A diferencia de las leyes que adoptaron el modelo del déficit organizacional [como la chilena, la peruana o la italiana (17)], la prueba de que el delito ocurrió, a pesar de la implementación de un programa de compliance adecuado, no funciona aquí como una defensa autónoma (18). Casos que bajo un modelo de déficit organizacional podrían excluirse procesalmente a través de una excepción de falta de acción, herramienta procesal dirigida a evitar el inicio de una acción improcedente, por ejemplo, ante la atipicidad de una conducta al propio inicio de la investigación, bajo el modelo de la ley argentina solo podrían resolverse con una decisión de eximición de pena al final de un largo juicio oral, que podría demorar más de diez años en ocurrir.**

Como el art. 9º de la ley de RPPJ no habla de eximición de responsabilidad, sino de pena, en términos procesales esto significa que primero habrá de determinarse en juicio si existió responsabilidad penal, para luego establecerse en la instancia de la determinación de la pena si se cumplieron los requisitos para su eximición: las condiciones contempladas en el art. 9º de la ley 27.401 no hacen a la antijuridicidad de la conducta de la persona jurídica, sino a sus condiciones de punibilidad. Pero para ello, además, el caso debería haberse iniciado con una autodenuncia, producto de una investigación interna; y la persona jurídica debe devolver beneficio indebido obtenido del delito. Esta última condición agrega incertidumbre, pues se trata de un concepto abierto, de difícil determinación y sujeto a controversia (19). De hecho, según se ha hecho público, el primer acuerdo de colaboración eficaz en los términos de esta ley prevería que dicha determinación sea delegada en una pericia (20).

(16) Ley 27.401, art. 9.

(17) Ver: Ley 20.393 de la República de Chile, art. 3, estableciendo que las personas jurídicas serán responsables de los delitos alcanzados “siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión”; Ley 30.424 de Perú, art. 17, estableciendo que “la persona jurídica está exenta de responsabilidad (...), si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado...”. En Italia se introdujo la responsabilidad empresarial mediante el Decreto Legislativo 231/2001 (disponible en italiano en <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2001;231vig> - última consulta: 18/11/2022) cuyo artículo 6 establece que la sociedad pueda ser eximida de la responsabilidad si prueba que el órgano directivo adoptó y aplicó eficazmente, antes de la comisión del hecho, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de aquellos ocurridos.

(18) El proyecto de ley enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional establecía un modelo de responsabilidad similar al previsto en la ley chilena.

En conclusión, el sistema adoptado por la ley difícilmente incentive a alguna compañía a autodenunciarse para lograr el premio de la eximición de pena. Compañías que estén sujetas —además de a la ley argentina— a otras legislaciones anticorrupción de aplicación transnacional podrían recurrir a la vía del art. 9º como muestra (o prueba) de su cultura de *compliance*, en el marco de procesos de negociación con autoridades de otros países. Pero —salvo por una disposición ética o una cultura de cumplimiento legal extraordinaria— difícilmente tenga razones para concurrir por esta vía una empresa únicamente sujeta a la legislación argentina.

*El acuerdo de colaboración eficaz para cerrar la persecución*

La ley 27.401 ofrece una segunda vía que no permite excluir completamente la pena, pero sí una declaración de responsabilidad y, más importante, frenar el proceso penal. El acuerdo de colaboración eficaz ofrece dichas posibilidades y bajo exigencias (muy) menores que aquellas necesarias para la eximición de pena. Para sellar un acuerdo de colaboración, la persona jurídica debe facilitar información precisa, útil y verificable que conduzca a la elucidación de los hechos, la recuperación de activos o la identificación de delincuentes individuales (21). Brindar información para cumplir con uno solo de estos objetivos puede ser suficiente —a decisión del fiscal—, pues la ley los enumera de forma alternativa.

El acuerdo de colaboración ofrece una solución seguramente más valiosa para la persona jurídica que el recorrido del art. 9º que concluiría en una eximición de pena, pues permitiría evitar años de litigio penal, la exposición pública y los costos comerciales y reputacionales aparejados (22). Ante el camino largo e incierto que ofrece la solución ofrecida por el art. 9º, en lugar de autodenunciarse, la persona jurídica parece tener mayores incentivos de observar en qué medida y con qué solidez podría avanzar una investigación hipotética y esperar hasta la citación a juicio (es decir transcurrida toda la etapa de investigación preliminar o instrucción, que puede demorar largos años), para resolver si compartir los resultados de su investigación interna con la fiscalía. De esta manera, la ley genera incentivos para que las personas jurídicas intenten detectar los delitos cometidos en su seno a través de sistemas de denuncia o reporte e investigarlos internamente —aunque estos elementos no estén contemplados como elementos obligatorios del programa de integridad por el propio texto legal (23)—.

na. Disponible en: <http://archivo2016.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/OA-Proyecto-RPPJ-consolidado-julio-2016.pdf> (ver su art. 3); último acceso: 19/01/2018).

