SUPLEMENTO ESPECIAL

MAYO 2018

COMPLIANCE, ANTICORRUPCIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA

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

THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria / Carlos M. González Guerra... [et al.]; dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.
496 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3604-4

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

CDD 345

Copyright © 2018 by La Ley S.A.
Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Tirada: 6000

ÍNDICE GENERAL

El *compliance* y los profesionales hoy..... VII

Introducción de los directores IX

Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica
Por **Carlos M. González Guerra y María José Tamagno** 1

Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401
Por **Rodolfo G. Papa** 9

El delito de "balance falso" y el art. 300 bis del Cód. Penal
Por **Oscar Fernández**..... 21

La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas
Por **Alejandro Carrió y Maximiliano Reussi** 39

Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales
Por **Carolina Robiglio**..... 53

Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad
Por **Juan Pablo Montiel**..... 73

El *criminal compliance* como fundamento de imputación penal corporativa
Por **Juan María Rodríguez Estévez**..... 85

La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana
Por **Guillermo Vidal Albarracín** 99

Terceras partes: políticas y controles para comprobar su integridad y trayectoria (art. 23, punto VI)
Por **Andrés Sarcuno** 105

La importancia de la identificación de los beneficiarios finales en el *compliance*
Por **Andrés Knobel** 113

Los procesos de verificación (*due diligence*) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3º y 23, inc. VII de la ley 27.401)
Por **Mariela Inés Melhem** 123

Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones
Por **Mariano Joaquín Fernández** 133

La autodenuncia y otras exenciones de pena
Por **Nicolás Durrieu** 141

Aproximación teórica al acuerdo de colaboración eficaz
Por **Francisco J. Crocioni** 155

Responsabilidad penal empresaria y sistema procesal acusatorio
Por **Agustín Carrara y Alejandra Freire** 177

El secreto profesional del abogado y las investigaciones internas
Por **Maximiliano N. D'Auro y Tadeo Leandro Fernández** 189

Programas de *compliance* anticorrupción: Aspectos complejos, legislación comparada y consecuencias
Por **Gustavo L. Morales Oliver** 199

Tone-at-the-top: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia
Por **Gustavo G. Regner** 211

Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo?
Por **Matthias Kleinhempel** 217

El entrenamiento ético en un programa de integridad
Por **María Marta Preziosa** 229

La toma de decisiones en *compliance*
Por **Tomás Thibaud** 237

El rol del Oficial de Cumplimiento en la Práctica
Por **Ramiro Cabrero** 247

La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Programa de integridad y Código de Cumplimiento Ético
Por **Enrique Prini Estebecorena** 259

Análisis periódico de riesgos de *compliance* y su impacto en un programa de integridad dinámico
Por **María Mercedes Domenech** 267

La implementación y gestión de los canales internos de denuncia y la política de protección de denunciantes contra represalias
Por **Ana López Espinar y Hernán Carnovale** 279

La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal
Por **Diego H. Martínez** 287

Compliance y acción colectiva anticorrupción
Por **Fernando Basch** 303

Investigaciones internas: una guía práctica
Por **Raúl R. Saccani** 313

La prevención de ilícitos en las interacciones con el sector público: reglas y procedimientos a aplicar
Por **Paula Honisch** 343

Apuntes sobre la corrupción y la Convención Interamericana
Por **Ángel Bruno** 361

Compliance en el ámbito de los seguros
Por **Diego Andrés Alonso y Esteban Gramblicka** 371

Compliance en el ámbito de las entidades financieras
Por **María Cecilia Lanús Ocampo** 393

Compliance y protección de datos personales
Por **Pablo A. Palazzi** 405

Compliance y responsabilidad penal empresaria en el sector energético
Por **José A. Martínez de Hoz (h) y Delfina Vallvé** 409

Consideraciones preliminares sobre *compliance* en el sector de *retail*
Por **Walter Fabián Larriva** 417

La corrupción y la prevención del lavado de activos
Por **Zenón A. Biagosch** 427

Liberté, Egalité... et Transparence: la Ley Sapin II y la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas
Por **Roberto P. Bauzá** 435

Implicancias de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en la República Argentina
Por **Adriana Riviere-Badell y John Couriel** 445

El ordenamiento jurídico anticorrupción en Brasil
Por **João C. de Andrade U. Accioly** 455

Una aproximación a la implementación práctica de la ley 20.393 en Chile
Por **Gabriela Gutiérrez Soto** 467

El *compliance* y los profesionales hoy

El crecimiento a pasos agigantados y la creciente complejidad que viene adquiriendo en los últimos años la problemática del *compliance* en la dinámica empresarial obliga a Thomson Reuters La Ley a aportar soluciones que den suficiente satisfacción a las variadas necesidades que experimentan en esta etapa inicial profesionales, autoridades de control, magistrados y compañías en general sobre la temática en cuestión. Dar respuesta adecuada y veloz a ello, simplemente, es cumplir con lo que espera el público de nosotros y de nuestra trayectoria.

La vigencia de la ley 27.401 (Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas) a partir del 1º de marzo aceleró innegablemente los tiempos de respuesta requeridos.

Frente a dicho escenario, desde la Editorial, nos complace presentar este material autoral en el cual el lector se encontrará con casi 500 páginas trabajadas a través de 40 artículos de doctrina escritos por distintos referentes nacionales y extranjeros, provenientes de los más diversos ámbitos, lo cual garantiza la pluralidad de voces y enfoques que este proyecto requiere.

Lógicamente, este aporte a los profesionales no hubiese sido posible sin el grandísimo esfuerzo que han llevado adelante las 48 voces que han participado aquí, lideradas por los directores Nicolás Durrieu y Raúl Saccani. Nuestro inmenso agradecimiento a todos ellos.

Conscientes de las necesidades existentes sobre el tema, Thomson Reuters La Ley ha decidido que sus suscriptores reciban este suplemento de manera gratuita. Buscamos así premiar a nuestros clientes, que son el centro y el eje a partir del cual pensamos todas nuestras iniciativas.

Asimismo, este material no se distribuye solo en formato papel, sino que también se encuentra a disposición de todos los suscriptores en nuestro Sistema de Información Legal (*informacionlegal.com.ar*) y en nuestra biblioteca digital ProView (*proview.thomsonreuters.com*).

Es nuestro sincero deseo que este Suplemento cumpla y supere las expectativas de nuestros clientes y de todos los profesionales que trabajan, o comenzarán a trabajar en el corto y mediano plazo, con la temática referida al *compliance*.

El equipo de la dirección de contenidos
Thomson Reuters La Ley

Introducción de los directores

Nos llena de satisfacción haber logrado este suplemento titulado "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria", que perfectamente podría considerárselo un libro, en razón de la cantidad y calidad de los autores que han participado.

Nos gustaría comenzar explicando brevemente la importancia del tema, sobre todo para aquellos ajenos a esta especialidad, que nos motivó a embarcarnos en este trabajo.

El término en inglés *compliance* muchas veces se traduce como "cumplimiento normativo de la empresa", aunque en realidad es mucho más que eso. Se lo puede describir como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptadas por las entidades de existencia ideal para identificar, clasificar, gestionar y corregir sus riesgos, a fin de evitar o reducir los riesgos propios de la actividad empresarial. Dicho conjunto de medidas va, a menudo, más allá de los requerimientos normativos y es por eso que se habla del fenómeno de la "autorregulación".

Por su parte, la ley 27.401, en la cual se centra esta obra, les atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas por algunos hechos de corrupción cometidos por sus dependientes y terceros vinculados con la empresa. A fin de eximir o reducir su responsabilidad, resulta esencial que la entidad se organice de manera tal que pueda prevenir o reducir sus riesgos. Así cobra relevancia el programa de integridad de la sociedad (enumerada en los arts. 22 y 23), cuya adecuada implementación resulta de importancia para la ley debido a las siguientes razones: exime de pena y responsabilidad administrativa (art. 9º); atenúa la graduación de la sanción penal (art. 8º); es una condición necesaria para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); y es un requisito para ser proveedor del Estado Nacional para ciertas contrataciones (art. 24).

Por ello, puede decirse que el compliance es el alma o principio rector de la ley 27.401, y he allí la razón por la cual el título elegido del suplemento sea "Compliance, anticorrupción y la ley penal empresaria".

La obra tiene la virtud de analizar la ley desde diversos puntos de vista porque, si bien es una ley penal que será eventualmente interpretada por jueces y fiscales de dicho fuero, se complementa con conceptos y normas extrapenales. Por tal motivo, algunas cuestiones serán analizadas desde el derecho penal, tales como la atribución de responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos, los delitos involucrados y las eximentes de responsabilidad. También se abarcarán algunos de los elementos de un programa de cumplimiento y, quizás lo más importante, algunos autores abordarán la necesidad del cambio cultural de la empresa como elemento esencial para que funcione adecuadamente un modelo de prevención de la corrupción.

En este sentido, la construcción de un programa de integridad efectivo requerirá de un compromiso —al más alto nivel— significativo y sostenido en el tiempo. Esto se debe a que la prevención es la suma de muchas partes, el análisis del entorno que enfrentan, así como la evaluación y el otorgamiento de prioridad a los riesgos involucrados que necesariamente variarán en función de la naturaleza del negocio. El desarrollo, para esa realidad particular, de políticas y procedimientos

de compliance —y su actualización dinámica— aportará muchos beneficios: evitar, detectar y remediar las irregularidades que pudieran tener lugar en la empresa, y también abrir las puertas para trabajar con el sector público, entre otros.

Tampoco podemos dejar de lado las normativas internacionales y del derecho comparado en la lucha contra la corrupción, sobre todo de los países vecinos como Chile y Brasil –dos buenos ejemplos de la región que vienen aplicando estos modelos de prevención desde hace algunos años– y de países centrales como los Estados Unidos, cuya aplicación extraterritorial de sus normas deben ser tenidas en cuenta. A los autores de dichos países que contribuyeron con la obra les damos un especial agradecimiento.

Es importante mencionar que el suplemento no se limita a la ley 27.401, ya que muchos de los temas que se abordan se aplican indistintamente para cualquier riesgo en la empresa. Es decir, los elementos de un programa de integridad y la cultura de cumplimiento dentro de la organización serán esenciales para neutralizar y reducir cualquier contingencia. Asimismo, se analizarán otros riesgos penales o administrativos por los que puede atravesar la empresa, como son el lavado de activos y la protección de datos, así como también algunas experiencias sectoriales sobre la problemática, como la del seguro o el energético.

Lo dicho en el párrafo anterior resulta de suma importancia ya que, si bien la ley 27.401 puede modificarse, muchos de los conceptos aquí tratados trascienden a toda norma en particular. A modo de ejemplo, existe un anteproyecto del Código Penal que será presentado este año en el Congreso, el cual además de unificar y armonizar los regímenes ya existentes sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, los amplía a otros delitos que no se encontraban abarcados hasta el día de hoy, tales como los delitos contra el medio ambiente o la trata de personas con fines sexuales o laborales. Asimismo, esta incipiente rama del derecho será complementada por las guías y lineamientos que dispongan la Oficina Anticorrupción Nacional (según dec. 277/2018) y aquellas resoluciones generales de actuación que dicten los Ministerios Públicos Fiscales —principalmente el nacional—, entre otros organismos de contralor.

Por último, no queremos dejar de agradecerles a los autores, ya que sin su aporte no hubiera sido posible este suplemento. Su contribución resultará sumamente enriquecedora para el lector debido a que muchos de ellos han participado directa o indirectamente en el proceso de elaboración del proyecto que finalmente resultó en la ley 27.401, llamada “responsabilidad penal empresarial” por hechos de corrupción, además de ser reconocidos profesionales en sus distintas especialidades.

Una nota para destacar de la obra es la variedad de opiniones y enfoques —aun de un mismo tema— ya que provienen de diversas extracciones. Se encuentran especialistas del derecho penal, abogados corporativos externos, contadores, funcionarios públicos, docentes y oficiales de cumplimiento, entre otros. Es preciso aclarar que las opiniones expresadas en cada artículo corresponden a sus autores, a título personal, y no necesariamente representan las opiniones de otras personas, incluidas las entidades a las que está vinculado el coautor, otros coautores, o la editorial. La información incluida en este suplemento tiene por objetivo el debate académico con fines educativos únicamente. Por lo tanto, su intención no es suministrar asesoramiento profesional a los lectores.

También queremos agradecerle a la editorial Thomson Reuters La Ley que ha permitido que este material sea distribuido gratuitamente entre sus suscriptores, a fin de que contribuya a la difusión del tema tratado, que impacta de lleno en la lucha contra la corrupción que tanto daño le causa a nuestro país.

Por último, agradecemos a nuestros amigos, familiares y socios, que nos han permitido brindarle el tiempo necesario a la concreción de esta obra.

Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani

Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica

POR **CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA** (*) Y **MARÍA JOSÉ TAMAGNO** (**)

I. Introducción

En el sistema jurídico argentino la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas, no es una novedad. La legislación penal argentina puso en crisis ya hace muchos años el principio *societas delinquere non potest* al incorporar en varias leyes especiales la imputación directa a las personas jurídicas por conductas delictivas. El rol preponderante que tienen las empresas en la economía moderna reaviva constantemente la discusión sobre la validez de dicho principio (1).

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

A lo largo de la historia de la dogmática penal se pueden identificar tres momentos históricos de debate respecto a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica (2).

El primero se ubicaría a finales del s. XVIII, a partir de este momento las personas jurídicas comienzan a tener una participación más activa en el tráfico jurídico-patrimonial. El punto de discusión era la esencia de la persona jurídica, y a partir de ello se sentaron dos posturas, por un lado la de SAVIGNY, para quien la persona jurídica era una ficción y por otro la teoría de la realidad de GIERKE, quien partiendo de la idea de la teoría organicista de la biología, entendía que la persona jurídica, en tanto organismo, podía participar de la vida social, y por ende, tenía una personalidad colectiva.

La discusión dogmática sobre la RPPJ, giró no solo sobre la esencia de la persona jurídica, sino también en función de las teorías de la pena desarrolladas en el mismo s. XVIII. Para determinar si a un sujeto le era aplicable una pena era

(*) Doctor en Derecho penal y Ciencias penales por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor Asociado de Derecho penal y Director Ejecutivo del Máster en Derecho penal de la Universidad Austral. Director Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación penal en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(**) Magister en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Coordinadora Académica del Máster en Derecho Penal de la Universidad Austral. Asesora de la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación penal en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(1) Este principio es recogido del Derecho romano, base del derecho continental europeo y latinoamericano. Dicho principio se funda en que al ser las sociedades entidades de existencia ideal, no se les puede atribuir una acción, voluntad o culpabilidad propia y distinta a la de la persona jurídica. Tampoco se les pueden imponer penas de prisión, entendidas como las consecuencias jurídico-penales clásicas, si en cambio, le serán aplicables multas, inhabilitaciones, etcétera.

(2) Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico*, 2da ed., Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 654 y ss.

necesario saber en primer lugar quiénes eran los sujetos destinatarios del Derecho Penal.

La doctrina mayoritaria negó la RPPJ basándose en el principio *societas delinquere non potest*, y por ello, en el ámbito penal, se mantuvo la idea de que cuando los hechos delictivos se produjeran en el marco de actividades de personas jurídicas sólo se castigaba a las personas físicas que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.

El segundo momento, luego de la segunda guerra mundial se dio, cuando varios principios de la tradición jurídica anglosajona llegaron a Europa occidental.

Fueron los tribunales alemanes los primeros en aplicar estos principios para castigar penalmente a las personas jurídicas por los delitos cometidos a partir de sus actividades. Ello llevó a que en 1953 se discutiera en el Congreso Alemán de Juristas si la persona jurídica podía o no cometer delitos.

La opinión dominante, recaía en que al no tener la persona jurídica capacidad de acción no podía tener responsabilidad penal. Sin embargo, también se presentaron propuestas tendientes a imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas, aunque no se pudieron materializar legislativamente por la falta de precisión (3).

Hacia la segunda mitad del s. XX, enmarcado en el fuerte desarrollo que tuvo el Derecho administrativo sancionador, se establecieron varias medidas de carácter administrativo contra las personas jurídicas como multas e inhabilitaciones.

La discusión volvió a generarse por tercera vez cuando en el marco de la Comunidad Europea, en 1988 se dio la directiva a los Estados miembros para que establecieran sanciones para las personas jurídicas con la finalidad de proteger al mercado común. Pese a ello, hoy en día, aún no se ha arribado a un consenso sobre cuál es la capacidad delictiva de la persona jurídica. Es decir, se trata una decisión política y no jurídica.

Hoy sigue teniendo plena actualidad, el debate sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. El centro de esta discusión recae 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.

En resumen, la discusión sobre la RPPJ tiene dos aristas. Por un lado están quienes postulan la necesidad político criminal de sancionar penalmente a las personas jurídicas y por otro, quienes señalan que admitir esta posibilidad lesionaría los principios del Derecho Penal.

Lo que está claro, como punto de partida, es que muchas veces existe una diferencia muy marcada entre "las necesidades de Política Criminal y los límites de la Dogmática penal tradicional" (4).

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 (5).

"Determinar si las personas jurídicas serán responsables penalmente o en un plano meramente administrativo, son cuestiones que sólo pueden ser resueltas por la vía legislativa, es decir que el régimen aplicable será lo que resuelvan los respectivos sistemas jurídicos positivamente" (6).

En este sentido, el 1 de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.401, en virtud de la cual, Argentina incorporó a su plexo normativo, el Régimen de responsabilidad pe-

(3) La falta de capacidad de acción, se daba en el marco de una discusión muy fuerte entre la escuela finalista y la causalista sobre la teoría del delito.

(4) Tiedemann, Klaus, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf.

(5) Silva Sánchez, Jesús María, "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.

(6) Robiglio, Carolina L. I., "El reproche penal al ente de existencia ideal", en Altamirano, Alejandro y Rubinska, Ramiro M. (coords.), *Derecho penal tributario,* Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, ps. 947-957.

nal para las personas jurídicas (RPPJ) por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos agravados, con el fin de ocultar el cohecho y el tráfico de influencias, nacional y trasnacional.

En octubre del 2016, el Poder Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados de la Nación el proyecto de ley de elaborado de RPPJ por la Oficina Anticorrupción con la colaboración de la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Luego de varias discusiones, en junio de 2017 la Cámara de Diputados le dio media sanción aprobando el proyecto con modificaciones sustanciales. Se modificaron los delitos a los que alcanzaría la responsabilidad, el criterio de atribución, la imprescriptibilidad de la acción penal, y el alcance y los efectos de los acuerdos de colaboración eficaz y de los programas de cumplimiento.

El proyecto con media sanción fue enviado a la Cámara Alta, donde se introdujeron varias reformas con el fin de lograr un verdadero equilibrio entre la necesidad de sancionar los hechos de corrupción y por otro lado una mayor colaboración por parte de las empresas. La finalidad de estas modificaciones obedeció a la necesidad de perseguir el objetivo principal del proyecto del Poder Ejecutivo que no era otro que lograr una mayor eficacia en las políticas de prevención y lucha contra la corrupción. Para ello se propusieron una serie de incentivos para que las personas jurídicas por medio de la implementación de programas de integridad cooperen con las autoridades. Esto partiendo de la base de que la ley presupone que son las personas jurídicas —ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal—, quienes se encuentra en mejor posición de detectar internamente defectos de organización que puedan llevar a evitar hechos de corrupción.

Esta cooperación pública-privada en la prevención del delito, no es extraña a nuestro sistema legal. Por ejemplo, el sistema de prevención y detección del lavado de activos de origen ilícito (ley 25.246) prevé que los sujetos obligados son quienes tienen el deber de prevenir el delito y de reportar a la autoridad las operaciones que sean sospechosas (7).

Finalmente, las reformas propuestas por el Senado fueron enviadas a la cámara de origen, las cuales fueron aceptadas en su totalidad el 8 de noviembre de 2017.

II. Objetivos

La Exposición de motivos del proyecto de ley enviado por el PE señala que el régimen previsto en la ley busca promover que las personas jurídicas a través de la implementación de políticas y procedimientos internos puedan detectar incumplimientos que se den dentro de su estructura y de ese modo fijen sus objetivos internos a una cultura de integridad y sobre todo de prevención de los delitos contra la corrupción.

En este sentido se busca que, ante la amenaza real de una sanción y, sobre todo, la posibilidad de atenuar la responsabilidad para quienes hayan colaborado en la prevención y detección del delito, las personas jurídicas actúen como herramientas para aumentar la prevención de la corrupción y, además, ayuden a lograr una mayor eficacia en la persecución y castigo de los partícipes individuales.

No solo la Argentina tiene como uno de sus ejes fundamentales la lucha contra la corrupción, sino que también países como España, Estados Unidos, Brasil y Chile, entre otros, recurren a este tipo de figuras. Por eso vemos, que en estos países, ya se han dispuesto "regulaciones tendientes a estimular al sector privado a implementar políticas y procedimientos internos para prevenir la corrupción, aumentar la vigilancia en el mercado y cooperar con las autoridades estatales en la detección, investigación y sanción de los actos impropios, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia de la ley penal tanto en su aplicación a las personas jurídicas como a individuos" (8).

(7) Sobre este tema se sugiere González Guerra, Carlos M. y Valerga Aráoz (h.), Jorge A., "Sujetos obligados a informar 'cuasi-funcionarios' en la prevención del delito de lavado de dinero", EDPE, Nº 12/2011-5.

(8) Exposición de motivos ley 27.401.

Argentina a través de ley 27.401 y con la finalidad de cumplir con los objetivos antes señalados busca, mediante un modelo de imputación claro incentivar a quienes dirijan y administren a las personas jurídicas a dedicar esfuerzos para implementar sistemas de prevención orientados a evitar o reducir los riesgos de recibir condenas y en caso de recibirlas poder mitigar las sanciones aplicadas.