(19) Respecto del concepto de beneficio indebido en la ley 27.401 y su determinación, ver el completo análisis desarrollado en Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Comisión Anticorrupción, “Beneficio Indebido. Un análisis preliminar”, 2022. Disponible en: <https://archivo.consejo.org.ar/publicacionesedi/Informe3-Beneficio-Indebido-Un-Analisis-Preliminar-Anticorrupcion.pdf> (último acceso: 14/11/2022).

(20) Presentación del fiscal Fernando Domínguez en las Jornadas de Actualización de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas desarrolladas en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires y organizadas también por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), la Oficina Anticorrupción (OA) y la Comisión de Seguimiento del Cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, octubre de 2022.

De todos modos, incluso la del acuerdo de colaboración puede verse como una vía incierta para las personas jurídicas. Más allá de que la ley no dice exactamente cuál es la contraprestación para la persona jurídica que aporta la información y cumple las restantes condiciones impuestas por el fiscal (necesariamente debe tratarse de la clausura de la persecución, aunque esto está solo implícito en la ley), se crea una fuente de incertidumbre al concedérselos al juez y al fiscal un plazo de hasta un año para corroborar la verosimilitud y la utilidad de la información proporcionada en el marco del acuerdo. Este podría quedar sin efecto si la información no fuera corroborada como verosímil o útil (24), con lo cual el proceso se reanudaría.

**La posibilidad de que el acuerdo de colaboración caiga sobre la base de la falta de corroboración de la “utilidad” de la información compartida genera incertidumbres innecesarias que —salvo jurisprudencia que enderece la cuestión— desincentivarán el uso de esta herramienta.**

¿Cuál será el estándar de “utilidad” a superar? ¿Será necesario que la información aportada haya permitido progresar en ciertas etapas procesales con relación a otros imputados? ¿El aporte de información “precisa, útil y verificable” constituye una obligación de medios o de resultados? Lo lógico es que la evaluación sobre la utilidad de la información aportada se circunscriba a aquella que formula la fiscalía al momento de concluir si sellar un acuerdo o no hacerlo. Si la información fue considerada suficientemente útil al momento del acuerdo en una evaluación prospectiva, ¿qué podría modificar dicha evaluación *ex post*? Posiblemente la manera en la cual la investigación a cargo de las autoridades estatales se desarrolló y sus resultados concretos, materias que están fuera del control de la persona jurídica —y fuera de su ámbito de previsibilidad al momento de decidir si sellar un acuerdo o no—. Esta incertidumbre respecto de los resultados concretos que podría arrojar acordar con la fiscalía naturalmente reduce los incentivos a avanzar en este camino. No llama la atención que la argentina sea la única legislación de estas características en la región que prevé una cláusula como esta. Lo razonable hubiera sido que la legislación se limitara a permitir dejar sin efecto un acuerdo basado en información falsa —sobre todo en un contexto legal, como el argentino, en el cual el imputado tiene derecho a mentir—, o parcial e insuficiente, y enfatizar la necesidad de que la fiscalía evalúe la utilidad de la información aportada *ex ante*, al momento de negociar el acuerdo.

(21) Ley 27.401, arts. 16 y ss.

(22) Que el acuerdo de colaboración sea una estrategia más razonable para las personas jurídicas que la vía ofrecida por el artículo 9 no es razonable desde un punto de vista político criminal, porque el modelo de la OCDE busca (y así funciona en los países con mayor recorrido) que la cooperación privada ayude a las autoridades estatales a detectar la corrupción: lo que el art. 9º busca al condicionar la eximición de pena a que el caso se haya iniciado a través de una autodenuncia producto de una investigación interna.

(23) Ley 27.401, art. 23.

(24) Ley 27.401, art. 21. El uso del término “verosimilitud” parece equivocado, pues verosímil es aquello “que tiene apariencia de verdadero” (*Diccionario de la Real Academia Española*, edición online. Disponible en: <https://dle.rae.es/veros%C3%ADmil?m=form> - último acceso: 15/11/2022 -), cuando lo necesario para la justicia es corroborar que la información aportada sea efectivamente veraz, o verdadera.

(25) Ley 27.401, art. 2º.

(26) Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1025. Por otro lado, un mandato “puede ser conferido y acep-

**III. Responsabilidad de la persona jurídica por conductas de terceros (y debida diligencia)**

El modelo de la OCDE responsabiliza a las personas jurídicas por las conductas de sus terceros, para evitar que la mera delegación de la actividad delictiva libere a la empresa de responsabilidad; y al mismo tiempo para transferir al sector privado la responsabilidad por la disuasión, el control y monitoreo a lo largo de cada cadena de valor.

La ley 27.401 prevé la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos por terceros en su nombre, interés o beneficio, incluso si quien actuó carecía de atribuciones para representarla, pero “siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita” (25). Es decir que para responsabilizar a una persona jurídica por un hecho cometido por un tercero sin atribuciones para representarla, la fiscalía debería probar que ratificó al menos tácitamente su gestión.

En el derecho civil y comercial argentino una contratación gestionada por un tercero sin representación se ratifica tácitamente ejecutándola (26), con lo cual uno podría interpretar que un soborno no encomendado por parte de un tercero sin representación se ratificaría tácitamente ejecutando los efectos derivados. A su vez, bajo el concepto de mandato tácito, “(s)i una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella” (27).

Esta norma se desvía en parte del modelo de la OCDE, porque condiciona la responsabilidad de la persona jurídica por actos de terceros a la ratificación de dichos actos por parte de la persona jurídica. Tratándose de un sistema penal, dicha ratificación deberá ser probada por la fiscalía. Y ello necesariamente requerirá probar conocimiento, porque mal podría ratificarse lo que se desconoce.

El resultado de este desvío del modelo de la OCDE debería promover una de las principales prácticas de *compliance*, que llamativamente no integra los elementos del programa de integridad que la ley 27.401 considera “obligatorios”: la debida diligencia de terceros (28). Las empresas podrían evitar que se pruebe una ratificación tácita de un acto de corrupción si demostrasen que los vínculos con sus terceros están regidos por cláusulas que prohíben expresamente cualquier conducta ilícita y si mostrasen una pre-

tado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella” (Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1319).

(27) Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1319. Este dispone que el mandato “puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella”.

(28) Paradójicamente, dentro del sentido categorizar a ciertos elementos del programa de integridad como obligatorios y a otros como no obligatorios, tratándose el programa de integridad en sí de una práctica voluntaria (con la única excepción de para quienes contraten con el Estado en los términos del artículo 24 de la ley), la ley previó a la debida diligencia de terceros como un elemento no obligatorio de los programas de integridad (art. 23).

ocupación activa por comprometer a sus terceros —no solo en el terreno formal de las cláusulas contractuales— a actuar dentro de los márgenes legales en toda interacción con funcionarios públicos y a verificar el cumplimiento de dicho compromiso. Ante la evidencia de una debida diligencia de esas características, difícilmente podría un fiscal probar una ratificación tácita de un delito cometido por un tercero. De esta manera, llevando adelante y documentando políticas y procedimientos de debida diligencia de terceros, las personas jurídicas reducirían fuertemente los riesgos de ser responsabilizadas por hechos de socios de negocios.

#### IV. Responsabilidad sucesoria de la persona jurídica (y debida diligencia en procesos de fusión, adquisición o transformación)

En línea con el modelo de la OCDE, la ley 27.401 establece también la responsabilidad penal sucesiva de la persona jurídica para casos de transformación, fusión, absorción, escisión u otras modificaciones societarias (29). Es decir que en dichos casos la responsabilidad de una persona jurídica por un delito de corrupción se transfiere a la entidad que la sucede. Esta regla es usual en sistemas de responsabilidad de personas jurídicas para evitar que el delito salga gratis ante el simple recurso de modificar la personería y crear incentivos para que las compañías se involucren en la identificación e investigación de los delitos que podrían heredar, generando una fuente comercial de detección de delitos que facilite la tarea de las autoridades de aplicación de la ley.