III. Derecho comparado

La ley de RPPJ se sancionó en un momento oportuno desde la perspectiva de política criminal. Argentina, del mismo modo que varios países de tradición continental, tiene orientada su mirada crítica hacia los riesgos económicos, sobre todo los derivados de hechos de corrupción (9).

Conviene comenzar por señalar que el derecho anglosajón o *common law* fue el primero en desarrollar la responsabilidad de la persona jurídica, mientras que recién hace algunas décadas atrás se extendió a algunos países del derecho continental europeo y latinoamericano (10).

Siguiendo esta lógica, fue Estados Unidos el primer país en autorizar la aplicación de sanciones penales a empresas. La responsabilidad se establece allí, en el orden federal en leyes tales como la FCPA (11) y el Título 18 del Código de los EE.UU. que codifica diversas leyes sancionadas, entre ellas la RICO contra el crimen organizado. Sin embargo, conviene aclarar que según se desprende de la definición dada por la "*Dictionary Act*" y desarrollada por la jurisprudencia, toda ley federal o estatal puede interpretarse que comprende dicha responsabilidad, aunque no lo establezca expresamente.

En términos generales, existe consenso en la jurisprudencia estadounidense para atribuirle responsabilidad a la persona jurídica cuando: 1. el hecho fue cometido por cualquier dependiente de la empresa, 2. se realizó dentro de sus competencias (aún en contra de las políticas o instrucciones expresas) y 3. en beneficio de la empresa aunque sea indirecto (12).

Estados Unidos ha adoptado un sistema de responsabilidad objetiva por los hechos de sus dependientes. No existe una eximición de responsabilidad en base a la culpabilidad autónoma de la persona jurídica, aunque sí se admite una morigeración de las sanciones o *Deferred Prosecution Agreements o Non-Prosecution Agreements (DPA o NPA)* con la fiscalía.

En la actualidad, a nivel comparado, se ha implementado la responsabilidad de la persona jurídica, adoptando dos modelos, que podrían agruparse:

a) En cuanto a la rama del derecho aplicable, en penal o administrativa.

b) En cuanto a la culpabilidad, en objetiva o subjetiva

A continuación desarrollaré sucintamente que países han adoptado el primero o el segundo de los modelos.

(9) Yacobucci, Guillermo, "La empresa como sujeto de implementación penal", en La Ley 27/11/2017, 1.

(10) La doctrina americana señala como primer antecedente, la decisión de la Corte Suprema de EE.UU. de 1909, en el caso "New York Central & Hudson River Railroad v. United States", a través de la cual se delimitó la actual responsabilidad penal de la persona jurídica por actos de sus agentes, incluyendo a empleados y terceras personas que actúan en su nombre (teoría denominada *respondeat* superior), ya que "si no fuera así, muchos delitos quedarían sin responsables... cuando la ley prohíbe a toda persona, sea jurídica o humana, de cometer ciertos actos de interés público". En fallos anteriores se le había otorgado una responsabilidad limitada para ciertos actos de omisión, aunque no se llegó a desarrollar el concepto.

(11) *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, es una ley que penaliza diversos actos de corrupción de personas físicas y jurídicas, a funcionarios públicos en el exterior de EE.UU. También se estipulan delitos relativos a la falsedad de los libros societarios. Alcanza a toda persona jurídica y física de dicha nacionalidad y a las personas jurídicas extranjeras que coticen en la bolsa de dicho país, así como a todo individuo o persona jurídica que de alguna manera haya contribuido con el soborno desde los EE.UU. (reforma de 1998). Ver en: https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations.

(12) Cfr. Durreiu, Nicolás - Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 77, nro. 2, diciembre 2017.

Alemania tanto como Brasil, no contemplan la responsabilidad penal de la persona jurídica pero sí una responsabilidad administrativa con efectos sancionatorios.

De acuerdo con el art. 30 del Código Alemán de Infracciones Administrativas (13), las sociedades son responsables cuando a sus representantes o autoridades se les atribuye algún delito o infracción administrativa, y con motivo de ello, han enriquecido —o intentado hacerlo— la entidad. Las multas pueden llegar hasta los 10 millones de euros, en el caso que el hecho se haya cometido con dolo, aunque según el art. 17, inc. 4º, la multa puede exceder el límite establecido con el fin de superar el beneficio obtenido. Bajo este sistema de responsabilidad objetiva, un reciente fallo del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, estableció que "el sistema de gestión del cumplimiento puede conducir a la reducción de una multa" pero no a su exoneración (14).

Por su lado, Brasil en un primer momento admitió la responsabilidad de la persona jurídica, solamente respecto de los delitos ambientales (ley 9.605/1998). En lo que respecta a los delitos de corrupción, durante el año 2013, y en un contexto político complejo en materia de corrupción, se sancionó la ley 12.846 (15) la cual establece expresamente en su primer artículo una responsabilidad administrativa, civil y objetiva a las personas jurídicas por delitos de corrupción (16) o por dificultar o interferir en actividades de fiscalización o investigación de órganos, entidades o funcionarios públicos. Como se señala la responsabilidad es objetiva y la ley prevé que en caso de que la persona jurídica demuestre que tiene un programa de cumplimiento efectivo, se autodenuncie ante la autoridad y colabore con las investigaciones pertinentes, se le pueda atenuar la multa que le corresponda.

El 21 de abril de 2016, Perú sancionó la ley 30.424 de "responsabilidad administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional". Mediante el Decreto Legislativo Nº 1352, el Poder Ejecutivo, con la participación de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, modificó la ley 30.424, incorporando a su ámbito de aplicación los delitos de cohecho, lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Cabe destacar que si bien la responsabilidad se denomina como "administrativa", se imponen sanciones penales, a través de un juez penal dentro de un proceso penal.

En contrapartida, y siguiendo el segundo modelo señalado anteriormente, en Latinoamérica, Chile fue el primer país en legislar la responsabilidad de la persona jurídica, a través de la ley 20.393 a fines del 2009, con motivo de su proceso de ingreso como miembro pleno de la OCDE. Es por ello, que esta ley fue tomada en cuenta, en su mayoría, en la redacción original del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional.

El principio bajo el cual rige dicha ley, a diferencia de los anteriores estados, es la atribución subjetiva de responsabilidad penal de la persona jurídica por inexistencia o deficiencia en los programas de integridad para prevenir la comisión de delitos. En la terminología penal española, responsabilidad por defecto de organización.

Se aplica no solo a los delitos de corrupción, sino también a los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales como de funcionarios públicos extranjeros (17). En julio del 2016, la ley 20.931, incorporó además el delito de receptación (18)

(13) *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG). Ver en. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/index.html.

(14) 1, StR 265/16 del 07/05/2017.

(15) Ver en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

(16) Tales como soborno nacional e internacional, fraude o manipulación en licitaciones públicas o en contratos celebrados con la Administración Pública.

(17) Hernández Basualto, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, vol. 5, nro. 9 (julio 2010), art. 5º, p. 207-236.

(18) Art. 456 bis A: "El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del art. 470, nro. 1º, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio

tipificado en el art. 456 bis A del Código Penal chileno.

La ley prevé que la persona jurídica pueda ser exonerada de responsabilidad u obtenga una atenuación si llegara a demostrar que cuenta con un programa de prevención.

También incorpora la posibilidad de obtener una certificación que acredite la adopción e implementación de un modelo de prevención, con vigencia por dos años, emitido por empresas auditoras externas. Por su parte, la doctrina entiende, que dicha certificación operaría como una presunción respecto de la adopción e implementación del modelo de integridad, susceptible de ser desvirtuada por el Ministerio Público (19).

En el mismo sentido, España incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Código Penal mediante la sanción de la Ley Orgánica 5/2010 para determinados delitos cometidos. Cinco años después se produjo una reforma integral al Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015. En dicha reforma se reguló la exclusión de responsabilidad cuando se cumplen ciertas condiciones que, en caso de no darse en su totalidad, sirven para la atenuación.

Se destaca que los delitos que se abarcan son todos los que tienen alguna relación con la criminalidad económica (20). Las sanciones son similares a nuestra ley. La persona jurídica puede reducir la graduación de la pena o directamente eximirse responsabilidad para el caso que demuestre una implementación adecuada de un programa de cumplimiento (21).

La Asociación Española de Normalización o UNE (su contraparte en Argentina es IRAM), estableció mediante la resolución UNE 19.601, los requisitos para crear, mantener o mejorar en la empresa, un sistema de gestión de riesgos para la prevención, detección y reacción de delitos de conformidad con las pautas establecidas en la reforma de la ley mencionada (art. 31 bis del CP).

IV. Argentina y los Acuerdos internacionales

Es sabido que existe un consenso general de que la lucha contra la corrupción ocupa hoy un lugar trascendental en la agenda nacional e internacional.

No hay dudas que los hechos de corrupción trascienden las fronteras. Es por ello que resulta de interés para la comunidad internacional atacarla de manera coordinada. Para eso se han elaborado diversos instrumentos internacionales donde se proponen medidas para la prevención, punición, recupero de activos y colaboración internacional en la lucha contra la corrupción.

El 29 de marzo de 1996, Argentina firmó el primer tratado multilateral firmado en el mundo sobre este tema, la "Convención Interamericana contra la Corrupción (22)", que incorporó como exigencia el cohecho de funcionarios públicos extranjeros y por otro lado, le prohibió a los Estados partes a no prestar cooperación en las investigaciones de hechos de corrupción basándose en el secreto bancario.

menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales...".

(19) Hernández Basualto, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, vol. 5, nro. 9 (julio 2010).

(20) El Código Penal no enuncia en la parte general a cuales delitos comprende, sino que se indica en cada uno de los delitos.

(21) El art. 31 bis, punto 2 dispone que la persona jurídica quedará persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y; no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición segunda. En los casos en los que los anteriores requisitos solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

(22) Incorporado a nuestro derecho interno a través de la ley 24.759, promulgada el 13/01/1997.

Luego se firmó la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional" el 15 de noviembre del 2000 (23), donde además de establecer la obligación de tipificar la asociación ilícita y los hechos de corrupción, se incorporó el lavado de activos, el entorpecimiento de la justicia y la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos mencionados, aclarando en el art. 10, que dicha responsabilidad podía ser de índole penal, civil o administrativa.

Al poco tiempo, en octubre de 2003 (24), se sancionó la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", que estableció mayores exigencias respecto a la prevención, punición, y recupero de activos. A modo de ejemplo, amplió la definición de funcionario público a los empleados de las empresas públicas y obligó a que cada estado parte crease un organismo que vele por la prevención y difusión de la lucha contra la corrupción (en el orden nacional de nuestro país, la Oficina Anticorrupción) y exigió la implementación de canales de denuncias, declaraciones juradas patrimoniales y códigos de conducta en el sector público. En cuanto a la faz punitiva, se destaca entre otras obligaciones, la tipificación del soborno a funcionarios extranjeros y falsedad de los libros contables, y aconseja (25) la implementación de otros delitos más, entre los que se encuentra el soborno entre privados (26). Por último, el art. 26 establece las mismas exigencias sobre la persona jurídica que el tratado anterior.

Estos tratados son obligatorios para la República Argentina no solo por el compromiso internacional asumido sino porque de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la CN tienen jerarquía constitucional.

Además de por lo expuesto, el Poder Ejecutivo, mediante la ley de Responsabilidad penal de la persona jurídica sancionada el año pasado, buscaba adaptar nuestro sistema penal en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la Argentina se obligó al adherirse a la "Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales". Así como también la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009. Esta Convención fue firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrolle Económico (27) (OCDE), el 17 de diciembre de 1997.

De las obligaciones derivadas de esta Convención, pueden resaltarse el compromiso de los Estados partes de tipificar el soborno transnacional activo (previsto en el art. 258 bis de nuestro Código Penal), el soborno transnacional y una serie de medidas que permitan lograr una mayor eficacia en los sistemas de investigación, enjuiciamiento, sanción y prevención. Entre dichas medidas, se encuentra la posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas.

Desde el año 2001, el Grupo de Trabajo sobre la Corrupción de la OCDE, ha evaluado sistemáticamente a la Argentina en relación al cumplimiento de los compromisos asumidos y entre otras recomendaciones, reclamaba la implementación de un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas para los casos de corrupción. Ello se desprende de la fase 3 bis del "Reporte sobre la implementación de la Convención Anticorrupción de la OCDE en la Argentina" emitido en marzo de 2017 (28).

Al igual que los anteriores tratados, no se exige que la responsabilidad sea penal (art. 2º),

(23) Incorporado a nuestro derecho interno a través de la ley 25.632, promulgada el 29/08/2002.

(24) Incorporada a nuestro derecho interno a través de la ley 26.097, promulgada el 6 de junio de 2006.

(25) Aquellos delitos que son exigidos por el tratado se lo indica imperativamente por lo que se diferencia de aquellos que son optativos implementar, cuando se indica que "*Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar...*".

(26) El soborno entre privados como delito autónomo no fue receptado por la mayoría de los países como es el caso de la República Argentina, en razón que se alega que la conducta se encuentra cubierta por el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7º).

(27) Incorporada a nuestro derecho interno a través de la ley 25.315, promulgada el 9 de abril de 2001.

(28) Ver en: http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf.

pudiendo también ser civil o administrativo, tal como lo aclara el comentario nro. 20 de dicho organismo al decir expresamente que "no deberá requerírsele a esa Parte que establezca ese tipo de responsabilidad penal".

En este sentido, no menos importante son también las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y los compromisos asumidos ante el Grupo de los 20 (G20) en materia de lavado de activos y financiamiento de terrorismo.

V. Conclusión

La RPPJ es un tema de gran importancia y actualidad, esto motiva que se busquen respuestas penales, que a través de un cambio de paradigma permitan una concepción más amplia de la responsabilidad penal.

Si observamos la discusión a la largo de la historia veremos como de una negativa casi unánime se ha ido a una creciente aceptación, como necesidad de ofrecer una respuesta apropiada para frenar los delitos provenientes de la persona jurídica.

La realidad es indiscutible y nadie puede negar que las personas jurídicas en cualquiera de sus acepciones, tiene en la sociedad actual un papel central.

Argentina ha dado un primer paso en la lucha contra los hechos de corrupción, ahora la jurisprudencia y la doctrina tendrán que encargarse de analizar cuál es el alcance de la ley en virtud de los objetivos que se pretendan alcanzar.

En el actual Anteproyecto del Código Penal, que está siendo trabajado actualmente por la "Comisión para la Reforma del Código Penal" creada a través del Decreto presidencial 103/17, se está estudiando la posibilidad de incorporar la RPPJ para más delitos. En especial para algunos delitos contra el orden social económico y los delitos contra el ambiente.

Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401

POR **RODOLFO G. PAPA** (*)

I. Una aproximación introductoria. ¿Cómo impacta la vigencia de la ley 27.401 tanto a nivel organizacional interno como en su relación con "terceros", sobre las personas jurídicas privadas locales?

A partir de la sanción de la ley 27.401 se ha consagrado —por primera vez— en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas locales, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación Estatal, por la comisión de ciertos delitos contra la Administración Pública y el soborno transnacional (1).

A los fines de entender las razones que condujeron a que el Congreso Nacional sancione la precitada norma, corresponde puntualizar alguno de los fundamentos que habían sido incorporados en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley remitido (originalmente) por el Poder Ejecutivo (2), y que reflejan claramente cuál era el escenario existente en el combate contra la corrupción desde el sector privado empresario, con antelación a su vigencia, de conformidad al siguiente detalle:

> "...Los objetivos del régimen penal propuesto son fundamentalmente incentivos a las personas jurídicas para prevenir la comisión de delitos contra la Administración Pública a través de la implementación de programas de integridad, y cooperar con las autoridades a través de la implementación de políticas y procedimientos internos, y así puedan alinear sus incentivos comerciales y económicos con una cultura de cumplimiento...";

> "...Hasta el momento en la República Argentina se prevén sanciones penales

(*) Abogado (Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor). Master of Laws in International Economic Law (LL.M.) (Escuela de Derecho. Universidad de Warwick. Inglaterra). Certificación Internacional en Ética & Compliance (UCEMA-AAEC-IFCA). Secretario Académico del Departamento de Derecho y la Carrera de Abogacía (Universidad del CEMA. UCEMA). Director del Programa Ejecutivo "La nueva ley de responsabilidad penal empresaria y su impacto en los negocios. Cómo diseñar un programa de integridad anticorrupción". (UCEMA). Autor de varios libros. Especializado en la estructuración y capacitación ejecutiva en operaciones de M&A, habiendo trabajado en el desarrollo de esta temática en Perú, Colombia, Panamá y México.

(1) El art. 1º de la ley 27401 comprende bajo su ámbito de aplicación a los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el art. 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 (1) y (2) del Código Penal; y, e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 bis del Código Penal.

(2) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional. Mensaje 127, remitido al Parlamento en fecha 20/10/2016. Es dable notar, que en forma previa a la elaboración del citado proyecto, la Oficina Anticorrupción había desarrollado un Anteproyecto Consolidado, resultado del aporte de profesionales y académicos especializados en esta temática. A la versión completa de dicho documento, puede accederse a través del siguiente link: http://archivo2016.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/OA-Proyecto-RPPJ-consolidado-julio-2016.pdf.

por delitos contra la Administración Pública únicamente por personas humanas, para las personas jurídicas no se prevé siquiera sanciones administrativas. Al no haber sanciones para las personas jurídicas, estas no tenían motivo para implementar procedimientos internos preventivos en el marco de sus operaciones, más allá de las disposiciones contra el fraude interno...";

"...Las normas actualmente vigentes orientan los incentivos de las altas autoridades corporativas a "evitar saber" cómo se concretaban las operaciones de la compañía, supuesto que sólo podrían ser responsabilizadas si se probase su dolo, es decir si se comprobara que conocían los hechos..."; y,

"...Esta norma cumple con los compromisos asumidos ante la comunidad internacional de aplicar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas para casos de corrupción, cuando intermediarios y demás terceros actúen en nombre o en beneficio de la persona jurídica..." (3).

Por nuestra parte, y así lo explicitaremos en el contenido de este trabajo, la interpretación en el alcance de esta normativa, no debería limitarse a sus consecuencias penales, concentradas específicamente en los delitos comprendidos y las sanciones que podrían ser impuestas a los entes ideales, sino que debería abarcar el análisis de una serie de herramientas de manera preventiva y proactiva (también previstas por el legislador), que podrían ser utilizadas por las personas jurídicas privadas locales, que no habían estado expuestas en el pasado al cumplimiento de ninguna legislación anticorrupción de alcance extra-territorial, entre las que enunciamos, las siguientes: la adopción de reglas y procedimientos internos (art. 8º, ley 27.401); el deber de vigilancia sobre sus autores y partícipes (art. 8º, ley 27.401); la auto-denuncia espontánea como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna (art. 9º, inc. a), ley 27.401); y, la implementación de un sistema de control y supervisión adecuado, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito (art. 9º, inc. b), ley 27.401), entre los relevantes.

Sobre la base de esta aproximación de alcance "global" que realizamos sobre esta innovadora legislación, debemos puntualizar una serie de aspectos sustantivos vinculados con su observancia por las personas jurídicas comprendidas por aquella.

En primer lugar, la ley 27.401 responsabiliza penalmente a los entes ideales, más allá que por la simple comisión de los delitos tipificados en su ámbito de aplicación, que hubieran sido cometidos "en su nombre" (ya sea por sus administradores o representantes), sino que abarca a aquellos perpetrados por "terceros" que hubieran actuado en su representación (intermediarios o socios de negocios, según el caso).

En tal sentido, la doctrina ha señalado —recientemente— que como los sobornos rara vez son pagados de forma directa —un estudio de la OCDE muestra que en más del 75% de los casos son pagados por intermediarios— la ley no solo responsabiliza a las empresas por la conducta de sus directivos y empleados, sino además por la de cualquier tercero —proveedores, distribuidores, socios de negocios— que obtengan un beneficio indebido para la empresa (4).

Recordemos que el anteúltimo párrafo del art. 3º del proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo, que podría —inclusive— servir como un antecedente interpretativo del alcance del art. 2º de la ley sancionada, disponía que las personas jurídicas también eran responsables por la actuación de proveedores, contratistas, agentes, distribuidores y otras personas humanas o jurídicas con quienes mantenga una relación contractual, cuando la persona jurídica no cumpliera con el procedimiento de debida diligencia, previsto en el art. 23, inc. j), de dicho

(3) Citas textuales de ciertos fundamentos incluidos en la Exposición de Motivos del Mensaje al Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, a través del mensaje 127, de fecha 20/10/2016.

(4) Jorge, Guillermo, "Desde el 1 de Marzo rige la ley penal empresaria", publicado en el diario *La Nación*, de fecha 11/2/2018. Puede accederse a la versión completa de dicho artículo a través del siguiente link: https://www.lanacion.com.ar/2108157-desde-el-1-de-marzo-rige-la-ley-penal-empresaria.

proyecto, texto que finalmente no ha sido incorporado por el legislador.

Lo indicado precedentemente nos expone a formular una serie de comentarios vinculados con la responsabilidad penal que podría enfrentar alguna de las personas jurídicas comprendidas por las previsiones de la ley 27.401, por la actuación de terceros, con prescindencia —inclusive— que hubieran actuado (o no) en su representación, a tenor de lo dispuesto por su art. 2º (párr. 2º).

El texto de dicha norma, que configura la base del sistema de atribución de responsabilidad penal adoptado, ha quedado redactado en términos lo suficientemente amplios como para subsumir de su contenido, la actuación ilícita de una persona jurídica privada local mediante la actuación de terceros, con prescindencia que hubieran actuado (o no) en su representación.

A su vez, la necesidad de realizar una labor de debida diligencia que compruebe la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, englobando a proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, ha sido incluida como uno de los elementos de un programa de integridad (art. 23, punto VI, de la ley 27.401), la cual refleja la importancia para las personas jurídicas comprendidas por la nueva legislación, de cumplir con este estándar que subyace de su *imperium,* basado en "conocer con quienes contrata o se asocia para realizar negocios", tanto a nivel local como internacional, según el caso.

Tengamos en cuenta, adicionalmente, que este principio basado en la adjudicación de responsabilidad penal por la actuación de terceros, transgrede la observancia de uno de los principios rectores en materia de capacidad, societaria, en virtud del cual un administrador o representante que, de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad, obliga a está por todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto social (5).

A nivel organizacional interno, y atendiendo a las características distintivas de los diversos formatos que podrían ser calificados como "personas jurídicas privadas" en el Derecho Argentino, la ley 27.401 impone al órgano de administración y a sus funcionarios principales el deber de implementar todos los sistemas y controles que desde su conocimiento y profesión deben dotar al órgano y a la entidad a la que pertenecen. En especial, la doctrina señaló el deber de implementar sistemas y medidas preventivas para reducir el riesgo de conflicto de intereses en su relación con la persona jurídica (6).

Otra derivación en la vigencia de esta nueva legislación, es la referida a su impacto de índole contable que podría generar la comisión del pago de un soborno, ya sea local como transnacional, y la consiguiente registración en sus estados contables, que por obvias razones debería ser ocultado o disfrazado por el registro de una operación o transacción ficticiamente lícita, teniendo en cuenta que le ley 27.401 ha incluido un nuevo tipo penal: el delito de balance e informe falso (art. 300 bis del Código Penal). En otras palabras, la comisión de un soborno en virtud del cual una persona jurídica privada local resultare penalmente responsable, en atención a haber intervenido directa o indirectamente en su direccionamiento, podría a su vez impactar en su contabilidad, a través de la tipificación del citado delito (7).

(5) Art. 58 de la Ley General de Sociedades.

(6) Dasso, Ariel G. - Flah, Agustín, "Ética y responsabilidad penal de las sociedades, las reformas legislativas y su relación con los principios del gobierno corporativo (ponencia)", presentada ante el IV Congreso Argentino en Mercado de Capitales (junio 2017), organizado por el Departamento de Finanzas y el Área Derecho de la Universidad del Cema (UCEMA), publicada en el libro de ponencias de dicho Congreso, ps. 271/285. En sustento a su ponencia, estos autores afirmaron que el art. 159 del Cód. Civ. y Com. prevé que los administradores deben obrar con lealtad y diligencia, y por lo tanto, no pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si tuvieran conocimiento que esto pudiera ocurrir deberán hacerlo saber a los demás integrantes del órgano de administración, y abstenerse de realizar cualquier intervención relacionada con la operación.

(7) La ley 27.401, en principio, no ha establecido "umbrales" o montos mínimos que deberían ser reunidos para la tipificación del delito de balance e informe falso (art. 300 bis del Código Penal). Por lo cual, podría sostenerse que esta legislación carece de un estándar de materialidad a los fines de su tipificación.

Es así como la ley 27.401 impone a los integrantes del órgano de administración de las personas jurídicas comprendidas por sus disposiciones, quienes a su vez poseen una serie de deberes contables (8), no solamente evitar el ocultamiento de la comisión de un soborno, materializado en su contabilización a través de una operación ficticia, sino adecuar dichas registraciones a las normas contables del Código Civil y Comercial de la Nación (9), y de la ley general de sociedades, respectivamente.

En síntesis, podría afirmarse que la ley 27.401 se ha reconciliado con los lineamientos impuestos por la legislación extranjera precursora en la lucha contra la corrupción transnacional desde el sector empresario, conocida como la "Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero" de los Estados Unidos, dictada en el año 1977 (10), a través del reconocimiento de tres principios básicos: la atribución de responsabilidad penal contra las personas jurídicas por actos de corrupción—; la utilización de "programas de integridad" como un mecanismo de defensa de los entes ideales (11), tendientes a la prevención, detección y remediación de actos de corrupción cometidos en su ámbito, directa o indirectamente; y, la posibilidad de lograr un acuerdo o *settlement* con la autoridad competente, para evitar quedar expuestas a la trami-

(8) Es importante destacar, que conforme lo ha señalado la doctrina, el cumplimiento de los deberes contables de un administrador societario, comprende una diversidad de actividades, entre las que han enunciado, las siguientes, llevar la teneduría de los registros y libros contables (diario, inventario y balances y otros), así como la conservación de la documentación respaldatoria de aquellos; practicar en forma periódica y constante los asientos en los libros y conservar la documentación respectiva; confeccionar y someter periódicamente a los socios los estados contables anuales y la documentación complementaria; y proceder a asentar con exactitud y fidelidad las operaciones concertadas, de tal forma que tales registraciones brinden un "cuadro verídico" de su situación patrimonial, de modo de satisfacer al estándar de "imagen fiel" del patrimonio administrado. Favier Dubois (p), Eduardo M. y Favier Dubois (h), Eduardo M., "Las obligaciones contables de los directores. Un caso de Derecho Contable", revista *Doctrina Societaria*, Errepar, nro. 278, enero 2011, p. 5 y ss. Resaltan estos autores la especial importancia del cumplimiento de tal deber, por ser la contabilidad el mecanismo natural de la obligación de rendición de cuentas de los administradores a favor de los socios y del correlativo derecho de información por parte de estos últimos.

(9) Arts. 320 a 331 del Cód. Civ. y Com. Nótese —sobre el particular— que existe un paralelismo entre la ley 27.401 y el art. 320 del citado Código, en la identificación de los sujetos alcanzados por ambas legislaciones, esencialmente tanto en su rol de entidades penalmente responsables, y a su vez, en su tratamiento como sujetos obligados a llevar contabilidad por la nueva Codificación unificada (art. 320 del Cód. Civ. y Com.), respectivamente.

(10) Identificada en su idioma de origen como la "Foreign Corrupt Practices Act" ("FCPA"). Incluye dos tipos de disposiciones: las denominadas *anti-bribery* o "anti-soborno" y las de índole contable (libros y registraciones y controles internos, en inglés *books and records and internal controls*), respectivamente. Las disposiciones anti-soborno prohíben que un "asunto doméstico" (un nacional o una corporación constituida en los Estados Unidos) como también a extranjeros que efectúen cualquier acto con puntos de contacto con el territorio de los Estados Unidos (ejemplos: celebración de reuniones, envíos de correos electrónicos, transiten por alguno de sus aeropuertos, o, utilicen cuentas bancarias abiertas en dicho país para transferir electrónicamente fondos) realicen pagos corruptos o promesas de pago a funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o retener negocios. Mientras que sus disposiciones de fuente contable, incluyen la obligación de mantener registros y mecanismos de control interno exclusivamente aplicables a compañías cuyos valores negociables hubieran sido registrados ante la Comisión de Valores (SEC) o que deban consignar informes regulares ante dicho regulador o coticen sus valores negociables en alguna entidad autorregulada con sede dicho país. Estas sociedades deben mantener registros contables precisos para dar cuenta de sus operaciones, las que también comprenden la registración contable de las operaciones realizadas por sus subsidiarias en el exterior. Puede accederse a una versión completa de dicha legislación en idioma español a través del siguiente link https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf.

(11) En el ámbito de aplicación de la ley 27.401, los programas de integridad tienen una injerencia determinante en sus previsiones, esencialmente su implementación debe realizarse conforme a los riesgos propios de la actividad de la empresa (arts. 22 y 23), y produce las siguientes consecuencias: eximirla de responsabilidad penal si realiza una auto-denuncia espontánea y devuelve el beneficio intentado u obtenido (art. 9º), ser un atenuante en la graduación de la eventual sanción penal (art. 8º), ser una condición necesaria para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18) y un requisito para ser proveedor del Estado Nacional (art. 24), respectivamente. Durrieu, Nicolás - Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley de responsabilidad de la persona jurídica por hechos de corrupción", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 77, nro. 2, diciembre 2017, p. 42.

tación de una larga e incierta investigación y eventual enjuiciamiento, con el consiguiente perjuicio en su reputación, mediante la negociación y celebración de un "acuerdo de colaboración eficaz" (arts. 16 a 21, ley 27.401).

II. Los pilares de la nueva legislación Argentina anticorrupción

Recalcamos que el proyecto de ley que sirvió de base al texto finalmente sancionado, había sido enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento Nacional en fecha 20/10/2016. Con posterioridad, fue aprobado con varias modificaciones por la Cámara de Diputados (como Cámara de origen) el 5/7/2017. Al llegar al Senado, sufrió nuevos cambios sustantivos, previo tratamiento y análisis en sus Comisiones de Justicia y Asuntos Penales, en las que a través de varias sesiones, concurrieron académicos, funcionarios de la Oficina Anticorrupción, Jueces, Fiscales, abogados especialistas en Derecho Penal, y representantes de entidades empresarias, quienes aportaron sugerencias y modificaciones que fueron determinantes en el contenido del proyecto finalmente sancionado por la Cámara alta, en fecha 27/9/2017, aprobado por la Cámara de Diputados, en fecha 8/11/2017.

Nos parece necesario precisar cuáles han sido las modificaciones sustantivas incorporadas en su tratamiento parlamentario, que la han diferenciado del proyecto inicialmente propuesto por el Poder Ejecutivo (12), conforme al siguiente detalle:

— La ley 27.401 se aplica a todas las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación Estatal, sin distinción. En consecuencia, su alcance abarcaría —de manera general— a las personas jurídicas enunciadas en el art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este aspecto marca un apartamiento de la ley, respecto a lo que había sido incluido en el proyecto del Ejecutivo, que se circunscribía a las sociedades, las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones, las mutuales y las cooperativas (13).

— La ley 27.401 se ha apartado de la observancia del criterio de imputación de responsabilidad penal basado en el "déficit de organización interna" o "culpa de la organización", que había sido consagrado expresamente en el art. 3º (primera parte) del proyecto de ley original, al establecer (en su parte pertinente) que "...la comisión del delito fuera consecuencia de un control y supervisión inefectivo por parte de ésta...".

Es dable destacar que, en la adopción de tal modelo, se había seguido como fuente una de las legislaciones que ha sido tomada como antecedente de nuestro nuevo marco normativo. Nos referimos puntualmente al caso de la ley Chilena (14).

— El texto sancionado también se ha diferenciado en la recepción absoluta del sistema objetivo o vicarial en la atribución de responsabilidad penal contra los entes ideales comprendidos por aquel, bajo el cual la responsabilidad es transmitida automáticamente una vez que el

(12) Sobre el análisis de esta temática, hemos consultado el trabajo de Vítolo, Daniel R., "Nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas", publicado en revista *Doctrina Societaria y Concursal,* Errepar, nro. 361, diciembre 2017, ps. 1111-1127.

(13) Art. 2º, inc. a), del proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento Nacional, en fecha 20/10/2016.

(14) El art. 3º de la ley 20.393 dispone, como modelo de atribución de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, que serán responsables de los delitos señalados en su texto, que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. 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, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

delito fue cometido por una persona humana en el ámbito de su organización o por ciertos "terceros" con quienes aquella hubiera mantenido una vinculación contractual o asociada al desarrollo de negocios, según el caso (15). Al respecto, la ley 27.401 ha eliminado una serie de escenarios que habían sido incluidos tanto en el proyecto del Poder Ejecutivo, como en la versión aprobada inicialmente por la Cámara de Diputados, teniendo en cuenta —en particular— que esta última se había inclinado en forma excluyente por la adopción de un modelo vicarial u objetivo (16).

— La ley 27.401 eliminó la exclusión, en su ámbito de aplicación, de las personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para las micro, pequeñas y medianas empresas. Entendemos que esta modificación es razonable, pues de otro modo se hubiera reconocido un privilegio en favor de este tipo de entidades, que representan más de un 90% de las compañías locales, y hubiera afectado el principio constitucional de igualdad ante la ley.

— La norma sancionada también excluyó el art. 4º del proyecto original, que atribuía a las sociedades controlantes responsabilidad solidaria por la reparación de los daños causados y por la sanción de carácter económico impuesta a sus controladas. Es importante notar que la doctrina adhirió a esta supresión, con fundamento en que, en materia mercantil, no existe tal responsabilidad de la controlante por extensión, sino únicamente en casos excepcionales, como el abuso en el ejercicio del control, o por desviación de la actuación de la persona jurídica controlada, donde hay una actuación particular (arts. 33, 54 y concordantes de la ley general de sociedades y arts. 160, 161 y concordantes de la ley 24.522) (17).

— Se eliminó la responsabilidad penal contra las personas jurídicas por todos los delitos tipificados en el Código Penal, limitándose a aquellos explicitados en la ley sancionada (en consonancia con la versión original del Proyecto de Ley).

— La nueva legislación se aparta de la regla de "imprescriptibilidad" en el juzgamiento de los delitos cometidos por las personas jurídicas, tal como había sido adoptado por las modificaciones que recibiera el proyecto en la media sanción de la Cámara de Diputados.

— En lo que respecta a la cuantificación en la imposición del monto de las multas contra las entidades que violen la ley, el texto aprobado se diferencia de su versión original, teniendo en cuenta que este último había adoptado como parámetro para su fijación, una suma que oscilaba entre el 1% al 20% de los ingresos brutos anuales que las personas jurídicas hubieran obtenido durante el último ejercicio anterior a la de la comisión del delito. En contraposición, la ley 27.401 ha adoptado como pauta un monto que varía entre 2 a 5 veces el beneficio indebido

(15) El proyecto de ley original del Poder Ejecutivo también adjudicaba responsabilidad penal a las personas jurídicas por "hechos de terceros o socios de negocios", cuando aquella no hubiera cumplido un procedimiento de debida diligencia, previsto como uno de los elementos que conformaban la creación de un programa de integridad.

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

(17) Vítolo, Daniel R., "Nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas", publicado en revista *Doctrina Societaria y Concursal,* Errepar, nro. 361, diciembre 2017, p. 1117.

obtenido o que se hubiera podido obtener (art. 7º, punto 1], ley 27.401).

— Se han eliminado las circunstancias atenuantes y agravantes en la graduación de las penas, que incluía el proyecto de ley original.

— El texto en su versión inicial no brindaba incentivos a las empresas que hubieran implementado un programa de integridad, toda vez que en ningún caso se había previsto la posibilidad de eximirlas de sanción, a diferencia de lo que prevé el art. 9º de la ley 27.401.

Por otra parte, es también relevante detallar —al menos preliminarmente— los siguientes pilares sobre los que se sustenta este nuevo régimen de imputación penal contra las personas jurídicas privadas locales (18):

— La nueva legislación incorpora una completa definición del "funcionario público extranjero" (19);

— Se reconoce la aplicación extraterritorial del Código Penal, para los casos de la comisión del delito de soborno transnacional (art. 258 bis), por ciudadanos Argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en nuestro territorio (20);

— Se ha ampliado la Jurisdicción Penal Argentina para someter a su competencia el juzgamiento del delito de soborno transnacional (21);

— Se ha consagrado —entendemos que por primera vez en la evolución del tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico—, el principio basado en la "independencia de las acciones" (por la comisión de un mismo hecho), tanto contra el ente ideal como contra las personas humanas que hubieran participado en su consumación (arts. 4º, primera parte, y 6º de la ley 27.401). En otras palabras, no se requerirá como condición precedente la declaración de culpabilidad de una persona humana por la comisión de un delito cometido en el marco de su organización interna, para la atribución de responsabilidad penal contra una persona jurídica, bastando que se hubiera acreditado que dicho ilícito penal no podría haberse cometido sin la "tolerancia" de sus órganos (art. 6º, de la ley 27.401) (22);

(18) Hemos extraído ciertos aspectos salientes del entonces proyecto de ley que había sido remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, expuestas por la titular de la Oficina Anticorrupción, Laura Alonso, en su presentación realizada durante la sesión de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, de fecha 1/8/2017, a cuya versión completa puede accederse a través del siguiente link: https://www.youtube.com/watch?v=11h5xCPd6I0. En la defensa del citado proyecto (que en dicha oportunidad había sufrido modificaciones por parte de la Cámara de Diputados —como Cámara de origen—) que realizó dicha funcionaria, destacó como relevantes, los siguientes aspectos contemplados por la norma: abarca la comisión de ciertos delitos contra la Administración Pública y el soborno transnacional; brinda una completa definición de "funcionario público extranjero"; amplia la Jurisdicción Argentina en el juzgamiento del soborno transnacional realizado por ciudadanos Argentinos o personas jurídicas constituidas en nuestro país; puntualiza cuáles son las personas jurídicas alcanzadas; establece cuando se dispara la responsabilidad de una persona jurídica privada, sobre la base del principio de que la "persona jurídica siempre responde"; reconoce la "independencia de las acciones"; incorpora la "responsabilidad sucesoria o sucesiva" en los casos de transformación o modificación societaria; enuncia cuáles son los elementos básicos de un programa de integridad; y, admite la "multiplicidad de sanciones".

(19) Sobre la definición de "funcionario público extranjero", el art. 30 de la ley 27.401 ha incorporado como párr. 2º del art. 258 bis del Código Penal, la siguiente: "... Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta...".

(20) En tal sentido, el art. 29 de la ley 27.401 ha incorporado el art. 1º, inc. 3º del Código Penal, incluyendo el texto referido.

(21) El art. 38 de la ley 27.401 ha sustituido el art. 33 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), incorporando esta modificación, en su nuevo art. 33, punto 1), inc. e).

(22) De cualquier manera, este pilar basado en la "independencia de las acciones" se distingue de un tratamiento autónomo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como ha sido regulado por el modelo vigente en Chile (art. 5º, ley 20.393).

— Se ha instaurado la responsabilidad penal sucesiva o "sucesoria" que la transmite a la persona jurídica resultante o absorbente o adquirente en un proceso de transformación, modificación o fusión societaria [art. 3º de la ley 27.401 (23)];

— La implementación de un programa de integridad resultará esencial para evitar la imposición de sanciones bajo este nuevo régimen penal especial y, a diferencia de sus antecedentes legislativos, debería generar incentivos para establecer una suerte de "blindaje" que las proteja frente a la comisión de los delitos comprendidos por aquel, o aun habiendo sido cometidos, aspirar a una "atenuación" de la pena, en lugar de su exención (art. 9º de la ley 27.401), mediante la celebración de un acuerdo de colaboración eficaz (art. 16 de la ley 27.401); y,

— La nueva legislación ha previsto la imposición de una multiplicidad de sanciones contra las personas jurídicas privadas locales que violen sus disposiciones (art. 7º de la ley 27.401).

III. El tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con anterioridad a la sanción de la ley 27.401

Antes de analizar los aspectos esenciales de la ley 27.401, nos parece necesario formular una descripción de cuál era el estado de situación relativo al tratamiento de la responsabilidad penal contra las personas jurídicas, antes de su sanción.

Habían existido reparos sobre el reconocimiento de imputación de responsabilidad penal contra los entes ideales, con sustento en que no podrían ser pasibles de la aplicación del principio de la culpabilidad y del de la personalidad de la pena, los que en la realidad se imponían a la persona humana que hubiera llevado a cabo la acción delictiva (24).

Esta postura denegatoria del reconocimiento de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, exhibió su máxima expresión a nivel jurisprudencial, vía emisión de un voto en minoría en una sentencia de la Corte Suprema, el cual sostuvo (en fundamento a tal denegación) que la conducta humana carecía de su semejante en el acto jurídico de la persona de existencia ideal, la cual no posee dominio de su acto. Al respecto, señaló que el concepto de delito estaba dado por la acción, es decir por la conducta humana, derivado del postulado constitucional *nullum crimen sine conducta*. Es por ello que el Estado podía ejercer el *ius puniendi* solo contra las personas humanas. Desde esta perspectiva, las personas jurídicas carecerían de capacidad de acción, ya que se valen de personas humanas para actuar, por ello, si no pueden realizar acciones tampoco podrían cometer delitos (25).

En contraposición, se había ido desarrollando una creciente (y mayoritaria) corriente jurisprudencial que admitió la validez de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, por ejemplo, cuando los hechos delictivos habrían sido efectuados por dependientes o representantes legales en beneficio y en nombre de la entidad (26).

(23) Esta norma debería además ser interpretada en forma consistente con lo previsto por su art. 23, punto VII.

(24) La doctrina contraria al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, argumentaba que al no tener capacidad de acción y de auto-determinación no era posible exigirle a la persona jurídica que realice el juicio de disvalor, es decir, que decida no comportarse conforme a la norma, pudiendo hacerlo. Publicación realizada por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Bahía Blanca. Autores: Gil Donnari, Mercedes y Marcos, Guillermo A., citado por Orieta, Mariel, "Atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el marco de la ley penal tributaria", revista *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, nro. 309, agosto 2013, p. 866, nota al pie 6.

(25) CSJN. "Fly Machine SRL". Dictado en fecha 30/5/2016. Voto en minoría del Dr. Zaffaroni.

(26) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Sala I. Louissinian, Eduardo y otra. Dictado en fecha 6/9/1987. Cámara Nacional de Casación Penal. Peugeot Citroen Argentina SA. Dictado en fecha 16/11/2011. En el voto del Dr. Riggi emitido en este último decisorio, se había destacado que la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de Justicia había reconocido la atribución de responsabilidad penal contra las personas jurídicas en materia aduanera (CS, Fallos: 52:371; 99:231; 99:317; 126:163; 135:197; 216:397; 289:432; 298:693, entre otros). Siguiendo la *ratio* de dicho voto, un elemento esencial para la validez de la atribución de responsabilidad penal de los entes ideales, consistía en garantizarles el derecho de defensa como sucede con

No hay dudas de que, con antelación a la sanción de la ley objeto de nuestro comentario, en el Derecho Argentino las personas jurídicas ya eran pasibles de recibir sanciones de naturaleza administrativa contravencional, o bien, penal, según el caso, ante la infracción por parte de aquellas de un marco normativo o regulatorio específico, en los casos en que una persona humana hubiera —como principio general— consumado el delito, tipificando su accionar —además— con la existencia de alguno de los siguientes elementos: haber realizado actos en su nombre; con la intervención o en beneficio de un ente ideal (27).