Esta regla de la ley de RPPJ podría promover incentivos fuertes a la colaboración con la justicia como resultado de los procesos de debida diligencia en el marco de fusiones, adquisiciones u otras transformaciones societarias —impulsando a las empresas a compartir la información que reunieran acerca de la posible comisión de delitos por parte de la empresa “target” de una compra o de una fusión— si estuviera acompañada por un premio importante a dicha colaboración (30). Sin embargo, la ley 27.401 no prevé dicho incentivo (31). Curiosamente prevé 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” (32) únicamente como un elemento “optativo” de los programas de integridad, sin calificar su desarrollo adecuado y la colaboración resultante en una etapa de preadquisición como merecedora de una eximición o mitigación de responsabilidad. En ausencia de un premio de dichas características, las compañías carecen de razones para denunciar los delitos de sus predecesoras que hubieran conocido en los procesos de *due diligence* (33). Solo les queda la vía del art. 9° de la ley o el acuerdo de colaboración eficaz, en ambos casos post-adquisición: escaso e incierto premio considerando el costo de someterse a proceso penal en Argentina.

De todos modos, sin crear un incentivo a la colaboración, la ley de RPPJ sí crea un incentivo a la realización de procesos de debida diligencia de *compliance* en el marco de fusiones o adquisiciones. En dichos procesos las empresas se enfrentan al riesgo de “comprarse” el delito de su *target*; y el modo de descartarlo es conociendo acabadamente los antecedentes de la persona jurídica en cuestión, de manera de evitar la compra en caso de detectar la contingencia o alternativamente contemplar el pasivo oculto en su precio.

da diligencia de *compliance* en el marco de fusiones o adquisiciones. En dichos procesos las empresas se enfrentan al riesgo de “comprarse” el delito de su *target*; y el modo de descartarlo es conociendo acabadamente los antecedentes de la persona jurídica en cuestión, de manera de evitar la compra en caso de detectar la contingencia o alternativamente contemplar el pasivo oculto en su precio.

#### V. Persecución de la persona jurídica con independencia de la acción penal contra los autores individuales (y *tone at the top*)

En su art. 6°, titulado por la propia ley como “Independencia de las acciones”, la ley 27.401 prevé que “(l)a persona jurídica podrá ser condenada aún (*sic*) cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”.

Al buscar independizar la acción contra la persona jurídica de la acción contra los autores individuales, la ley 27.401 intenta tomar distancia del sistema de sanciones a personas jurídicas como consecuencia accesoria a la condena individual que ha sostenido el andamiaje legal del castigo a personas jurídicas en Argentina (34). Sin embargo, lo hace de un modo condicionado y bajo fórmulas imprecisas y conceptos hasta ahora ajenos a nuestro derecho penal: la persona jurídica únicamente puede ser condenada sin que se hubiese identificado o juzgado a la persona humana que hubiere intervenido, si las circunstancias del caso permiten establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Como primera aproximación al tema, no hay un condicionamiento al inicio de una persecución contra la persona jurídica, sino a su condena. Esto ayuda a mover el sistema penal hacia la determinación de los autores individuales del delito, pues permite que la acción contra la persona jurídica se inicie sin siquiera la identificación de responsables individuales. Se aspira así a que dicha identificación resulte de la ayuda de la persona jurídica, incentivada por la posibilidad de eximirse de pena —si además la investigación hubiese comenzado por su “autodenuncia”, devolviere el beneficio indebido y probase que al momento del delito tenía un programa de integridad adecuado—, de arribar a un acuerdo de colaboración eficaz o de reducir su pena. Como vimos, es de prever que las personas jurídicas prioricen la posibilidad de golpear la puerta del Ministerio Público Fiscal para explorar un acuerdo de colaboración por sobre la búsqueda de la eximición de pena vía art. 9°.

Sin embargo, a la disfuncionalidad de los incentivos a la colaboración que observamos en la sección anterior se le suma en este caso que, de acuerdo con los términos del art. 6°, si no se lograra la identificación o el juzgamiento de las personas humanas, no se podría condenar a la persona jurídica, salvo que “las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría

haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”.

Esta fórmula abre muchos interrogantes.

La ley señala que no hay condicionante a la condena de la persona jurídica, si fue posible “identificar” o “juzgar” a “la persona humana que hubiere intervenido”. ¿Que hubiere intervenido en qué? La respuesta es, necesariamente, que hubiere intervenido en el delito cometido por la persona humana. El art. 6° de la ley 27.401 no refiere a los hechos, las circunstancias o la plataforma fáctica que involucra a la persona humana; refiera a su delito. El sistema penal puede identificar o juzgar a personas humanas imputadas o acusadas *de ciertos hechos* antes de una condena, pero únicamente puede identificar —o haber juzgado— a la persona humana que *cometió el delito* a través de una condena firme. Bajo cualquier otra interpretación se barrería con el principio de inocencia. Así, la fórmula del art. 6° parece busca evitar condicionar la condena de la persona jurídica a la condena individual, pero al condicionarla a la identificación o juicio de quien hubo cometido un delito cae en la misma trampa.