De cualquier manera, es importante resaltar que, ante la situación normativa existente antes de la sanción de la ley 27.401, la atribución (o no) de responsabilidad contra las personas jurídicas dependía directamente de la responsabilidad penal de las personas humanas, de tal forma que, lo que realizaban estas últimas, podía ser trasladado sin más a las personas jurídicas (28).

No obstante lo cual, en el devenir de la regulación jurídica de esta temática, es dable señalar que tanto en los arts. 304 y 313 del Código Penal (referidos a la tipificación del delito de lavado de activos), como el art. 14 de la ley penal tributaria (luego de las modificaciones introducidas por la ley 26.735), habían previsto que a los fines de la graduación de las sanciones que —conjunta o alternativamente— podrían ser impuestas contra las personas ideales, los Jueces tendrán en cuenta (entre otros) el incumplimiento de las reglas y procedimientos internos, y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y participantes, lo que condujo a la doctrina a sostener que la utilización de dicho lenguaje jurídico (con especial énfasis en el "incumplimiento de las reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia"), habían cristalizado el criterio de individualización de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, sobre la base del "déficit de su organización" (29).

Con antelación a la vigencia de la ley 27.401, habían llegado a coexistir una diversidad de normas —tanto de fuente penal como administrativo (30) contravencional—, exponiendo una disparidad de criterios con respecto a cómo imputar responsabilidad contra tales entes, tanto en la configuración del elemento objetivo del tipo penal específico como en la elección de alguno de los dos sistemas de imputación históricamente utilizados contra aquellas, los cuales —y como explicitaremos a continuación— difieren a su vez de la solución impuesta por la ley 27.401, ya que esta última oscila entre una transferencia de responsabilidad originada en el hecho cometido por una persona humana determinada, por un lado, y por un hecho propio en los que se atribuye responsabilidad a la persona jurídica como tal por sus propias acciones (31), por el otro.

Entendemos, de cualquier modo, que la solución seguida por el legislador en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de corrupción —vía sanción de la ley 27.401—, debería ser calificada como "transitoria", ante la futura consideración de un nuevo proyecto de Código Penal (32), que

las personas humanas con la declaración indagatoria. Hemos extraído estos precedentes jurisprudenciales del artículo de Orieta, Mariel, "Atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el marco de la ley penal tributaria", revista *Doctrina Societaria y Concursal,* Errepar, nro. 309, agosto 2013, p. 867.

(27) Existen numerosas leyes especiales (hoy vigentes) que incluyeron la posibilidad de imponer sanciones penales contra las personas jurídicas, citando a título ejemplificativo, los casos de la ley penal cambiaria (art. 2º, inc. f); la ley penal tributaria; la ley de prevención del lavado de activos, la ley de abastecimiento, la protección penal marcaría, delitos aduaneros, entre otras.

(28) Cornejo Costas, Emilio, "Polémica por la nueva ley penal para empresas", publicado en el Suplemento Económico del diario *Clarín*, de fecha 30/7/2017, p. 17.

(29) Cesano, José Daniel, "Las sanciones a las personas jurídicas en la ley 26.683", DPyC, La Ley, febrero 2012, p. 189 y ss.

(30) A nivel administrativo podríamos citar la facultad del Banco Central de imponer sanciones a aquellas entidades sujetas a su fiscalización (previa sustanciación de un sumario administrativo), al amparo de la ley de entidades financieras; el caso de la ley de defensa de la competencia (arts. 46 y 47 de la ley 25.156), y también la ley de oferta pública (ley 26.831), entre las de mayor trascendencia a nivel regulatorio en nuestro mercado.

(31) Silva Sánchez, Jesús M., *Normas y acciones en derecho penal,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires. 2003, p. 69 y ss.

(32) Di Nicola, Gabriel. "Crearon una comisión para debatir la reforma del Código Penal", nota publicada en

debería incorporar una solución integral a esta temática.

No obstante lo cual, no podemos dejar de soslayar que el contenido de la ley 27.401 constituye una visión innovadora en el abordaje de esta cuestión, frente a sus antecedentes inmediatos (nos referimos puntualmente a los casos de la ley penal tributaria y la de prevención del delito de lavado de activos —art. 304 del Código Penal—, respectivamente, cuyos textos son sustancialmente similares), toda vez que dichas legislaciones no habían resuelto de una manera expresa, cuál sería el sistema de imputación de responsabilidad contra los entes ideales elegido, para así proveer una normativa sustentable al Juzgador.

Al respecto, la doctrina sostuvo que la referencia que realizó el art. 304 del Código Penal al concepto de "déficit de organización" podía dejar algunas dudas sobre si se pretendía atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por el hecho propio y, por lo tanto, independiente de las personas humanas o si se preveía una transferencia bajo ciertas circunstancias o se limitaba a prever circunstancias accesorias. Esta postura se inclinó por concluir que la figura instaurada por el art. 304 de la legislación criminal, creó una responsabilidad transferida por lo que en todos los casos sería necesario, para que procedan las sanciones a la persona jurídica, que se determine la existencia del delito y la responsabilidad de las personas humanas en este (33).

Por lo cual, en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (a diferencia de los casos de la ley penal tributaria y la de prevención del lavado de activos), la ley 27.401 ha marcado un avance en su regulación, lo cual —en nuestro entender— se ha materializado en los siguientes aspectos: (i) una amplitud sobre los sujetos cuyo accionar podría originar la atribución de responsabilidad penal contra tales entes ideales, ya que su art. 2º abarca no solamente la comisión de los delitos comprendidos por dicha ley, en lo que hubieran intervenido directamente, sino también de manera indirecta, en los casos que tales ilícitos hubieran sido cometidos por terceros (intermediarios o socios de negocios) que hubieran actuado en su representación, e incluso se contempla la de aquellos que hubieran obrado sin su representación, siempre que la persona jurídica hubiera ratificado la gestión, al menos tácitamente; y, (ii) ha cristalizado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el principio basado en la "independencia de las acciones", cuyo imperio limita la aplicación del criterio vicarial u objetivo, que habría adoptado el legislador como sistema de imputación, en virtud del cual no sería necesaria la declaración de culpabilidad de la persona humana para así transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, toda vez que su art. 6º dispone que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiera 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.

IV. Nuestras conclusiones

— Nos parece que concentrarnos en el análisis y alcance de los temas estrictamente penales regulados por la ley 27.401, sería una visión parcial e incompleta de sus consecuencias jurídicas. Dada la trascendencia de su contenido, que criminaliza —por primera vez— a las personas jurídicas locales por la comisión del soborno local y transnacional, y complementariamente por la falta de veracidad de sus registraciones contables, en los casos que ocultaren la comisión de tales ilícitos, su aplicación debería —además— ser consistente con las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación, en una serie de aspectos que engloban a sus elementos estructurales, entre los que enunciamos, los siguientes: (i) la identificación de cuáles son las personas jurídicas privadas alcanzadas por tal ley (art. 148 del Cód. Civ. y Com.), que comprende a las PYMES y ONG en general; (ii) existe un paralelismo entre los entes ideales tipificados en el art. 1º de la ley 27.401, y quiénes son sujetos obligados a llevar contabilidad

el diario *La Nación,* de fecha 18/1/2017, a la que puede accederse a través del siguiente link: ww.lanacion.com.ar/1977053-crearon-una-comision-para-debatir-la-reforma-del-codigo-penal

(33) Robiglio, Carolina. "El art. 304 del Código Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas", publicado en *Tratado del lavado de activos y financiamiento del terrorismo,* La Ley, 2012, tomo I, p. 507.

(conforme al art. 320 del Cód. Civ. y Com.); (iii) las personas jurídicas responderán penalmente por los hechos de terceros (ya sea intermediarios o socios de negocios), lo cual tornaría aplicable (en lo pertinente) —en materia Civil— las disposiciones que regulan ciertos contratos nominados o típicos, como podrían ser los casos de los "contratos asociativos" (34), o bien los contratos de comercialización (35), respectivamente; (iv) la implementación de una labor de debida diligencia tanto para conocer la identidad y trayectoria de alguno de tales "terceros" (art. 23, VI, ley 27.401), como la que debe ser aplicable a procesos de "fusiones & adquisiciones" (art. 23, VII, ley 27.401), será esencial para proteger a los entes ideales comprendidos por esa nueva legislación, para prevenir y detectar posibles prácticas corruptas, teniendo en cuenta que la "debida diligencia" como categoría jurídica, ha sido expresamente reconocida por la nueva Codificación unificada, al definir la culpa civil (art. 1724 del Cód. Civ. y Com.) (36); (v) los integrantes del órgano de administración de una persona jurídica deben instrumentar sistemas y medidas preventivas que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con la persona jurídica (arts. 159 y 160 del Cód. Civ. y Com.), y poseen el deber de implementar todos los sistemas y controles que desde su conocimiento y profesión deban dotar al órgano y a la entidad a la que pertenecen, no pudiendo perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica (37); y, (vi) las registraciones realizadas en los estados contables de las personas jurídicas privadas, deberán adecuarse a las normas incluidas tanto en la nueva Codificación unificada (arts. 320 a 331), como en la ley general de sociedades (38), respectivamente.

— En lo que respecta al sistema de atribución de responsabilidad penal adoptado, la ley 27.401 ha asumido una situación especial, no es ni propiamente autónoma respecto de aquella del sujeto real, ni exclusivamente vicarial (se haría cargo de cualquier actuación de esos individuos) (39).

— Finalmente, no podemos dejar de señalar que la solución adoptada por la ley 27.401 se ha apartado del proyecto originalmente remitido por el Poder Ejecutivo, que había incluido como factor de atribución el sistema basado en el "déficit o culpa de la organización".

— Este apartamiento ha traído consecuencias jurídicas de relevancia sobre el texto sancionado, ya que la falta de vigilancia de la persona jurídica no se ha establecido como parte integrante del tipo penal, sino que tales mecanismos de vigilancia, de darse todos sus requisitos, se establecen como un supuesto de exención de la pena, es decir se analiza con posterioridad a la configuración del delito. Teniendo en cuenta, adicionalmente, que al tratarse de un supuesto de eximición de la punibilidad, la prueba de su efectiva implementación se encuentra a cargo de la persona jurídica, y no sobre la acusación, mientras que, de haberse considerado parte del tipo penal, la carga de la prueba hubiera recaído efectivamente sobre la fiscalía que hubiera tenido que demostrar la existencia e ineficacia del sistema de auto-vigilancia, para tener por acreditado el delito (40).

(34) La agrupación de colaboración, la unión transitoria, o bien, el consorcio de cooperación, respectivamente.

(35) La agencia, la concesión, la franquicia, o bien la distribución (regulado por remisión a las normas correspondientes a la concesión (art. 1511, inc. b]), respectivamente.

(36) Dicha norma define (en lo pertinente) a la culpa, como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

(37) En los supuestos en que fueran involucrados alguno de los entes constituidos como uno de los tipos societarios reconocidos por la ley general de sociedades, resultarían de aplicación los arts. 59 y 274 de dicho cuerpo normativo. Su incumplimiento, además, podría dar lugar a la interposición de acciones societarias de responsabilidad y eventualmente la desestimación de la personalidad jurídica del ente.

(38) Además de las normas reglamentarias que le resulten de aplicación a la persona jurídica obligada (p. ej.: las normas de la Inspección General de Justicia en el ámbito de CABA, la Comisión Nacional de Valores [para las sociedades sujetas al régimen de oferta pública]).

(39) Yacobucci, Guillermo J., "La empresa como sujeto de imputación penal", publicado en el diario *La Ley,* de fecha 27/11/2017, p. 6.

(40) Bozzi Cirilli, Federico A., "Régimen Penal Empresario (según ley 27.401). Análisis, debate parlamentario y comparativo con la experiencia española", "Suplemento Especial", abril 2018. Erreius.

El delito de "balance falso" y el art. 300 bis del Cód. Penal

POR **OSCAR FERNÁNDEZ** (*)

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto volver sobre un tema que se ha discutido en muchas oportunidades, la mayoría de ellas sin llegar a una definición precisa. En la actualidad ha cobrado nueva vida a partir de la introducción de la figura del delito agravado formando parte del art. 300 bis de nuestro Cód. Penal de la Nación.

Habré de efectuar el desarrollo principalmente desde la mirada que surge a partir de los conocimientos técnicos de mi profesión. Ello no implica dejar de mencionar en muchos casos los aspectos jurídicos involucrados, ya que son ellos los que inciden directamente sobre el accionar y las consecuencias de las conductas que impactan en los balances y otros documentos, pero aún en tales casos, lo haré evitando caer en argumentaciones propias de la ciencia jurídica.

Obviamente, habré de tener en cuenta que los delitos se encuentran enmarcados dentro de un contexto determinado por el título dentro del cual se inscriben en el Cód. Penal. Ello porque de esa forma se establece cuál es la afectación por la conducta ilícita, o sea, se determina lo que se intenta proteger con la definición delictual. Por lo tanto, cada acción sólo se transformará en un delito si como consecuencia de ella se verifica alguno de los presupuestos de afectación previstos en la norma legal. Puede no importar si ha generado o no el daño, o si este es sólo potencial, siempre que tal criterio sea el sostenido por la ley. Esto nos llevará a discutir más adelante la ubicación del delito aquí analizado dentro del respectivo código.

Para un análisis más organizado del tema, conviene comenzar recordando el contexto normativo en el cual se inserta el tema a desarrollar, por lo que transcribo a continuación los artículos pertinentes del Cód. Penal de la Nación.

En primer lugar, el art. 300 que incluye el delito de balance falso, como el art. 300 bis que agrega la condición de agravamiento en función del objetivo de la falsedad.

> Título XII. Delitos contra la Fe Pública.
>
> Capítulo V. De los fraudes al comercio y a la industria
>
> Art. 300.— *Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:*
>
> *1º. .....*
>
> *2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una*

(*) Contador Público y Licenciado en Administración. Profesor Titular Regular, FCE-UBA. Director de la Carrera de Contador Público, FCE-UBA. Perito Oficial del Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación Especializados en casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública (CS). Secretario del Centro de Estudios de Economía y Delito FCE-UBA. Miembro del Centro Interdisciplinario de Estudios Contables y Tributarios Univ. Católica de Santiago del Estero. Autor y conferencista sobre temas de la especialidad. Director de proyecto de investigación sobre tema afín, financiado por la UCSE.

sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

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

A su vez, el art. 300 bis se refiere directamente a la relación entre el delito previsto en el art. 300, y los que se enumeran en los art. 258 y 258 bis, por lo que también los transcribo a continuación.

Título XI. Delitos contra la Administración Pública

Capítulo VI. Cohecho y tráfico de influencias

Art. 258.— *Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, párr. 1º. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, párr. 2º y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.*

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

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

También relacionado con el tema se encuentran los términos del art. 309 ítem 2 del mismo Cód. Penal.

Título XIII. Delitos contra el orden económico y financiero

Art. 309. *1.* .....

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

Podemos ver en un cuadro comparativo las similitudes y diferencias entre las normas enunciadas.

Art. 300	Art. 309
FRAUDES AL COMERCIO Y LA INDUSTRIA	**DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y FINANCIERO**
Delitos contra la Fe Pública	
El fundador, director, administrador, liquidador o síndico	*El representante, administrador o fiscalizador*
de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva	*de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada*
que a sabiendas	
publicare, certificare o autorizare	
un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias	*en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad*
falsos o incompletos	*consignare datos falsos o incompletos*
o informare a la asamblea o reunión de socios,	*informare a los socios o accionistas*
con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa	*ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa*
cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.	
Prisión de 6 meses a 2 años	*Prisión de 2 a 6 años*
Art. 300 bis	
hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los arts. 258 y 258 bis,	
Prisión de 1 a 4 años y multa de 2 a 5 veces el valor falseado en los documentos y actos a los que refiere el inciso mencionado.	

El art. 309 del Cód. Penal se diferencia del art. 300 bis en varios tramos de su definición del delito que abarca.

En primer lugar, el alcance del art. 309 incluye exclusivamente a las sociedades comerciales que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización, mientras que el art. 300 bis es aplicable a cualquier estado contable.

En segundo lugar, el art. 309 no requiere que exista una razón específica y dolosa por la cual se haya llevado a cabo la maniobra, mientras que el art. 300 bis determina que debe tratarse de una falsedad motivada en los ilícitos de los arts. 258 y 258 bis.

En tercer lugar, el art. 309 abarca balances, memorias u otros documentos de contabilidad, lo que da un marco muy amplio que parece incluir todos los posibles informes contables, mientras que el art. 300 circunscribe el tema al inventario, balance, cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias. O sea que interpretando este último artículo algunos de los elementos que forman parte de los estados contables podrían llegar a no estar comprendidos en las prescripciones de la ley como posibles actos delictivos.

Con respecto a la información contable en particular, el art. 309 no establece el momento en que se consuma el delito, mientras que el art. 300 menciona explícitamente la publicación, certificación o autorización.

Una diferencia importante se observa en la pena. Mientras que el art. 300 prevé 6 meses a 2 años, el art. 300 bis la eleva de 1 a 4 años. Por su parte, el art. 309 prevé una pena aún mayor, o sea, de 2 a 6 años.

Otra diferencia interesante consiste en que el art. 300 se refiere a balances falsos o incompletos, mientras que el art. 309 describe el delito como la mera inclusión de datos falsos o incompletos. Diferencia sustancial, ya que como trataré más adelante, y a mi entender, la existencia de importes incorrectos dentro de un estado contable, no implica necesariamente que esos estados sean falsos en su conjunto. Por lo tanto, el art. 309 sería más riguroso, ya que solo debería probarse la existencia de un dato, por menor

que este resulte, incluido falsamente, para que el delito pueda consumarse.

A pesar de las diferencias enunciadas, ambos casos, comparten que los autores del delito son los emisores de la información, y que el delito gira en gran medida en torno a los balances, con un alcance terminológico impreciso. Vale decir que la misma acción por parte de las personas involucradas podrá convertirse en una pena del art. 300 o del art. 309, o de ambos.

II. Cuestiones generales del delito

II.1. La Fe Pública

Como el art. 300 se encuentra dentro del título de los delitos contra la "Fe Pública", valdría discutir entonces este concepto. Si nos guiamos por la definición de la Real Academia Española encontramos que expresa, "1.f. Autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario".

La existencia del concepto de "fe pública" está asociada inicialmente a las acciones del Estado a través de sus funcionarios, y subsidiariamente a quienes se encuentran autorizados por éste para ejercer en el mismo sentido. El ejemplo mas difundido es el de los escribanos, sin perjuicio de que por ejemplo, los contadores públicos también posean esa atribución en torno a los temas de su incumbencia profesional. Esta condición de "fe pública" tiende a brindar seguridad al orden público y a generar certeza desde el punto de vista jurídico. Permite que sean aceptados como verdaderos actos a los que no asistieron los interesados y operaciones que no fueron presenciadas por quienes necesitan información acerca de la forma en que se desarrollaron, o las conclusiones que se obtuvieron.

Puede decirse entonces que la "fe pública" se basa, por una parte, en la figura de quién describe y se hace garante de la realidad que transmite, sobre quién pesa la condición de expresar fielmente los hechos, y por otro lado en el efecto que causa sobre quien es el destinatario de la información, quien confía en el relato que se difunde como consecuencia de la calidad jurídica del emisor.

No queda tan claro que un particular cualquiera pueda convertirse en un agente capaz de dar "fe pública" de los actos o hechos. Este sería el caso de los fundadores, directores, administradores, liquidadores o síndicos, ya que ellos no revisten ni la condición de funcionarios públicos, ni la de profesionales formados y autorizados para tal fin. Sólo tienen la obligación de informar, como por otra parte tienen muchos otros ciudadanos y entidades con respecto a múltiples temas. Estar obligado a informar no puede resultar equivalente de adquirir la condición de fedatario público. No parece nacer en los usuarios de la información una cuota de fe por el solo hecho de que los fundadores, directores o administradores, emitan información contable.

Si consideramos que aproximadamente un 40% de los informes contables que aparecen en las inspecciones de la AFIP son reputados como inconsistentes para demostrar las operaciones realizadas por las entidades, y que un porcentaje considerable de la economía de nuestro país, según cifras oficiales, circula fuera de los circuitos registrados, sería muy difícil aseverar que los balances de las empresas representan habitual y normalmente la realidad patrimonial, económica y financiera de las organizaciones. Menos aún cuando quienes los emiten, no cuentan con ninguna de las atribuciones de independencia de criterio necesarias para, al menos, aparentar cierto nivel de confiabilidad natural.

Considero que estas circunstancias son totalmente conocidas, incluso a nivel internacional, y tales informaciones suelen ser motivo de desconfianza de parte de quien la recibe. Por eso se advierte que los estados contables de las compañías requieren para casi cualquier usuario privado o público, la intervención de un contador público matriculado. Es este profesional independiente y dotado legalmente de la función de dar fe pública, quien en definitiva agregará a la información que se pretende transmitir, la cuota de confiabilidad acerca de la calidad de un instrumento, que no contaba "per se" con ella antes de su intervención.

Estos comentarios en nada conspiran contra la figura del art. 300 como tal, sino que aportan algún razonamiento más a la crítica sobre su inclusión en el Título XII del Cód. Penal, lo que posiblemente sea extensivo a la totalidad del Capítulo V del Cód. Penal. Tal vez se encontraría mejor ubicado en el Título XIII, ya que si la publicación de un balance falso altera el comercio o la industria tal como lo manifiesta el mencionado Capítulo V, su efecto principal sería el de afectar el orden económico y financiero. Ello es así por cuanto las informaciones incorrectas derivadas de balances falsos, derivan en impactos sobre los accionistas, los inversores, el mercado financiero y la circulación de recursos económicos y financieros en general. Abona aún más este razonamiento el hecho de que en el Título XIII, donde se abordan los delitos correspondientes a esta última clasificación, aparece el art. 309 que vuelve sobre el mismo delito basado en la existencia de información contable falsa.

En este último sentido y tal como se expresa Brond (1), queda por discutir si se trata de un delito contra la Fe Pública como está considerado dentro del Cód. Penal, o debería identificarse como delito contra el Orden Económico y Financiero. De cualquier forma, tal vez tampoco resulte sencillo distinguir los efectos sobre el orden económico y financiero de aquellos que afectan el comercio y la industria. Basta pensar que una sociedad económica es donde se desarrolla la microeconomía de los negocios, la que comprende operaciones tanto de producción como de comercialización y prestaciones de servicios. Todas estas actividades se encuentran enmarcadas en un universo macroeconómico y financiero donde conviven tanto la hacienda pública como los mercados financieros. Separar unos y otros parece un ejercicio complejo y posiblemente poco eficiente. En todo caso, resultaría más adecuado distinguir entre los hechos que inciden sobre el comercio y la industria privada, y aquellos que afectan el orden del Estado nacional. Entre estos últimos, básicamente los que impiden que los países obtengan los ingresos que les corresponden y por lo tanto deban recurrir a otros medios para el financiamiento de sus actividades. La evasión tributaria, y el lavado de activos, serían dos ejemplos a considerar.

II.2. El delito

En el caso de la figura denominada coloquialmente, y seguramente de manera errónea, de "Balance falso", podemos observar que constituye un delito la mera publicación, certificación o autorización, no siendo necesario que tales medidas hayan generado perjuicio alguno a los usuarios de la información. Ello es así por cuanto el bien que se está protegiendo es el de la fe pública, la cual se ve potencialmente afectada desde el mismo momento en que el instrumento que se genera puede ser utilizado públicamente. A partir de ese instante existe la contingencia de generar un engaño a la fe que los terceros indeterminados pondrán sobre la información suministrada.

La capacidad de los funcionarios públicos u otros profesionales especialmente dotados por las leyes para dar "fe pública", constituye sin dudas una acción de carácter preventivo, tendiente a posibilitar que se lleven a cabo operaciones que serían muy difíciles de concretar de no mediar un alto grado de confianza en sus términos.

A partir del dictado de la ley 27.401 con vigencia a partir de los 90 días de su publicación en el Boletín Oficial, (1/12/2017), se agregó el art. 300 bis al Cód. Penal, el que incorpora el agravamiento de la figura del art. 300. No añade condición alguna para la configuración del delito como tal, sino que adiciona una particularidad relacionada con el objetivo de la acción, es decir, la razón por la cual se decide presentar la información falsa o incompleta, circunstancia que no se requiere en el caso del art. 300.

III. Alcance terminológico

A partir de la lectura del art. 300 advertimos un conjunto de términos que pueden parecer más o menos claros y precisos, pero que en realidad no lo son tanto, y deberían acotarse y definirse con mayor rigurosidad para evitar discusiones anodinas e interpretaciones desatinadas.

(1) Brond, Leonardo, *Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, t. 12, p. 102.

Algunos de los términos poseen un cariz de orden jurídico, mientras que otros se relacionan con la experticia contable propiamente dicha.

Veamos cada uno de ellos:

"*Fundador, administrador, director, síndico...*". La enumeración taxativa de los posibles autores como sujetos activos del delito de balance falso, no considera la participación de gerentes, apoderados o "ceos", que en muchos casos poseen la autoridad de confeccionar, controlar y suscribir informes sobre hechos económicos sustanciales dentro de la actividad informativa de las empresas.

Al respecto el art. 270 de la ley 19.550 expresa: "El directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores".

Cabría establecer si tales funcionarios pueden ser asimilados a la condición de administradores, aún cuando no utilicen ese título para su cargo formal. De hecho, no son muchos los casos en que la denominación del puesto que ocupa el directivo de una organización, del tipo de los que pretende alcanzar el art. 300, gira en torno al título de "administrador".

"*A sabiendas*". Se encuentra relacionado evidentemente con el necesario "dolo" que debe estar presente en cualquier situación relacionada con un presunto delito penal como el que se trata en esta oportunidad. Es decir, el imputado por este delito debe ser una persona que estaba consciente de lo que hacía cuando emitía una información inexacta.

Puede no resultar sencillo establecer el grado de conocimiento que el emisor responsable de la información posee acerca de la seguridad con que fue confeccionada, y poder dar garantía en cuanto a la totalidad de su contenido.

Cuando se trata de informes complejos, compuestos por un importante conjunto de partes, a veces con cierto grado de individualidad, puede suceder que existan distintas personas encargadas de la confección de cada parte, aún cuando por último, el informe sea emitido como un documento comunitario adjudicado a la totalidad de los participantes.

Puede existir también la posibilidad de que algunos de los que participan de la emisión de un documento posean conocimientos expertos de cierta parte del mismo, y otros lo hagan con relación a otras secciones, aún cuando el documento sea luego emitido en conjunto.

Habría que distinguir en tal caso a quien pone su firma en un documento contable, de aquellos que participando de las reuniones donde el mismo fue aprobado, no lo han hecho. Y por supuesto debería distinguirse aún más de quienes esgrimieron una posición contraria a la aprobación de la información. Pero aún en el caso de quién se ha responsabilizado de la emisión, cabría considerar su verdadera posibilidad de tener un conocimiento suficiente de las irregularidades contenidas en los balances respectivos. En este sentido el avance de los últimos años ha sido significativo, especialmente a nivel internacional y especialmente en el ámbito de las grandes empresas que poseen actividad en ese campo. Por ejemplo, las prácticas de gobierno corporativo y las normas SOX, introdujeron modelos de conducta que tienen a garantizar un mayor conocimiento e involucramiento, y al mismo tiempo elementos de control más sofisticados, de modo tal de disminuir notoriamente las posibilidades de escape de los administradores por la vía de la supuesta ignorancia. Si a eso le agregamos la figura de los oficiales de cumplimiento prevista por las normas sobre lavado de activos, y consideramos también la reciente legislación en nuestro país sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puede concluir que el panorama es mucho más proclive a lograr una mayor posibilidad de imputación de responsabilidades a quienes poseen determinadas posiciones dentro de las organizaciones. No es ajena a este mismo esquema la implementación de normas internacionales de información financiera, y normas internacionales de auditoría que agregan un marco de calidad a las tareas fundamentales del proceso de emisión y revisión de información a través de los "balances".

Por otra parte, es razonable pensar también la dificultad que supone, desde el punto de vista técnico, establecer si un desvío en la información suministrada corresponde a una negligencia o a un ardid del emisor. Por ejemplo, observemos el caso de una depreciación de bienes de uso que pueda ser definida dentro de una causa penal como incorrectamente calculada. ¿Puede asegurarse que quién realizó la estimación sobre la vida útil de los bienes involucrados, quién estableció el método de depreciación, quién calculó el valor de rezago al final de la vida útil, o quien realizó los cálculos matemáticos, lo hizo incorrectamente adrede? El error final puede ser la consecuencia de deficiencias en cualquiera de los pasos descriptos, los que a su vez podrían estar en manos de distintos responsables. Tales diferencias pudieron haber sido advertidas por la auditoría financiera contratada para tal fin, pero habría que preguntarse ¿qué sucede si no fue así?

¿Puede asegurarse que un director, fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva estará en condiciones de advertir fácilmente las falsedades que pudieran estar contenidas en el cálculo de aquella depreciación? Tengamos en consideración que una partida contable como la mencionada, independientemente del monto que represente, es una pequeña parte un gran número de operaciones y saldos que forman parte de un estado contable.

Cada caso merecerá un análisis exhaustivo de las condiciones que se presentaban al momento de emitir la información, como así también el análisis de los testimonios de los involucrados y otras personas con conocimiento de los hechos, lo que obviamente excede por completo el ámbito técnico de las deficiencias, para mutar hacia una evaluación jurídica de la situación. En la presunta emisión de un balance falso concurren dos tipos de cuestiones. Por un lado las de orden estrictamente técnico que deben ser analizadas por los profesionales contables, y por otro lado las jurídicas, que quedan bajo el análisis de los magistrados. No creo que existan dudas acerca de que no es función de los profesionales contables juzgar la conducta de las personas, sino conocer sobre las variables técnicas que la profesión contable prevé.

Debe considerarse también que existe un cúmulo de circunstancias que se conjugan para ocasionar, eventualmente, el entorno necesario para que se falseen las cifras de los estados contables. Producir una información falsa solo tiene sentido, para el emisor, si existe un posible beneficio como consecuencia de esa acción. De otro modo, no se justifica el esfuerzo ni el riesgo que significa llevar a cabo una conducta ilícita. Y si bien la ley no exige que exista un propósito conocido para que se configure el delito, no es aventurado considerar que sin el descubrimiento de tal requisito es sumamente endeble probar la presencia de una actividad dolosa tendiente a producir una conducta ilícita como la de falsear las cifras de una balance. Mientras que en otros delitos, como un asesinato, el hecho puede deberse a una mera condición psíquica y transitoria del autor, sin que medie un fin razonable para su concreción, en el caso del delito del art. 300 no existe tal posibilidad. Sin un beneficio real o potencial, ningún emisor de información contable asumiría el riesgo de confeccionar presentaciones falsas “a sabiendas”. Descarto en este caso la negligencia o impericia, porque ello puede estar presente en cualquier situación.

Entre las causas posibles pare emitir información falsa se encuentran las de evadir tributos, lavar activos, defraudar a propietarios, accionistas o terceros relacionados, engañar a los mercados de valores o a las entidades financieras, obtener ventajas competitivas y otras similares. En casi todos los casos los hechos consisten en alterar el valor de los Activos y/o de los Pasivos, consiguiendo de tal modo un impacto de similar calibre en los resultados del ente. Las acciones pueden estar dirigidas tanto a incrementar como a disminuir los beneficios contables, dependiendo de lo que se pretenda mostrar. Las maniobras suelen consistir en la sobrevaluación de activos, el ocultamiento de contingencias negativas o bien maniobras más complejas donde se hace intervenir a múltiples entes y/o jurisdicciones. Quienes las llevan a cabo son conscientes de que están alterando las cifras que surgen de la realidad económica, pero los beneficios esperados, por ambición o por necesidad, son superiores al riesgo que creen contraer. Los estados contables dejan de representar la realidad económica y se convierten en una ficción.

"Publicare, certificare o autorizare". Se trata de términos que han sido discutidos cada vez que aparece el tema del art. 300. Si bien el objeto de este trabajo gira en torno a las cuestiones contables, puede citarse el trabajo de Bello Knoll y D'Albora (2), cuando afirman que "se consuma el delito de balance falso con la aprobación que realiza el directorio de la sociedad, desde que se trata de un acto por el que se lo autoriza". Es menester tener presente en este caso, que el balance es emitido por los administradores de la entidad. Son ellos quienes lo confeccionan, aprueban y transmiten. Ello es así, debido a que se trata del instrumento a través del cual los administradores riden cuenta de su gestión ante los propietarios.

Puede darse el caso de que dichos propietarios, reunidos en asamblea aprueben la gestión de los administradores habiendo presentado éstos un balance falso. En tal caso deberá analizarse si los asambleístas tenían conocimiento de la falsedad. De ser así resultarán partícipes del delito. En caso contrario, serán las víctimas del engaño.

Entiendo que el término certificare resulta de difícil aplicación al tema. Si por ello se entiende la tarea que antiguamente realizaban los contadores públicos sobre los balances de las empresas, ello no tendría sentido por dos razones. En primer lugar porque los contadores públicos no están enumerados entre los posibles autores del delito. En segundo lugar porque hace años que la figura de la certificación ha cedido su lugar a la de la emisión de informes de auditoría, actividad más completa y abarcativa, y que implica la emisión de una opinión profesional que tiende a generar mayor confianza por parte de los usuarios de los estados contables.

"Un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos". Un "inventario", "un balance" y una "cuenta de ganancias y pérdidas" son elementos puntuales que se encuentran perfectamente identificados, por ejemplo en la Ley General de Sociedades. Sin embargo, el Código Civil y Comercial no los contempla bajo similar denominación, ya que en su art. 326 menciona un "estado de situación patrimonial" y un "estado de resultados", y obvia especificar cualquier otro informe que se emita para constituir los "estados contables".

El Código de Comercio sustituido en el año 2014 se refería en su art. 49 a los "Balances generales", y en el art. 52 al "Cuadro contable demostrativo de ganancias y pérdidas".

La Ley General de Sociedades, 19.550, dentro de la Sección IX, "De la Documentación y de la Contabilidad", menciona en su art. 63 al "balance general", en el art. 64 el "estado de resultados" al que denomina alternativamente "cuenta de ganancias y pérdidas", y agrega que puede ser complementado por el estado de evolución del patrimonio neto, y en el art. 65 aparecen las "notas complementarias", las que se consideran parte de las informaciones de los dos arts. anteriores. Hay que mencionar también el art. 62, donde incluye como información a suministrar:

a) Estados contables de acuerdo a lo prescripto en los arts. 63 a 65.

b) Memoria prevista en el art. 66.

c) Estados contables consolidados cuando corresponda según art. 33.

Si bien no es el tema de este artículo, habría que recordar que el mismo art. 62 obliga a confeccionar la información en moneda constante, lo que al mismo tiempo no es aceptado por otras normas de rango inferior desde hace 15 años, lo que genera consecuencias que mencionaré en las conclusiones para no alterar el contenido de este artículo.

Si bien la profesión contable ha concebido como denominaciones equivalentes las de "estado de situación patrimonial" y "balance general", y lo mismo podría contemplarse en el caso del "estado de resultados" y la "cuenta de ganancias y pérdidas", lo concreto es que estamos frente a una norma que se refiere a documentos cuyas denominaciones no coinciden exactamente con los que normal, y legalmente, emiten las empresas. Se puede afirmar que se trata de una norma que utiliza términos obso-

(2) Bello Knoll, Susy I. - D'Albora, Francisco, "Balance Falso", presentado en el VII Congreso de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998.

letos y lo hace además de manera imprecisa, dando lugar a diversas interpretaciones acerca del alcance de los mismos.

Resulta menos claro aún lo que el Cód. Penal pretende incluir cuando se refiere a "los correspondientes informes". Habría que preguntarse ¿correspondientes con qué? Porque los términos precedentes "inventario", "balance", y "cuenta de ganancias y pérdidas", no poseen "correspondientes informes". Las notas complementarias del art. 65 de la Ley General de Sociedades se consideran "parte" del balance general y del estado de resultados, según dicho artículo, por lo no revestirían el concepto de correspondientes informes. El estado de evolución del patrimonio neto, el de flujo de efectivo o de origen y aplicación de fondos, son estados por separado que la ley deja al arbitrio de la Comisión Nacional de Valores u otras autoridades de contralor la posibilidad de exigirlos. Los estados contables consolidados son información complementaria, que solo deben presentar las sociedades controlantes. Por lo tanto, ambas informaciones no están dentro del art. 65, y por ello no estarían considerados como parte del balance general o de la cuenta de ganancias y pérdidas. Como consecuencia, tampoco alcanzados por el delito de balance falso, si seguimos el texto de la norma.

Mientras tanto, las empresas emiten, tal cual menciona el art. 326 del Código Civil y Comercial, sus respectivos estados contables. Este documento está constituido por un conjunto de estados denominados básicos, e información complementaria que puede ser extensa, compleja, y relevante, pero que no parece estar contemplada explícitamente en los términos del art. 300 del Cód. Penal.

Un estado contable se compone de:

— Carátula.

— Detalle de las Autoridades.

— Índice.

— Estado de situación patrimonial.

— Estado de resultados.

— Estado de evolución del patrimonio neto.

— Estado de flujo de efectivo.

— Notas, cuadros y anexos.

— Estados contables consolidados (los que a su vez incluyen estado de situación patrimonial consolidado, estado de resultado consolidado, estado de flujo de efectivo consolidado, además de notas, cuadros y anexos consolidados).

A su vez debe considerarse que el caso de nuestro país, existen a la fecha diferentes grupos normativos contables desde el punto de vista profesional, los que se integran con pronunciamientos de orden local y pronunciamientos internacionales introducidos a partir de la Resolución Técnica Nº 26 de la FACPCE y las normas de la CNV. Lo que he venido desarrollando en los párrafos precedentes corresponde exclusivamente al ámbito de las normas locales. Las normas internacionales de información financiera incluyen a su vez otros elementos y otras denominaciones, por lo que sería necesario realizar nuevas relaciones para concatenarlas con las premisas del Cód. Penal para la definición del delito comúnmente denominado de balance falso.

No hay que olvidar tampoco que muchas empresas debido a las obligaciones impuestas por sus respectivos organismos de control, se ven obligadas a presentar estados de períodos intermedios. Estos también están compuestos por un conjunto de estados contables, que entran en la categoría de "balances". Sin embargo, las exigencias para su confección son menores, en cuanto a los aspectos de control, que las utilizadas para los balances de cierre de ejercicio. En este caso se estarían corriendo riesgos mayores en cuanto a la posibilidad de que el balance contenga errores no detectados, y que los mismos sean imputados como desviaciones intencionadas a la norma legal, y por lo tanto constituyan un delito del art. 300 o 300 bis. En este artículo no se hace diferencia entre balances de cierre y balances intermedios. Incluso podría considerarse que estos últimos ingresan en la categoría de "hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa", en cuyo caso estarían dentro de las definiciones del delito.

Por supuesto, que una lectura e interpretación mucho más extensiva colocaría bajo la lupa del posible delito a cualquier información que circule en conjunto con un "balance" o informe que esté orientado a cumplir con un fin semejante, cualquiera fuera su nombre o alcance, y sólo por el hecho de adicionarse al mismo. Esa es la forma en que se ha venido contemplando, tradicionalmente. De ser así, sería muy conveniente que el texto del Cód. Penal dejara en claro tal circunstancia, evitando denominaciones poco felices que resultan muy acertadas para agregar dudas.

Por último, y con respecto a la Memoria, si bien no forma parte de los estados contables, también podría interpretarse que tiende a demostrar los hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, lo que la haría formar parte de un delito, que de tal forma, resulta evidentemente mal denominado de "balance falso".

El delito parece incluir también el informe del síndico, ya que es uno de los autores previstos en el art. 300. Sin embargo su actuación implica presentar a la Asamblea sólo sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a consideración de la misma. De cualquier forma, a la luz del texto del artículo, tal presentación constituye un informe, que de ser falso, se encuentra dentro de las previsiones del mencionado artículo.

"Informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa". Si bien esta parte se encuentra fuera del alcance de los denominados estados contables, resulta importante advertir que existe una importante cantidad de informes que pueden ser presentados, independientemente de los estados contables. Y además, esos informes suelen consistir en datos concretos que no pueden ampararse en criterios de materialidad por el tenor de su contenido. Serán consecuencia de informes para organismos de control, declaraciones juradas, etc. En tales casos no estaríamos frente a una información a la asamblea, por lo que tales acciones no deberían incluirse dentro del delito analizado.

Sin embargo, pueden existir otras informaciones, no incluidas dentro de los estados contables, pero que tengan por destino ser analizadas por los asambleístas o socios. Por ejemplo relativas al valor de un bien a los efectos de su compra o su venta, o las ventajas o desventajas que surgirían como consecuencia de un eventual contrato. En este caso, entiendo que se cumplirían los preceptos del art. 300, constituyendo un delito la producción de tales informes, cuando en las mismas se incluyan falsedades. Es claro que en tal caso estamos lejos de poder denominar al delito como de "balance falso". Por otra parte, en estos casos habría que considerar con mayor detenimiento la cuestión relativa a la materialidad de los hechos, dependiendo del tipo de información que se suministre.

"Cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo". Esta frase descarta la necesidad de establecer las razones que llevaron a los emisores a producir informes contables falsos en forma de balances generales o cuentas de resultados, lo que parece hacer más sencilla la tarea de determinar el posible delito. Pero hay que recordar que la acción debe haber sido realizada "a sabiendas", es decir con conocimiento efectivo de lo que estaba haciendo. Y quien decidió arriesgarse falseando las cifras de un balance, debió haber pensado en hacerlo por un fin que compensara los esfuerzos. De tal modo, que el descubrimiento de ese objetivo será una de las formas más precisas de determinar la existencia del dolo necesario para configurar el delito.

La discusión sobre el tema se desvanece cuanto nos adentramos en el art. 300 bis, ya que en ese caso, es imprescindible establecer si las alteraciones que dieron origen a probar la existencia de un balance falso, fueron realizadas con el propósito de ocultar la comisión de los delitos previstos en los arts. 258 y 258 bis del Cód. Penal. De esta forma, a la dificultad natural para determinar la falsedad, debe agregarse el obstáculo que se interpone, no ya para establecer una causa general, sino para delimitar el alcance de las razones por las que se produjo tal falsedad a un tipo de hecho en particular. Aún existiendo concomitantemente ambas circunstancias, delitos del arts. 258 y 258 bis y falsedades en los balances, no se puede inferir sin más análisis, que tales situaciones se encuentran íntimamente relacionadas.

"El valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado".

El art. 300 bis incluye también este concepto. Sin embargo, si en un acto se modifica la fecha, o se anota en una fecha que no es la correcta, puede existir una falsedad cuyas consecuencias resulten sumamente significativas para el usuario de la información. Sin embargo, será muy difícil valorizar tal hecho por sí mismo si lo analizamos desde el punto de vista del emisor de la información. Fundamentalmente porque no hay ningún valor falseado. El valor consignado en la documentación es el correcto, lo que se ha alterado es la fecha en que ocurrió. En tal caso, un posible razonamiento podría sostener que existen no una, sino dos alteraciones, y cada una de ellas posee un valor determinado. Es decir, una de las falsedades ocurre cuando en la fecha en que no se registra la operación, pero que debió haberse hecho, y otra en la fecha en que la operación es registrada, sin que haya ocurrido en ese momento el hecho generador. En ambas ocasiones el monto de la falsedad es el que surge de la operación, aunque la causa de la falsedad no se encuentre en la cifra sino en la fecha. No me cabe duda que tal duplicación resulta incoherente, pero la falta de precisión normativa permite elucubraciones diversas, sujetas a discusiones difíciles de resolver.