Por otro lado, para los casos en los cuales no se hubiera logrado la identificación o el juzgamiento de la persona física que hubiere intervenido en el delito, la norma no excluye la posibilidad de que se condene a la persona jurídica, pero lo condiciona a la prueba —que estará a cargo de la acusación— de que “las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.”

¿Qué significa “tolerancia” hacia un delito en el contexto de la ley de RPPJ? ¿Qué son —quiénes integran— los “órganos de la persona jurídica”?

La fórmula legal analizada es el resultado de un proceso legislativo que pasó por distintos actores con distintas prioridades. Al proyecto de ley enviado por el Ejecutivo, que tenía por foco cumplir con las exigencias de la OCDE —y en este punto en particular, adoptar el principio de independencia de las acciones—, se introdujo en el Senado la condicionante bajo análisis; y para evitar autorizar el castigo penal por un hecho ajeno, se exigió probar la tolerancia de los órganos de la persona jurídica hacia el delito. La OCDE criticó esta reducción del marco de punibilidad, señalando que la ley se apartó de sus recomendaciones y que en lugar de “tolerancia”, concepto incierto, debió aplicar el concepto de “ratificación” ya utilizado en el art. 2° con relación a la responsabilidad de la persona jurídica por actos de terceros sin poder para representarla (35).

Lo que le preocupa a la OCDE es que esta fórmula limite la aplicación de la ley, haciéndola inefectiva. Tiene buenas razones para albergar esta inquietud, porque el ámbito de aplicación de condenas a personas jurídicas ha quedado fuertemente limitado a la prueba —cuya carga reposa en la acusación— de un cúmulo de circunstancias difíciles de comprender, lejanas a la prác-

tica habitual de los fiscales y rodeadas de numerosos interrogantes. Por ejemplo, para avanzar en un proceso contra una persona jurídica sin condena previa de los individuos partícipes del delito, ¿será suficiente probar que uno o algunos miembros de un órgano de dirección de la persona jurídica conocían individualmente que se estaba cometiendo un delito para dar por verificado el estándar de tolerancia de los órganos de la persona jurídica? Al hablar de tolerancia de los órganos de la persona jurídica, la ley parece pedir más que la mera disposición de voluntad de sus (o de alguno de sus) integrantes. Por otro lado, la ley parece exigir tolerancia por parte de todos los órganos de la persona jurídica, pues de otro modo debió haber requerido tolerancia de alguno de sus órganos, cosa que no ha hecho. Y esto luce como un estándar de prueba difícil de cumplir. Incluso parece ser más exigente que un modelo de atribución de responsabilidad basado en la teoría de la identificación.

Finalmente, y retomando el planteo de la OCDE frente a esta norma, la misma ley que en el art. 2° aplicó el término *ratificación tácita* aquí usa el de *tolerancia*, con lo cual mal podrían estos conceptos recibir el mismo tratamiento. Evidentemente el poder legislativo quiso distinguirlos. En principio, la idea de *tolerancia* parece vincularse con una disposición de ánimo existente durante la comisión del delito: uno tolera algo al tiempo en que está ocurriendo; mientras que una ratificación suele ser *ex post*. Esto podría significar que lo que la fiscalía deberá probar es no solo que hubo conocimiento del delito por parte de (todos) los órganos de la persona jurídica, sino que dicho conocimiento fue concomitante a su comisión. Esto reduciría notablemente la posibilidad de aplicar condenas a personas jurídicas.

En conclusión, una norma legislada con el objetivo de satisfacer el estándar de la OCDE de independencia de las acciones posiblemente resulte, en la práctica, en la aplicación de un estándar más restringido que aquel que viene siendo aplicado por la jurisprudencia en materia de sanciones a personas jurídicas por otros delitos, como los aduaneros o el lavado de activos.