IV. Significatividad y materialidad en la confección de los estados contables

IV.1. Según resolución técnica 16 de la FACPCE

Para ser creíbles, los estados contables deben presentar descripciones y mediciones que guarden una *correspondencia razonable* con los fenómenos que pretenden describir, por lo cual no deben estar afectados por errores u omisiones importantes ni por deformaciones dirigidas a beneficiar los intereses particulares del emisor o de otras personas.

Aunque la búsqueda de aproximación a la realidad es imperativa, es normal que la información contable sea inexacta.

Esto se debe a:

a) la identificación de las operaciones y otros hechos que los sistemas contables deben medir no está exenta de dificultades;

b) un número importante de acontecimientos y circunstancias (como la cobrabilidad de los créditos, la vida útil probable de los bienes de uso o el costo de satisfacer reclamos por garantías posventa) involucran incertidumbres sobre hechos futuros, las cuales obligan a efectuar estimaciones que, en algunos casos, se refieren a:

1) el grado de probabilidad de que, como consecuencia de un hecho determinado, el ente vaya a recibir o se vea obligado a entregar bienes o servicios;

2) las mediciones contables a asignar a esos bienes o servicios a recibir o entregar.

Al practicar las estimaciones recién referidas, los emisores de estados contables deberán actuar con prudencia, pero sin caer en el conservadurismo. No es aceptable que los activos, ganancias o ingresos se midan en exceso, o que los pasivos, pérdidas o gastos se midan en defecto, pero tampoco lo es la aplicación de criterios contables que conduzcan a la medición en defecto de activos, ganancias o ingresos o a la medición en exceso de pasivos o gastos.

Para alcanzar el objetivo de que la información se aproxime a la realidad, o como se expresa en otras latitudes bajo la denominación de "imagen fiel", debe cumplir con los requisitos de esencialidad, neutralidad e integridad. Como se puede apreciar, incluso estos parámetros constituyen también medidas subjetivas que pueden a su vez ser motivo de análisis y controversia.

El punto 7 de la Resolución Técnica 16 se denomina "Desviaciones aceptables y significación".

Explica que son admisibles las desviaciones a lo prescripto por las normas contables profesionales que no afecten significativamente a la información contenida en los estados contables.

Se considera que el efecto de una desviación es significativo cuando tiene aptitud para motivar algún cambio en la decisión que podría tomar alguno de sus usuarios.

Esto significa que sólo son admisibles las desviaciones que no induzcan a los usuarios de los estados contables a tomar decisiones dis-

tintas a las que probablemente tomarían si la información contable hubiera sido preparada aplicando estrictamente las normas contables profesionales.

Los problemas que habitualmente deben evaluarse a la luz del concepto de significación son:

a) la omisión injustificada de elementos de los estados contables o de otras informaciones requeridas por las normas contables profesionales;

b) la aplicación de criterios de medición contable distintos a los requeridos por las normas contables profesionales;

c) la comisión de errores en la aplicación de los criterios previstos por las normas contables profesionales.

IV.2. La Norma Internacional de información Financiera Nº 1. Presentación de los estados financieros

La norma en cuestión plantea que: "Para que los estados financieros cumplan con todos los requisitos establecidos en cada una de las NIIF y en cada una de las interpretaciones del comité de interpretaciones, la gerencia de la empresa debe seleccionar y aplicar las políticas contables. Cuando no exista un requisito específico, la gerencia debe desarrollar los procedimientos oportunos para asegurar que los estados financieros ofrecen información:

— relevante para el proceso de toma de decisiones de los usuarios.

— confiable, en el sentido de que los estados.

• presentan razonablemente los resultados de las operaciones y la situación financiera de la empresa.

• reflejan la esencia económica de los sucesos y transacciones, y no meramente su forma legal.

• son neutrales, es decir, libres de prejuicios o sesgos.

• son prudentes.

• están completos en todos sus extremos significativos".

Como se puede observar, las dos normas citadas confluyen sobre similares definiciones en cuanto a la necesaria materialidad del contenido de los estados contables.

Vale decir que para los emisores de los estados contables, lo más importante no es la exactitud desde el punto de vista del que emite la información, sino el impacto potencial que la misma puede generar sobre los usuarios que accedan a ella. Este punto es de vital importancia, ya que implica considerar la visión que se aplica para la confección de estados contables, y por lo tanto para establecer cuáles deben ser los objetivos de una investigación sobre la posible falsedad del contenido.

Los estados contables no contienen información absoluta, objetiva y precisa, sino, en general, relativa, subjetiva y aproximada a la realidad.

IV.3. Significatividad y materialidad en la auditoría de los estados contables

Para la Norma Internacional de Auditoria 240, punto 10, los objetivos del auditor son los siguientes:

a) Identificar y evaluar el riesgo de distorsiones significativas debido a fraude.

b) Obtener elementos de juicio válidos y suficientes sobre el riesgo analizado de distorsiones significativas debido a fraude, a través del diseño e implementación de respuestas adecuadas.

c) Responder en forma adecuada ante la identificación o sospecha de fraude.

Como puede apreciarse, y tal como fuera señalado anteriormente, el anclaje de una auditoría contable encuentra su punto principal en el estudio de los factores de riesgo en general y de aquellos que pueden implicar particulares situaciones fraudulentas, siempre dentro del marco de las distorsiones significativas.

V. Contabilidad y estados contables

Es importante realizar una distinción terminológica, especialmente considerando que el derecho penal requiere de precisiones que no

pueden ser suplidas por interpretaciones personales ni derivaciones más o menos lógicas del texto legal.

En este sentido, deberíamos diferenciar lo que se denomina comúnmente "contabilidad", de lo que entendemos por "balance general", o tal vez más ampliamente como "estados contables".

El término contabilidad puede ser empleado de múltiples formas, en este sentido podemos remitirnos a Herrscher(3) y su ejemplo de la fábrica de ladrillos. Allí nos muestra como el término "contabilidad" puede ser empleado con diferentes alcances. Por ejemplo, como un conjunto de principios, como un conjunto de técnicas, como un sistema, como un conjunto de procesos, o como un conjunto de informaciones.

Es contabilidad lo que se escribe en los libros y registros contables legales, y también es contabilidad el balance que emiten los entes, aunque sean dos partes diferentes, y la segunda resulte como consecuencia de la primera. Es como si el producto y el insumo tuvieran la misma denominación.

Ahora bien, siendo cierto que a cada una de las partes individuales del proceso de confección y emisión de los estados contables se las pueda denominar "contabilidad", no podemos hacer lo mismo con otros términos. Por ejemplo, no podemos denominar "balance general" a ninguna otra porción de la tarea contable que no sea la emisión de información.

Bajo esta premisa, cuando la ley se refiere a "balance falso", solo podría estar incluyendo la porción de los procedimientos contables referidos a la información. Ello queda aún más claro cuando el Cód. Penal se refiere a los términos "publicare, certificare o autorizare", ya que estas acciones no se realizan sobre los elementos contables contenidos en los libros y registros de comercio, sino exclusivamente sobre la información a suministrar.

Esta separación entre los procedimientos y las acciones derivadas del registro de los datos, de las actividades y documentos que son luego emitidos, es de vital importancia para situar con precisión el alcance del delito de balance falso.

De tal forma, puede inferirse que si bien puede existir una contabilidad falsa, o falsedades en la contabilidad, ello no sería penado por el delito en cuestión, en tanto tal circunstancia no se concrete en la emisión de un balance que también resulte falso. Basta suponer el caso de una operación de compra de activos financieros por un valor muy significativo, que son luego vendidos durante el mismo ejercicio económico sin generar ningún resultado. Tratándose de una operación real debió haber sido reflejada en los movimientos contables de la entidad, asentándose en el registro diario. Sin embargo, ello no fue realizado. Incluso supongamos adicionalmente que tal acción fue llevada a cabo intencionalmente con el propósito de ocultar una transacción que podría comprometer judicialmente a las autoridades de la entidad. Al momento de emitir el balance general, la cuenta de ganancias y pérdidas y el inventario, dicha operación no tiene efecto alguno sobre los mismos. No modifica el Activo, el Pasivo ni el Patrimonio Neto, no afecta los resultados porque no se produjo ninguna variación del patrimonio, y no tiene incidencia sobre el inventario ya que los bienes en cuestión no se encuentran formando parte del patrimonio al cierre del ejercicio. Vale decir entonces que mientras que se podría imputar a la empresa haber escondido una operación comprometedora, o incluso ilegal, no se podría aseverar que ha cometido el delito de balance falso tal cual está descripto en el Cód. Penal. Esto es así además debido a que la contabilidad, en cuanto a los registros contables que la componen, no se publica ni certifica ni autoriza.

Algo similar ocurriría en el caso en que la operación mencionada hubiera sido registrada en una fecha diferente a la que realmente ocurrió, tratando de esa forma de demostrar un hecho fuera del contexto cronológico. Tampoco este caso tendría efecto sobre las informaciones que se publican, es decir sobre el balance general, la cuenta de ganancias y pérdidas y el inventario.

Siguiendo el caso detallado, estaríamos frente a la misma imposibilidad de determinar la existencia de un delito de balance falso de haber

(3) Herrscher, Enrique G., *Contabilidad Gerencial*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1979.

existido resultados por la venta de tales títulos, siempre que tales resultados no resultaran significativos en el conjunto de los resultados de la entidad. La diferencia en este caso es que de haber resultados por la venta debería poder advertirse que existieron operaciones con títulos durante el ejercicio, y como consecuencia, facilitaría su descubrimiento durante el proceso de auditoría.

VI. Aspectos técnicos

No resulta sencillo definir si un balance es falso o no, más allá de las consideraciones sobre los desvíos aceptables comentados anteriormente.

Nos encontramos frente a un conjunto de distintas situaciones, cada una de las cuales posee diferentes grados de importancia relativa para el análisis. Por lo tanto, al decir de Baigún (4), se trata de "un tipo penal carente de carácter descriptivo, cuya realización depende totalmente de criterios normativos de naturaleza jurídico-contables que, a su vez, necesitan ser concretados. Evidentemente, el análisis de tipicidad va a requerir siempre de un estudio contable".

Por otra parte, los autores clasifican la fe pública en dos grupos, originaría y derivada. En el primer caso se trata de aquellos casos donde quién da fe puede percibir los hechos directamente, por si mismo, a través de sus sentidos. En el caso de la fe pública derivada no sería posible advertir personalmente los hechos, cosas o personas involucradas, sino que su conocimiento se produce a partir de otros documentos.

Entiendo, desde la visión de los contadores públicos, que la clasificación antedicha es bastante importante porque sitúa a los profesionales contables, y en muchos casos a los directores, administradores, liquidadores o síndicos, cada uno de ellos según sus propias condiciones y obligaciones, en datarios de fe sobre la base de documentación que llega a sus manos, de la cual solo pueden asegurar en forma sensorial, y por su intervención directa, la realidad fáctica de una parte de ella.

Es así que se presentan riesgos ajenos a las virtudes de quién según la definición del delito estaría dando fe, lo que implica la necesidad de establecer sistemas de control que los minimicen. Aunque bien sabemos que los riesgos sólo pueden ser disminuidos, nadie puede asegurar que exista la posibilidad de su eliminación absoluta. De resultas de ello, la función de quién da fe mediante la utilización de documentación de terceros, está expuesta naturalmente a un margen de error propio de la naturaleza de sus actos.

Los procesos de auditoría sobre los estados contables constituyen justamente un proceso de revisión y análisis tendiente a establecer un mayor control sobre la calidad de la información contable que emiten las compañías, y es por ello que el trabajo de esta parte de la disciplina contable basa su accionar en el estudio de los sistemas de control y en el análisis de la implicancia de los riesgos asociados. En este caso habría que mencionar una encuesta del departamento de Forensic Service de KPMG sobre fraude corporativo correspondiente al año 2016 que menciona que el tipo de fraude menos habitual fue el de la manipulación de los estados financieros, con sólo el 3% de las respuestas. Para el Reporte de las Naciones de 2016, encuesta que emite la ACFE, sólo el 9,6% de los casos de fraude corresponden a los estados financieros, y sólo el 4% de las detecciones de fraudes se realizaron sobre la base de dichos estados.

Wainstein (5), clasifica el fraude o error en los estados contables en dos categorías, del siguiente modo:

a.1. Los balances falsos: aquí es donde se denota la presencia de fraude, caracterizada por la existencia de dolo, o sea la voluntad de cometer el hecho. Suponen adulteración deliberada de la información que contienen.

a.2. Los balances irreales: aquí no existe la intención. Estos balances se deben principalmente a ineficiencias del sistema contable que está utilizando el ente, atrasos en la registración contable o errores.

(4) Baigún, David y otros, *Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, t. 12, ps. 28 y 29.

(5) Wainstein, Mario, *La corrupción y la actividad del contador público*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2004.

Un balance puede contener falsedades, sin que ello implique necesariamente que el balance lo sea en su conjunto. Puede suceder que un saldo se encuentre expuesto en un rubro que no es el que corresponde. Por ejemplo un anticipo para la compra de un bien que se muestra dentro del rubro Otros Créditos cuando tendría que formar parte del rubro Bienes de Uso. Desde el punto de vista de las normas técnicas tal situación es considerada errónea y podría ser entonces falsa. Sin embargo, es muy difícil que esa alteración alcance para convertir en falso un balance general completo, al punto de la capacidad de alterar la opinión de los potenciales usuarios.

La falsedad puede ser la consecuencia de operaciones específicas o de criterios generales. Es decir, en algunos casos las alteraciones nacen como consecuencia de hechos que no fueron registrados, o lo fueron por importes o en fechas que no son las correctas. En otras oportunidades, los desvíos corresponden a la utilización de criterios de registración agresivos que pueden incluirse dentro de lo que se denomina "contabilidad creativa".

Puede ser falso por hechos ciertos del pasado o por estimaciones futuras. Algunas informaciones contables incluyen desvíos significativos con respecto a las operaciones reales efectuadas por la entidad. Puede tratarse de operaciones efectuadas y no registradas, operaciones no realizadas pero incluidas en la contabilidad, u operaciones asentadas a partir de comprobantes que fueron alterados en algún sentido. En cambio, otras discrepancias pueden provenir de la forma en que se confeccionan las estimaciones sobre la probabilidad de ocurrencia de hechos futuros, o sobre el impacto que tales hechos pueden tener sobre el patrimonio del ente. En este caso se encuentran, por ejemplo, las depreciaciones de los bienes y las contingencias. Las estimaciones implican opiniones, y por tal razón configuran situaciones que no tienen raíz en la realidad actual o pasada, sino en una realidad futura que siempre puede ser motivo de discrepancia.

Un balance también puede pretenderse falso por un conjunto de circunstancias, donde las que se encuentran relacionadas con las acciones penadas por el art. 258 constituyen solo una parte, las que no implicarían, por sí mismas, la existencia de un balance falso. En tal circunstancia, parecería no plasmarse la figura del balance falso agravado del art. 300 bis, ya que el objetivo de la falsedad no se encontraría relacionado con el hecho de encubrir un delito del art. 258 o 258 bis, sino con otras razones.

Podría darse el hecho de que un balance resulte falso en cuanto a su alejamiento de la realidad económica que pretende representar, pero que esa situación sea la consecuencia de errores involuntarios y casos de fraude simultáneamente. En tal situación debería analizarse si la parte dolosa de los desvíos resulta por si misma suficiente para establecer que el balance en cuestión es falso.

Hay que tener en cuenta que un balance puede ser falso según los parámetros de las normas legales, de las fiscales y/o de las contables profesionales.

VII. El quántum de la multa

El art. 300 bis incluye una "multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado". La frase es muy sencilla, pero el monto a calcular puede resultar de bastante difícil determinación. Ya me he referido a ello inicialmente al tratar el alcance terminológico en el punto 2.

Podría agregar ahora que existen otros casos donde la forma en que se desarrolla la falsedad dificulta la posibilidad de establecer un monto exacto de la desviación, y por lo tanto de la multa.

Por ejemplo, cuando se trata de la detección de operaciones de préstamos efectuados por la entidad, los que a su vez generaron ingresos por intereses que no fueron incluidos en los estados contables. En este caso es posible que se haya podido establecer la existencia de operaciones como las enunciadas, que se trata de un número importante, y por lo tanto que constituyen necesariamente un valor significativo, pero no fue posible descubrir ni la cantidad precisa de ellas, ni las tasas de interés pactadas, ni los valores involucrados en las mismas. Por lo tanto, si bien puede haberse probado la falsedad de la

información, posiblemente no suceda lo mismo con el importe de tal falsedad.

Ya me he referido al caso de que un balance fuera falso por problemas de exposición. Un concepto debió haber sido expuesto en un rubro y se incluyó en otro. Como para la contabilidad se utiliza el método de la partida doble, la incorrecta inclusión de una partida en un lugar impropio, supone que debía estar en otro, por lo que se verán afectados al menos dos sectores del balance y/o la cuenta de ingresos y gastos. La discusión aquí gira en torno a definir si la multa es por el único hecho, un asiento mal confeccionado, o por cada una de las informaciones incorrectas del estado contable.

Si el balance es falso por un comentario incluido en las notas a los estados contables, puede no tener ningún valor asociado, lo que también dificultará establecer una multa dineraria.

Algo similar se presenta cuando la falsedad surge de la incorrecta estimación de hechos futuros. En estos casos, si bien es posible llegar a la conclusión de que las cifras incluidas en los estados contables no son las correctas, debido a que las circunstancias planteadas y/o los montos involucrados son notoriamente extraños, es muy probable que no resulte tan sencillo establecer cuál debió haber sido el importe más razonable.

Lo mencionado no quiere significar que no sea posible establecer un valor, sino que el mismo deberá ser posiblemente estimado sobre alguna base de razonamiento, y a partir de ciertos presupuestos propios de cada caso. Y como cualquier estimación será susceptible de discusión y controversia antes de llegar a una definición.

VIII. Conclusiones

Si nos atenemos a las consideraciones que he realizado a lo largo de este artículo, no sería exagerado afirmar que la mayoría de los estados contables que se presentan en la República Argentina pueden ser considerados falsos desde el punto de vista de su interpretación de la realidad económica. Si bien la frase tiene apariencia de exageración, yo creo que se trata de una realidad.

Como mencioné en el punto 3), desde el año 2003 los estados contables de los entes en nuestro país se presentan sin considerar uno de los efectos más sustanciales de la economía, es decir, la inflación. La distorsión que se genera sobre las cifras de los estados contables al ignorar este fenómeno económico, produce múltiples distorsiones que vuelven inexactas muchas cifras particulares y la información en su conjunto. Tanto la fe pública en las cifras de los estados contables, como el orden económico y social, se ven alterados por la deformación del contenido de los informes contables. Y los emisores de esos estados conocen perfectamente tal situación, por lo que lo hacen a sabiendas.

Sin embargo estos balances, falsos en cuanto a la utilidad que muchas veces tienen para los usuarios, son totalmente legales en términos de las normas del Estado. Por lo tanto, deben diferenciarse los balances incorrectos, aquellos que no reflejan la realidad económica que deberían representar debido a la existencia de normas que impiden realizarlos adecuadamente, de los que presentan desvíos introducidos por la entidad emisora, sin consentimiento legal. En cierta forma, los balances que no reflejan correctamente la realidad económica, pero que se encuentran legalmente confeccionados, no estarían dañando completamente la fe pública de los usuarios, ya que éstos conocen de antemano que recibirán tales informaciones con la deficiencia apuntada por lo que pueden tomar las medidas necesarias para corregirlas o para evitar el uso de la información irreal al decir de Wainstein (6). Por otra parte una norma legal, aunque cuestionable y cuestionada, les impediría cumplir con otra.

No puedo dejar de mencionar que será preciso diferenciar claramente los casos de entidades constituidas con el propósito de delinquir, las que seguramente emitirán información contable falsa como parte de su propia operatoria, de aquellas empresas que, teniendo una actividad legal y confiable, llevan a cabo una acción que deriva en alteraciones en sus estados con-

(6) Wainstein, Mario, ob. cit.

tables. Aún en este último caso sería menester discriminar aquellos casos donde los hechos son recurrentes a lo largo de varias ediciones de los estados contables, del caso que se presenta por única vez. Obviamente, en cualquiera de las situaciones descriptas habrá sido preciso previamente evaluar un conjunto de factores adicionales antes de concluir acerca de la falsedad de la información.

Por otra parte, es de tener en cuenta que la pena para este delito ha sido tradicionalmente bastante leve, por lo que el período de prescripción es muy corto y no suele dejar margen para desarrollar el proceso de investigación y prueba en forma completa en el lapso requerido.

Dada la escasa posibilidad de realizar la investigación en el tiempo requerido, y la baja pena consecuente, el delito de balance falso ha sido habitualmente subsumido dentro de delitos con penas más graves, como la defraudación. En definitiva, porque en casi todas la ocasiones, cuando se detecta la existencia de diferencias en la información contable presentada, es debido a que se han advertido maniobras defraudatorias, cuya investigación deriva en el análisis del contenido de los estados contables que sirvieron de respaldo.

Existe un escasísimo número de condenas derivadas de la presentación de balances falsos. La inclusión de la figura agravada en el art. 300 bis, que duplica el período de la pena siendo en este caso de 1 a 4 años, debería permitir que se trate con mayor eficiencia la persecución de este delito en forma autónoma.

IX. Bibliografía

Baigún, David y otros, Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, tomo 12, p. 28 y 29.

Bello Knoll, Susy I. y D'Albora, Francisco, Balance Falso, incluido en el VII Congreso de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Buenos Aires, 1998.

Bravo Herrera, Fernando, *Análisis de estados financieros. Textos y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

Brond, Leonardo, *Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, tomo 12, p. 102.

Cholvis, Francisco, *Balances Falsos*, ed. Prometeo, Buenos Aires.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Código Penal de la Nación.

Comisión de Actuación Profesional del Contador Público. La corrupción y el fraude. Antecedentes para conocimiento de la profesión contable. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2001.

Encuesta KPMG. *https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ar/pdf/informe-kpmg-encuesta-de-fraude.pdf.*

Encuesta Reporte de las Nacional ACFE. *http://acfe-mexico.com.mx/archivos/Reporte_Naciones_2016_esp.pdf.*

Herrscher, Enrique G., *Contabilidad Gerencial*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1979.

Ley General de Sociedades 19.550.

Martínez Vivot, María E., *El delito de balance falso*, Fabián J. Di Plácido editor, Buenos Aires, 2005.

Rusenas, Rubén, *Balances falsos e incompletos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires.

Verón, Alberto V., *La Sindicatura y el Delito de Balance Falso*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.

Torres Salazar, Gabriel, *Estados Financieros*, 4ª ed., Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2001.

Wainstein, Mario. La corrupción y la actividad del contador público. Errepar, Buenos Aires, 2004.

La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas

POR **ALEJANDRO CARRIÓ** (*) Y **MAXIMILIANO REUSSI** (**)

I. Alcance del trabajo

La ley 27.401 ha sentado un nuevo hito en lo que ya parece, a nivel nacional e internacional, un camino sin retorno. La responsabilidad penal de la persona jurídica y, en paralelo, el abandono progresivo de la máxima conocida como *societas delinquere non potest* (1).

Se trata de un camino ya transitado en otras áreas del derecho sancionatorio en general (2) y del derecho penal en particular. Entre los más importantes pueden mencionarse: régimen penal aduanero (3), régimen penal tributario (4), delitos contra el orden económico y financiero (5), régimen penal cambiario (6), defensa de la competencia (7), ley de abastecimiento (8), sistema integrado de jubilaciones y pensiones (9), sea a través de la atribución de responsabilidad mediante tipos de omisión impropia, la formulación de un tipo penal genérico de omisión de un deber de vigilancia o mediante la directa atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (10). La ley 27.401 mencionada implica un nuevo paso a partir de su remisión a

(*) Abogado, Facultad de Derecho UBA, 1976. *Master of Laws*, Louisiana State University, 1982. Profesor Adjunto UBA, 1986-1999. Profesor de Posgrado, Universidades de Palermo y Di Tella. Profesor Visitante, Louisiana State University y Syracuse University. Investigador Asociado, Columbia University. Autor de diversas obras de Derecho Procesal Penal y Constitucional.

(**) Abogado, Facultad de Derecho UBA, 1998. Posgrado en Derecho Penal Tributario UBA, 2012. Profesor Ayudante de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA, 1999-2006. Expositor en Curso sobre Jurisprudencia Penal Tributaria, UBA, 2014-2016. Autor de artículos de doctrina, mayormente referidos al alcance de la ley penal tributaria.

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

(2) Nuestro país es signatario desde hace tiempo de una serie de instrumentos internacionales (contra la trata de personas, contra la corrupción) que se plasmaron luego en distintas leyes (para nombrar algunas: Leyes Nº 25.319 y 26.097). Estas leyes, en líneas generales en sintonía con los estándares del derecho continental europeo, obligan al Estado Nacional a imponer sanciones ("eficaces, proporcionadas y disuasivas") a las personas jurídicas pero no necesariamente penales. La ley 27.401, en tal sentido, y de acuerdo a los lineamientos de la OCDE, da un salto cualitativo en torno a la sanción (penal) aplicable.

(3) Ley 22.415, Código Aduanero, Arts. 887 y 888.

(4) Art. 14 de la ley 24.769 luego de la reforma operada por la ley 26.735 y art. 13 de la actual ley 27.430.

(5) Arts. 303 a 313 del Cód. Penal que receptan las reformas producidas por la ley 26.733 (ver particularmente arts. 304 y 313).

(6) Ley 19.359, art. 2º inc. f.

(7) Ley 25.156, Capítulo VII.

(8) Ley 20.680, art. 8º.

(9) Ley 24.241, art. 154.

(10) "El delito de contrabando", Borinsky-Turano, Rubinzal Culzoni Editores, 1ª ed., 2017, p. 335.

una serie de delitos enumerados *taxativamente* en su art. 1º (11).

Nos referimos a los delitos de cohecho y tráfico de influencias (art. 258 y 258 bis del Cód. Penal); negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas (art. 265 del Cód. Penal); concusión (art. 268 del Cód. Penal); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268.1 y 268.2) y balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del Cód. Penal) (12). Se adopta así el sistema de *numerus clausus* frente a la posibilidad de una cláusula general de atribución de responsabilidad (13).

La finalidad del presente trabajo es analizar una norma clave: el art. 2º de la ley 27.401. Es decir, aquella sobre la que se construirán las interpretaciones dogmáticas y las decisiones jurisdiccionales de este nuevo tipo de responsabilidad societaria o empresarial. Una norma de semejante trascendencia debiera estar formulada en un lenguaje claro desde el punto de vista conceptual, evitando en la medida de lo posible ambigüedades y vaguedades (14).

A lo largo de este trabajo veremos que la propia redacción de este art. 2º abre múltiples interrogantes y plantea diversas dudas sobre el campo de aplicación y punibilidad consecuente que comprende. La discusión parlamentaria no ayuda a descifrar estas imprecisiones. De allí que intentaremos una búsqueda de mayor coherencia en su interpretación (15).

II. La responsabilidad de las personas jurídicas

El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley 27.401 no es plenamente autónomo ni vicarial (16). Se trata de un modelo mixto que presenta sus particularidades y problemáticas.

El párr. 1º del art. 2º dice:

> "Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio".

Este pasaje envuelve, según se lo interprete, diversas hipótesis y sub-variantes de estas hipótesis. Posee, además, una novedad en su redacción en comparación a similares normas dictadas sobre la materia. Esto es, la mención de un delito realizado directa "o indirectamente". Es posible, y veremos que provechoso, visualizar gráficamente la norma transcripta de dos modos distintos (17):

(11) Cuando el proyecto de ley obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, la intención original fue extender la responsabilidad penal de la persona jurídica a todos los delitos del Código Penal (esta propuesta contó con 183 votos afirmativos, 5 negativos y 16 abstenciones). El Senado redujo luego el alcance a los delitos del art. 1º de la Ley sancionada.

(12) Ellos también tuvieron modificaciones, necesarias pero insuficientes, a través de esta misma ley 27.401 (arts. 30, 32, 34, 35, 36 y 37).

(13) Así lo hacía el anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2006 y el más reciente del año 2013.

(14) El empleo de lenguajes naturales, se sabe, vuelve muy difícil la eliminación por completo de estos fenómenos. Sobre el particular puede verse Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Cap. I, Primera Parte, pto. III, 5ª ed., 2006, Ed. Lexis Nexis.

(15) Este esfuerzo se justifica en razón de lo siguiente. Las palabras en el derecho, en general, y en el ámbito penal en particular son "palabras que hacen cosas". No se trata de un saber descriptivo, contemplativo, aséptico o abstracto (en tal sentido Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 4ª ed., 1995; Austin, J. L. "How to do things with words", Oxford University Press, 1962).

(16) Aun no siendo el objetivo de este análisis la naturaleza y explicación de esos dos grandes modelos, entendemos de manera sintética a las "teorías autónomas" ("responsabilidad por el hecho propio" o "modelo de auto-responsabilidad") como aquellas que buscan responsabilizar a la propia persona jurídica, construyendo fundamentos de reproche individual, a través, por ejemplo de la llamada "culpabilidad por defecto de organización" propia del derecho continental europeo. Las "teorías vicariales" (también conocidas como de "hetero-responsabilidad" o "responsabilidad por atribución"), a su vez, son aquellas donde opera una transferencia de responsabilidad a la persona jurídica que debe hacerse cargo del accionar de ciertos individuos, generalmente los que se encuentran en la cúspide jerárquica de la organización. Sobre el particular, Honisch, Paula y Victorero, Sabrina, "Pautas para la persecución penal de las personas jurídicas", pto. III.2, en *Suplemento Penal y Procesal Penal* nro. 11, La Ley, diciembre 2017, p. 3.

(17) Para realizar los gráficos respetamos las palabras y los signos de puntuación utilizados por la norma. Podrían existir otras variantes en la confección de estos dos gráficos pero entendemos que el modo en que lo

Gráfico 1

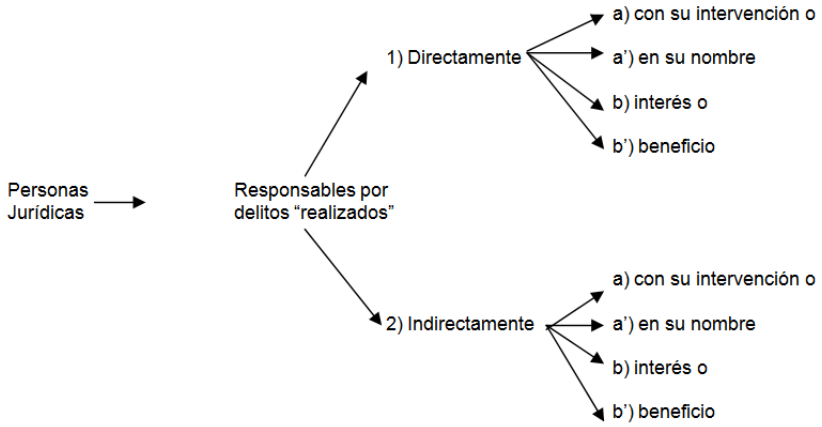
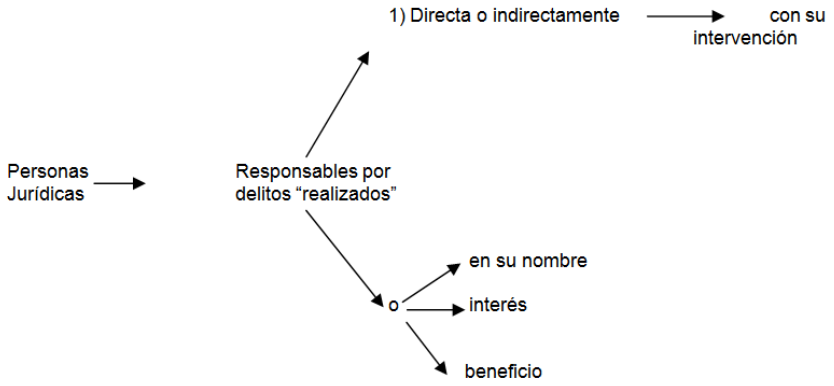


Gráfico 2



La diferencia entre ambos gráficos salta a la vista. En el primero, es claro que las variables "con su intervención", "en su nombre", "interés" o "beneficio" pueden estar presentes como formas atributivas de responsabilidad para delitos "realizados" por personas jurídicas tanto de manera directa como indirecta.

En el Gráfico Nº 2 el vocablo "con su intervención" solo aplica a la expresión que lo antecede ("directa o indirectamente").

Sobre la diferencia práctica entre uno y otro enfoque volveremos luego.

II.1. Delito "realizado"

La primera dificultad interpretativa que nos plantea el art. 2º es la expresión *delito realizado.* La Ley Penal Tributaria (18) utiliza el mismo lenguaje al momento de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por delitos tributarios en su art. 14 (19). De la misma manera

hacemos coadyuva a la búsqueda de la coherencia interpretativa que procuramos.

(18) Tanto en su versión ley 24.769, con posterioridad a la reforma de la ley 26.735, como la actual Nº 27.430.

(19) Aunque en el párr. 1º se refiere a *hecho ejecutado.*

lo hace el art. 304 del Cód. Penal en materia de lavado de activos y atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

El primer interrogante que plantea esta expresión es si "delito realizado" es sinónimo de delito cometido o consumado o es solo una expresión genérica utilizada por el legislador sin ninguna implicancia jurídica determinada. De la discusión parlamentaria no surge ninguna intervención que lo aclare (20).

Se sabe que los delitos pueden ser consumados o tentados, pero *realizados* es un término que merece ser analizado (21). Si la Ley hubiera utilizado la expresión *delito cometido* —tal el lenguaje habitual en del Derecho Penal—, nos enfrentaríamos a otra cuestión. Esto es, determinar si los delitos en grado de tentativa se encuentran comprendidos en el texto de la ley 27.401 o, si por el contrario, la responsabilidad de la persona jurídica solo puede verificarse en los casos de delitos consumados.

Podría objetarse que este último interrogante no tiene razón de ser y que, en tanto el delito enumerado en el art. 1º de la Ley admita la tentativa (art. 42 Cód. Penal), la persona jurídica también podría responder penalmente por el hecho ilícito. La respuesta sin embargo no puede ser tan lineal.

Recordemos algo central. No existe un nuevo sistema en donde se recategoricen los elementos y estamentos de la teoría del delito tradicional a medida de la persona jurídica, como nuevo sujeto activo del derecho penal (22). Por ende, la letra de la Ley comentada no puede ser interpretada, a falta de un nuevo sistema, de una manera tal que amplíe el abanico de conductas punibles a una serie de acciones que se encuentran en una zona de penumbra (23).

El uso de la expresión *delito realizado* en reemplazo de *delito cometido* no pareciera de todos modos azaroso, impensado o casual. Esto se reafirma cuando se advierte que el último párrafo de este mismo art. 2º, al regular la exención de responsabilidad de la persona jurídica, sostiene que tal exención se configura cuando la persona humana que "cometió" el delito (no que lo "realizó") hubiera actuado en su exclusivo beneficio.

En síntesis, podemos sostener que al utilizar la expresión *delito realizado* el artículo comentado pretendió no llevar la ficción de la responsabilidad penal de la persona jurídica al punto de sostener que ésta se encuentra en condiciones de *cometer* un delito (24). Se trata únicamente de responsabilizarla penalmente cuando los delitos *cometidos* por personas humanas se *realizan* bajo las modalidades aludidas.

Una complejidad adicional surge del hecho de que la tentativa, según su formulación clásica, requiere "el fin de cometer un delito determinado" (ver art. 42 Cód. Penal). Este ánimo especial, que para algunos autores descarta formas comisivas de dolo eventual, no parece fácil que pueda encontrarse presente en una persona jurídica (25).

(20) Salvo algunas excepciones, la mayoría de los intervinientes cruzan acusaciones sin aportes sustanciales o de fondo.

(21) Hay apenas cuatro menciones en nuestro Código Penal a delito "realizado" (arts. 80, inc. 12º; 300 bis; 304 y 313) y dos de ellas son utilizadas precisamente en el marco de regímenes de responsabilidad penal de la persona jurídica (arts. 304 y 313 Cód. Penal). Los demás regímenes similares utilizan otra terminología: el art. 2º inc. f) del régimen penal cambiario habla de "hecho ejecutado"; la ley de defensa de la competencia se refiere a "conductas realizadas" por las personas físicas (art. 47) o a infracciones "cometidas" por una persona de existencia ideal (art. 48) y la Ley de Abastecimiento Nº 20.680, en su art. 8º también usa la expresión "infracciones cometidas".

(22) Baigún, David ,*La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000. Más recientemente; Yacobucci, Guillermo en "La empresa como sujeto de imputación penal" dice: "...el desafío que ahora se presenta para el sistema penal argentino es 'adaptar' un orden científico y jurisprudencial, con categorías y principios pensados para la persona humana, a un nuevo sujeto al que se han de imputar delitos —crímenes corporativos—" (La Ley, Edición Especial, 27/11/2017).

(23) Op. cit., "Notas sobre derecho y lenguaje", nota 14.

(24) Sobre la "teoría de la ficción" puede consultarse, entre otros, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal,* Parte General, Barcelona, 1998, p. 170.

(25) Ver, por todos, Núñez, Ricardo, *La culpabilidad en el Código Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 112 y ss.

II.2. Las diversas hipótesis que plantea el art. 2º

Como ya lo adelantamos, la norma que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas posee una redacción que deja varias dudas. Una de ellas es el número de posibilidades que comprende.

El Gráfico Nº 1 abarca una suma de hipótesis posibles en función de la redacción del art. 2º pero que llevan a una problemática mucho mayor que la que plantea el más acotado Gráfico Nº 2. Independientemente de ello, entendemos que este último gráfico armoniza de manera más adecuada con el modelo mixto de responsabilidad penal que presupone el esquema legal (26).

Para ser más precisos.

El primer gráfico abriría un abanico de hipótesis en las cuales habría que verificar —para que estas distintas hipótesis se realicen— una intervención indirecta o un accionar indirecto en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica. Estas posibilidades resultan muy difíciles, sino imposibles, de realización (27). Sostener lo contrario implicaría, adicionalmente, un serio menoscabo al principio de legalidad que exige una redacción clara de las normas penales en función de la punibilidad consecuente que habilitan. Imagine el lector la enorme cantidad de supuestos que (imprecisamente) podrían caber si considerásemos que cualquier intervención indirecta o cualquier actuación indirectamente en nombre de la empresa o cualquier rédito, interés o beneficio indirecto quedasen efectivamente comprendidas en la norma.

El Gráfico Nº 2, por el contrario, acota el adverbio *indirectamente* a la intervención de la persona jurídica (responsabilidad por el hecho propio) y abre un numero de hipótesis más limitado de responsabilidad de la persona jurídica por el accionar de terceros (responsabilidad vicarial) que actuaron en nombre, interés o beneficio de la empresa. En esta última opción, la expresión directa o indirectamente no juega ningún papel.

Para dar un ejemplo de la importancia de la cuestión. Si la interpretación correcta de la norma es la del "Gráfico Nº 1", los jueces están habilitados a bucear en el ámbito de una persona jurídica aquellos actos ilícitos que, incluso "indirectamente", hayan podido redundar en su "interés".

Si, en cambio, prima la interpretación descripta en el "Gráfico Nº 2", el "interés" debe hallarse en directa conexión con el delito realizado, de manera de circunscribir notoriamente el ámbito de lo punible. Ello, pues "indirectamente" solo aplicará a la forma de intervención.

Aclarado lo anterior, veamos entonces las posibilidades que razonablemente habilita la norma.

II.2.1. Primera hipótesis: delito realizado de manera directa o directamente

La primera posibilidad que nos ofrece el texto legal es que el delito se haya "realizado" (28) con intervención directa de la persona jurídica. Esto es, con el conocimiento y el respaldo explícito de la sociedad o empresa (29).

Intervenir en este contexto lingüístico-normativo implica *tomar parte activa en el hecho* (30). En este caso, un hecho típico, antijurídico y culpable (y punible). Tomemos un ejemplo orientativo. Un gerente comercial de una sociedad anónima comete el delito de cohecho con el conocimiento y el aval o, al menos, la tolerancia del Directorio de la firma. Puede decirse en consecuencia que la propia empresa ha "intervenido" u "obrado" de manera directa (31).

(26) La ley 27.401 combina normas de carácter vicarial (el párr. 1º del art. 2º) con otras de responsabilidad por el hecho propio (por ejemplo, la independencia de las acciones del art. 6º).

(27) Veremos a continuación solo una de ellas (intervención indirecta) pues ésta se encuentra comprendida en las alternativas que la norma comprende.

(28) Lo cual lo tomaremos como sinónimo de delito consumado.

(29) Ese conocimiento y respaldo explícito abre una enorme casuística en función del tipo societario de que se trate y de sus órganos de gobierno y administración.

(30) Esa intervención puede adoptar distintas modalidades: comisión, omisión o comisión por omisión.

(31) Creemos que la alternativa vicarial o por el hecho propio es en algún punto circular, en el sentido de que en

En la alternativa analizada se conjugan dos conceptos determinantes. El delito debe haberse *realizado directamente* con la *intervención* de la persona jurídica. El adverbio *directamente* y el sustantivo *intervención* están enlazados de manera inevitable. De modo que en esta hipótesis de responsabilidad deben existir pruebas claras y precisas de la intervención de los órganos de la persona jurídica con competencia específica en el área relacionada al delito de que se trate o del "órgano social habilitado legalmente para exteriorizar la voluntad social del ente colectivo" (32) en el contexto normativo descripto en el tipo penal.

Ahora bien, dado que en nuestras normas específicas existen distintas tipologías de personas jurídicas, aunque siempre circunscriptas al género señalado por el art. 1º (33), habría que investigar y determinar en cada caso cuál es el órgano específico cuya "intervención directa" resulta necesaria para la comisión del delito (34).

A mero título ejemplificativo, podría tratarse de los accionistas, los socios, directores (entre los que el Presidente posee enorme importancia en términos de representación), síndicos, miembros del consejo de vigilancia, los representantes, apoderados, gerentes —sean o no socios— y dependientes.

II.2.2. Segunda hipótesis: delito (supuestamente) realizado indirectamente *con intervención de la persona jurídica*

Esta hipótesis presenta serias dificultades interpretativas. El delito, en estos casos, debería cometerse como consecuencia de una intervención "indirecta" de la empresa a la que se pretende responsabilizar y aplicarle una pena.

Se trata de situaciones en las cuales la voluntad social de la empresa, para decirlo de un modo genérico, o la del órgano específico con actuación en el campo de aplicación del delito en particular —ambos como posibles sucedáneos del dolo tradicional—, quedarían a una distancia considerable del injusto sometido a análisis (35).

En rigor de verdad, parece una contradicción en sus términos hablar de *delito realizado indirectamente con su intervención*. Cuesta así imaginar una hipótesis de intervención indirecta y, a la vez, punible de la persona jurídica que no sea una atribución de responsabilidad objetiva. Intervenir en el contexto normativo al que referimos, como ya vimos, requiere una acción por definición directa.

Descartamos que esta *indirecta intervención* esté referida a un tipo de participación delictiva de la persona jurídica bajo la modalidad de partícipe primario o secundario. Es que, aun en estos supuestos, la persona jurídica-partícipe intervendría de manera directa (no indirecta) en esa condición.