La norma de independencia de las acciones, de este modo, ofrece una línea estratégica clara de defensa para las personas jurídicas investigadas bajo la ley 27.401. Y además sugiere una estrategia de *compliance* que debería facilitar sus defensas en la eventualidad de enfrentar un proceso: ejercer activamente y documentar debidamente el *tone at the top*, es decir, el liderazgo inequívoco de las autoridades de la persona jurídica hacia el cumplimiento y la aplicación del programa de integridad.

Si bien cada caso tiene sus circunstancias, una estrategia de *tone at the top* desarrollada de forma seria y debidamente documentada debería ayudar a una persona jurídica a responder cualquier imputación sobre la base de que la organización aplicó una política clara de intolerancia al delito, liderada por sus autoridades (sus órganos) y bajada a todo su personal y terceros. Ante dicha prueba, difícilmente pueda estable-

(29) Art. 3°, ley No. 27.401.

(30) Como sucede por ejemplo en los Estados Unidos en aplicación de la FCPA. Ver *Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission*, “FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition” (2020), disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download> (último acceso: 01/04/22), p. 29.

(31) El proyecto del Poder Ejecutivo preveía -siguiendo legislaciones comparadas que generan mayores in-

centivos a la debida diligencia en procesos de compras y adquisiciones o reorganizaciones empresarias- que la persona jurídica resultante de la compra o del proceso de transformación societaria se eximiría de responsabilidad si pudiese probar que en dicho proceso llevó adelante la debida diligencia a los fines de detectar delitos cometidos durante la gestión anterior. Ello fue excluido durante el debate legislativo bajo el argumento de que era demasiado favorable a la persona jurídica, pudiendo premiar excesivamente procesos de debida diligencia cosméticos.

(32) Ley 27.401, art. 3°.

(33) Ver MONTIEL, Juan Pablo, “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal* (2019), Año VI, núm. 9, ps. 78-102.

(34) Ver ley 22.415 (1981) (delitos aduaneros), ley 19.359/1982, texto ordenado por Decreto en 1995 (delitos cambiarios), ley 24.241 (1993) (delitos contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones), ley 24.769 (1997) (delitos tributarios) y Código Penal, Libro Segundo, Título XIII (delitos contra el orden eco-

nómico y financiero - lavado de activos, financiamiento del terrorismo, uso de información privilegiada y manipulación de mercado).

(35) OECD *Phase 1bis report, Implementing the OECD Anti-Bribery Convention*, 2019, p. 13, párr. 52-53, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Argentina-Phase-1bis-Report-ENG.pdf> (último acceso: 31 de enero de 2022).

cerse que los órganos de la persona jurídica toleraron la comisión del delito (y menos aún, por la propia dificultad de probar un contra-fáctico, donde “el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”). Aquí un incentivo fuerte a una de las prácticas de *compliance* de mayor relevancia, si no la más relevante: la existencia real de un compromiso y un liderazgo desde la dirección de la persona jurídica hacia el cumplimiento de la ley y la aplicación del programa de *compliance*. Paradójicamente, también este es un elemento que la propia ley de RPPJ degrada, al no incluirlo entre los elementos obligatorios del programa

de integridad. Desde una perspectiva de defensa y prevención penal, posiblemente sea lo más importante que las personas jurídicas puedan hacer para reducir riesgos de enfrentar procesos largos y costosos que amenacen con penas en su contra.

#### VI. Conclusiones

La ley 27.401 creó un sistema penal de responsabilidad objetiva. Buscó incentivar las prácticas de *compliance*, a las que concibió de modo integral incluyendo prácticas preventivas, colaborativas con las investigaciones de las autoridades públicas, remediales y reparativas.

Vimos que la ley de RPPJ falla en la creación de incentivos a la colaboración, posiblemente el aspecto más relevante de las legislaciones que responsabilizan a personas jurídicas por delitos de corrupción bajo el modelo de la OCDE, pues es a través de la colaboración privada que buscan mejorar en la detección y eficacia contra el delito.

Sin embargo, también observamos que el sistema creado por la ley 27.401 genera incentivos a la faz preventiva de las prácticas de *compliance*. Curiosamente, aquellas que no han sido priorizadas en la propia ley como elementos

obligatorios de los programas de integridad tienen particular relevancia para reducir riesgos de enfrentar acciones penales y, en el supuesto de que ello ocurra, posicionar a la persona jurídica imputada del mejor modo posible para desplegar su defensa: la debida diligencia de terceros, la debida diligencia en procesos de compras, fusiones y demás transformaciones empresarias, los sistemas de gestión de denuncias, las investigaciones internas y el *tone at the top*.

---

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3601/2022