Parte de la reciente doctrina que se ha expresado sobre la ley 27.401, expone que "el término 'indirectamente' inserto en su párr. 1º alcanzaría a aquellos terceros que poseen algún tipo de vinculación jurídica formal con una persona jurídica, en virtud de la cual podría representarla" (36). En tal sentido, se cita el caso de los socios de negocios, contrapartes en contratos de agencia, distribución o concesión o los celebrados con proveedores, contratistas, distribuidores u otras personas humanas o jurídicas con quienes mantenga una relación contractual. No compartimos esta interpretación.

---

definitiva siempre se procede a la búsqueda y detección de conductas humanas de personas físicas relacionadas, con distinto grado de intensidad, a la persona jurídica que se intenta punibilizar.

(32) Grisetti (h), Ricardo, "Ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria. Aproximación al análisis de sus disposiciones", DPyC 2018, febrero, 06/02/2018. Cita online: AR/DOC/11/2018.

(33) Personas jurídicas privadas son para el art. 141 del Código Civil y Comercial de la Nación *"todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación"*.

(34) El diputado Brüegge en la Sesión del 8 de noviembre de 2017 llamó la atención sobre la falta de coordinación de la presente Ley con la Ley de Sociedades.

(35) A falta de una teoría del delito o una dogmática asentada en la materia específica, este tipo de asociaciones con la teoría del delito tradicional (a medida de la persona humana) son inevitables.

(36) Papa, Rodolfo G, "La Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresaria", La Ley, 06/02/2018, 1; DPyC 2018 (marzo), 60. Cita Online: AR/DOC/210/2018.

En las hipótesis consideradas en el párrafo anterior no se verifica una intervención indirecta de la persona jurídica. La intervención es directa y de un tercero, ajeno a la persona jurídica sobre cuyo foco central está puesta la atención de la nueva ley. Tampoco existe en la redacción de este pasaje de la norma —nos referimos al párr. 1º— una ratificación de esa actuación del *extraneus*, como la normada en el párr. 2º del mismo art. 2º.

Dicho lo anterior, existe otra explicación posible, y es pensar que la inclusión del adverbio *indirectamente* se "filtró" en el párr. 1º del art. 2º como consecuencia de la terminología utilizada en la redacción de los delitos que comprende la Ley. En efecto, a poco que repasemos los tipos penales del art. 1º veremos que en muchas ocasiones se hace alusión a este término ("indirectamente") o a alguno similar. Lógicamente que en otro contexto normativo y con otro alcance o finalidad.

En los supuestos de los arts. 258 y 258 bis, el sujeto activo da u ofrece sobornos de manera directa o *indirecta*. Los arts. 256 y 256 bis, al que remite el art. 258, reprimen al funcionario que por sí o por persona interpuesta, recibe dinero o equivalente o acepta una promesa directa o *indirecta*, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. En el art. 265 si bien no se alude al modo indirecto en la formulación de la conducta típica, el sujeto activo puede procurar un beneficio propio (directo) o de un tercero (*indirecto*). Similares situaciones se producen en los casos de los arts. 268 y 268.1.

En conclusión, estamos ante una extrapolación de un término o concepto que le quita enorme precisión a la hipótesis de intervención de la persona jurídica analizada. El afán punitivo en el cumplimiento atrasado de pactos internacionales en la materia, aun cuando válido, no es un buen ingrediente a la hora de legislar con la mayor precisión posible en materia penal.

II.2.3. Tercera hipótesis: delito realizado "en nombre" de la persona jurídica

A partir de aquí la norma abandona el modelo de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio migrando al de transferencia de responsabilidad por los actos de los terceros. En este caso —párr. 1º—, terceros vinculados a la empresa a raíz de lo cual ésta deberá responder. Los terceros ajenos a la persona jurídica recibirán tratamiento en el párr. 2º.

En el supuesto de que la comisión del hecho lo haya sido "en nombre" de la persona jurídica —que es un aspecto objetivo y comprobable de la maniobra— y cuente, además, con el conocimiento de los órganos directivos específicos o al menos con su tolerancia, consintiendo en ambos casos el accionar de la persona humana que comete el delito, la hipótesis no presentaría mayores inconvenientes.

Los problemas se generan en la medida en que el delito puede cometerse "en nombre" de la persona jurídica y, sin embargo, no se cuente con el conocimiento y consentimiento de aquellas personas que conforman la *voluntad social* de la persona jurídica o, más concretamente, de los órganos con competencia específica en la materia sobre la que trata el delito en particular (37). Podría tratarse, por ejemplo, de una actuación delictiva autónoma, solitaria y aislada de una persona física con capacidades jurídicas suficientes para representar el "nombre" de la persona jurídica.

Ahora bien, vimos ya que la vinculación entre los términos *directa* e *intervención* de la primera hipótesis analizada nos llevaba a supuestos que podían ser delimitados con alguna claridad. En este caso, en cambio, nos encontramos frente a una hipótesis normativa de un delito realizado "en nombre" de la persona jurídica pero, no necesariamente, con su intervención real. Ni siquiera con su conocimiento.

Estamos en presencia de una suerte de reflejo de los parámetros de responsabilidad del superior utilizados en sede civil (38) y que, aun

(37) Los delitos comprendidos en el art. 1º de la Ley abarcan áreas de la realidad totalmente distintas, aunadas simplemente por la agresión a un mismo bien jurídico. Una actuación directa en nombre de la persona jurídica debería suponer el conocimiento de los integrantes que conforman los órganos específicos relacionados a la materia de que se trate.

(38) La extensión del *respondeat superior* que los tribunales federales estadounidenses aplican desde hace tiempo sobre la materia.

cuando se sostenga un cambio de paradigma por atribución vicarial de la responsabilidad, resultarán cuanto menos de dificultosa aplicación práctica de acuerdo al desarrollo actual del derecho penal.

Campea sobre el punto un mal endémico en nuestra área. Hablamos de la falta de coordinación entre las demandas de modernización de la legislación penal que llevan al dictado de normas "de avanzada" como la comentada y el bloque de legislación de fondo y forma que arrastramos desde hace ya mucho tiempo.

En este sentido, un ejemplo muy claro, es la remisión procesal, en verdad bastante vaga, del art. 11 de la Ley. Allí, en relación con la situación procesal de la persona jurídica, se dice: "La persona jurídica tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables".

En efecto, la total ausencia en nuestros códigos de forma de disposiciones relativas a la persona jurídica, muestra que estamos en presencia de un verdadero salto al vacío que se llenará, en el mejor de los casos, a través de la reglamentación de la ley o, en un escenario no tan optimista, según lo que cada Juez interprete haciendo analogías procesales según el código de procedimientos que por jurisdicción y competencia le corresponda.

Desde una óptica distinta podría fundamentarse la responsabilidad que presupone este pasaje del siguiente modo. La norma ha cambiado el paradigma de atribución de responsabilidad como ha ocurrido en otras latitudes, cargando las tintas sobre la empresa por la inobservancia de los deberes de cuidado *(compliance),* inobservancia que deriva en la actuación de la persona física que cometió el delito en nombre de ella.

El problema de esta hipótesis, posible pero no única, es que todos los delitos previstos en el art. 1º de la misma ley son dolosos, no culposos. En consecuencia, se estaría creando una responsabilidad culposa de la persona jurídica por un hecho principal que no admite esta modalidad. Excepto que se considere viable la creación de un tipo genérico de omisión impropia.

En cualquier caso, es notorio que la falta de un bloque de legislación coordinado, en materia de fondo y forma, como así también un embrionario desarrollo doctrinario (local), entre otros factores posibles, llevan a tener que idear estas vueltas dogmáticas —incluyendo la extrapolación de teorías foráneas— para explicar algo que desde el texto legal no es simple.

II.2.4. Cuarta hipótesis: delito realizado en "interés o beneficio"

Para finalizar las variantes que propone la norma comentada, nos encontramos con aquellos casos en los que la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica se basa en el interés o el beneficio obtenido en su favor como consecuencia de la comisión del delito (39). La expresión de este fundamento se manifiesta aquí de una manera más dosificada que la radical atribución de responsabilidad del último párrafo del art. 2º, que luego analizaremos.

Pero veamos inicialmente la diferencia que existe, si alguna, entre delito realizado en "interés o beneficio" de la persona jurídica partiendo de la siguiente base. Conceptualmente los términos "interés" o "beneficio" pueden llegar a superponerse. No permiten delimitar campos de aplicación claramente escindibles.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22º Edición), *interés* (del latín *interesse,* importar) significa "m. Provecho, utilidad, ganancia; Valor de algo; Lucro producido por el capital; Inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.; pl. bienes: Conveniencia o beneficio en el orden moral o material". Mientras que beneficio (del latín beneficium) significa "m. Bien que se hace o se recibe; utilidad (II provecho); Labor y cultivo que se da a los campos, árboles, etc.; Acción de beneficiar (II minas); Conjunto de derechos y emolumentos que obtiene un eclesiástico de un oficio o de una fundación o capellanía; Acción de beneficiar (II créditos); Ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil; Derecho que compete por ley o cualquier otro motivo; Ingenio o haciendo donde se benefician productos agrícolas".

(39) Teorías de la utilidad o el interés.

Dejando de lado aquellas definiciones que no guardan ningún vínculo con la norma penal bajo análisis, existen, como dijimos, claros riesgos de superposición. El contenido económico o patrimonial, si bien comprende a uno como al otro, lo excede. Si pensamos cómo utilizamos coloquialmente dichos términos ocurre lo mismo. Alguien puede tener interés en cursar un posgrado en una universidad y esto, probablemente, le aparejará un beneficio (de formación, cultural, académico y hasta probablemente económico). O esa persona puede tener un beneficio económico producto de su interés en obtener más dinero con una arriesgada inversión bursátil.

Inevitablemente, "interés" y "beneficio" son términos que tienden a confundirse, fusionarse o yuxtaponerse de una manera que no lo hacían los analizados anteriores (*con su intervención o en su nombre*). La conjunción "o" que une ambas palabras operan en el caso como lo que se denomina una "conjunción disyuntiva de equivalencia denominativa". Vale decir, una conjunción que une dos expresiones (interés o beneficio) de idéntico valor denominativo.

Intentemos ahora verificar el uso o interpretación de dichos términos en relación con cada uno de los delitos aludidos en el art. 1º de la Ley comentada (40). Creemos así que una búsqueda intranormativa, esto es, dentro del mismo texto legal o contexto normativo (que excede la literalidad de una norma), ayudará a identificar las acciones que comprende.

En el delito de *cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional* previsto en los arts. 258 y 258 bis del Código Penal, el *interés* o *beneficio* de la acción radica en "hacer, retardar, o dejar de hacer" algún acto relativo a las funciones del funcionario público a quien se destina el soborno. Entre estos actos, el art. 258 bis reduce el campo de aplicación al establecer que la influencia debe ser ejercida sobre "un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial" (41).

En consecuencia, si la expresión *interés* o *beneficio* se analiza en el marco de la comisión de estos delitos, el ámbito de aplicación posible es amplio. En el primero (258), el interés o beneficio de la persona jurídica puede o no tener contenido económico o patrimonial. En el segundo (258 bis), en cambio, la referencia a la transacción económica, financiera o comercial, denotan que ese interés o beneficio debe ser (necesariamente) de carácter patrimonial.

El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 Cód. Penal) castiga al "funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Se aplicará también multa de dos [2] a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido...".

Hay una primera referencia al *interés* del funcionario público como sujeto activo del delito (42). Ese interés está dirigido a la obtención de un *beneficio* que puede ser propio o de un tercero. El tercero *beneficiado* podría ser la persona jurídica que, en este tipo penal de autor calificado, solo podría calificar de partícipe. No autor.

El beneficio que reporta el delito *debe guardar relación con un contrato u operación,* "términos que evidencian la necesidad de que se trate de actos con contenido económico" (43). Ello otorga una mayor precisión en el contenido del interés o el beneficio que se analiza. En

(40) La tarea debiera ser más ardua y exhaustiva en el análisis de cada tipo penal pero excedería notoriamente el análisis propuesto en este artículo. Sirva simplemente como disparador para quienes deseen profundizar este aspecto.

(41) Dada la multiplicidad de hipótesis que prevén los arts. 258 y 258 bis en función de los arts. 256 y 256 bis a los que remiten, hemos realizado una apretada síntesis o generalización de las diversas conductas comprendidas, a riesgo de dejar algún matiz afuera, pero suficiente a los efectos del análisis que se procura. Esto es, referenciar contextualmente el concepto de *interés* o *beneficio* del art. 2º.

(42) El mismo es definido generalmente como un interés de parte, que difiere del interés administrativo que debe guiar su conducta.

(43) D'Alessio, Divito, *Código Penal comentado,* tomo II, 2ª ed., Ed. La Ley, p. 1313.

otras palabras, para que la persona jurídica sea pasible de imputación, la negociación incompatible debe haberse realizado en interés o en beneficio *patrimonial* directo de aquélla.

El delito de concusión del art. 268 del Cód. Penal reprime al "funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores", que son las exacciones ilegales de los arts. 266 y 267 del Cód. Penal (44).

Aquí, el beneficio o interés de la persona jurídica (el "tercero" del art. 268 del Cód. Penal) es el provecho que hubiere obtenido como partícipe de las exacciones ilegales. Este provecho debe ser de carácter patrimonial, según se desprende de la lectura de los artículos comprendidos, y debe haberse obtenido como consecuencia de la exacción que lo precede.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados está previsto por los arts. 268 (1) y (2) del Código Penal. El primero reprime al "funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo". Además de la pena de reclusión o prisión la norma también prevé multa de dos a cinco veces del lucro obtenido.

Se trata nuevamente de un delito calificado por el autor, en el cual la persona jurídica podría ser partícipe como destinatario o beneficiario del indebido favor procurado. La ultrafinalidad (ánimo de lucro) y el lucro obtenido como pauta de mensuración de la multa, denotan que el *beneficio* o *interés* también deben poseer contenido patrimonial.

El art. 268 (2), por su parte, reprime con prisión y multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, al "que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

Al igual que el artículo anteriormente comentado, el beneficio o interés es patrimonial. La persona jurídica puede jugar aquí, como de hecho suele ocurrir con frecuencia, como pantalla o persona interpuesta para ocultar al funcionario público enriquecido de manera ilegítima.

Por último, el art. 300 bis del Cód. Penal sostiene que "Cuando los hechos delictivos previstos en el inc. 2º) del art. 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los arts. 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado". El inc. 2º, del art. 300 al que hace referencia pena con prisión de seis (6) meses a dos (2) años al "fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo".

Si bien el interés o beneficio patrimonial es la finalidad mediata de la norma, la inmediata (ocultar o engañar con la información) podría no ser más que el medio de aquélla. La finalidad es ocultar hechos importantes para que un

(44) Art. 266. — Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción. Art. 267. — Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

tercero no pueda visualizar en real magnitud la situación económica de la empresa.

Del desarrollo realizado podemos concluir que los términos "interés o beneficio" aludidos en el art. 2º cubren de manera suficiente todos los hechos comprendidos en los arts. analizados, evitando dejar fuera de la órbita de responsabilidad penal de la persona jurídica aquellas conductas que alcanzan en espejo a las personas físicas en los delitos enumerados por el art. 1º de la Ley.

Con independencia de lo que el legislador se haya efectivamente propuesto, podría aquí hablarse de una vaguedad deliberada (45) en la redacción de este pasaje de la norma, sin llegar al extremo de violar el principio de *taxatividad penal*. Una utilización del lenguaje menos abierta podría hacer colisionar o, al menos, generar conflictos de coordinación del lenguaje (y por ende de la punibilidad consecuente) entre los arts. 1 y 2 de la Ley.

III. Extensión de responsabilidad por ratificación tácita

El párr. 2º del art. 2º ("También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita") plantea otras dificultades no menores.

En este caso, quien interviene en la comisión de un delito en beneficio o interés de la persona jurídica es un extraño. Esto es, alguien ajeno a la estructura societaria y a sus órganos de administración o gobierno, pero cuya gestión (ilícita) es ratificada por la persona jurídica en un momento posterior. Aun de manera tácita (46).

Teniendo en cuenta que estamos frente a un cambio radical del paradigma tradicional en materia de responsabilidad penal, no exento de futuros debates dogmáticos y jurisdiccionales, entendemos que la letra de la ley carece de la necesaria precisión en este pasaje. Se trata de un párrafo que dispara enormes interrogantes sobre su alcance. Veamos;

III.1. La "gestión" del párr. 2º

Resulta una tarea sumamente dificultosa descifrar y acotar el alcance de la palabra *gestión* elegida por la norma. No se trata de un término secundario sino de uno central para la inteligencia de la disposición. Recuérdese que estamos hablando de una acción realizada por un sujeto ajeno a la estructura de la persona jurídica, acción que da pie a la responsabilidad penal por transferencia hacia esta última, y que el legislador ha seleccionado específicamente como objeto de prohibición.

El legislador podía haber utilizado palabras más precisas, con connotaciones jurídicas penales específicas, sobre las que existe un mediano consenso sobre su contenido. Entre otras, *participación, accionar, hecho o conducta*. Nótese que, a diferencia de las dificultades que implica la elección de un verbo para referirse a una "acción" de la persona jurídica (47), estamos frente a un supuesto de actuación de una persona física, terreno en el cual la dogmática es bastante pacífica en la utilización de los términos.

¿Qué quiso decir entonces el legislador al referirse a la *gestión* que luego da paso a la punibilidad? ¿Se trata de un término coloquial, vulgar o jurídico (en este último caso, lo que se llama un elemento normativo del tipo)? ¿Se

(45) Cfr. Schauer , Frederick, "Formalism", en *The Yale Law Journal*, volumen 97, nro. 4, marzo 1988, p. 536. Ver también Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, 1963, Capítulo VII.

(46) Recordemos que las personas humanas vinculadas a la empresa se hallan comprendidas en el párr. 1º del art. 2º.

(47) En la obra de Cigüela Sola, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Marcial Pons, 2015, p. 38), se cita, en tal sentido, de lo que Jonás describió como "el carácter modificado de la acción" en referencia a la "acción" de un persona jurídica que opera en un marco de grandes avances tecnológicos donde se difuminan *...las esferas de organización individuales, todo lo cual está reavivando la crisis de la responsabilidad individual y un nuevo auge de lo colectivo o sistémico*. French, por su parte, en "The Corporation as a Moral Person" (American Philosophical Quarterly, vol. 16, nro. 3, 1979) sostiene directamente la capacidad de "acción" colectiva de la persona jurídica a través de lo que denomina las CID ("Corporation's Internal Decision Estructures).

trata de un acto aislado, de una única gestión? ¿Se encuentra comprendida la persona que opera o gestiona con habitualidad? ¿Existe alguna norma a la cual acudir para precisar el alcance de esta gestión? ¿Ese "tercero" que gestiona, además de una persona física, y dado que no se aclara, puede comprender a un tercero-persona jurídica? ¿En este último caso, la cadena de punibilidad se extiende? (48)

No existe en la redacción de toda la ley 27.401 ninguna otra referencia a la palabra *gestión* que permita comparar y aclarar este término. El Código Penal tampoco la utiliza en toda su redacción. Se trata *a priori* de un concepto propio del derecho civil y comercial. El nuevo Código Civil y Comercial utiliza cincuenta y ocho veces la palabra gestión. Sin embargo solo dos referencias pueden ser útiles en la búsqueda de sentido procurada.

1. El art. 367 del Cód. Civ. y Com. de la Nación trata el caso del representante aparente (49) frente a terceros de buena fe que operan con éste. En estos casos se entiende incluso que se le ha otorgado a este tercero una representación "tácita", término igualmente impreciso que utiliza el párr. 2º del art. 2º de la ley 27.401. Sin embargo, los terceros involucrados en este párr. 2º no operan de buena fe sino con el dolo de comisión de un tipo objetivo.

2. Los arts. 1781 a 1790 del Cód. Civ. y Com. de la Nación regulan la "gestión de negocios". Puntualmente el art. 1781, define el concepto de este modo: "Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente".

Esta figura fue incluida dentro del título "Otras fuentes de las Obligaciones", cuyo objeto —en línea con los arts. 279 y 280 del actual Cód. Civil y Comercial— siempre es materia lícita no ilícita (50). La alusión a la gestión oficiosa implica un actuar o una conducción de modo diligente (51), siendo contradictorio evaluar la diligencia de un actuar ilícito. Por último, las normas civiles atinentes a la responsabilidad del gestor (arts. 1786 y 1787) se refieren al actuar culposo o a los casos fortuitos pero nunca al actuar ilícito.

Acudir entonces al Código Civil y Comercial para descifrar el término utilizado en la ley 27.401 no ayuda, en tanto la *gestión* del art. 2º es un acto de participación criminal (ilícito) cuya transferencia a la persona jurídica resulta la base de la responsabilidad penal consecuente, mientras que la *gestión* a la que se refiere el primer cuerpo normativo es de carácter lícito.

En síntesis, carecemos de una fuente segura a la cual recurrir para descifrar un concepto tan central como el término *gestión* del párr. 2º. Habrá que esperar, principalmente, el desarrollo jurisprudencial que se realice sobre el punto, pero es claro que la gravedad (penal) de la materia habría hecho aconsejable contar con mayores precisiones *ex ante*.

III.2. La ratificación tácita

En el mismo orden de cuestionamientos sobre la ambigua redacción de tan fundamental norma, se abre un nuevo interrogante sobre el concepto de *ratificación tácita* del accionar del tercero-gestor.

(48) La imprecisión del término podría dar lugar a mayores interrogantes. Hemos elegido solo aquéllos que nos parecieron más trascendentes.

(49) Art. 367.— Representación aparente. Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. A tal efecto se presume que: a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste; b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

(50) La doctrina especializada en la materia entiende a la gestión de negocios como: a) un cuasicontrato; b) un acto voluntario *lícito* del gestor; c) un acto jurídico del gestor; y, d) una representación.

(51) Kemelmajer de Carlucci, citando a Demogue, sostiene que la intervención del gestor está inspirada en un propósito noble: impedir un daño al dueño del negocio.

¿Qué significa ratificar tácitamente la actuación? ¿Aceptar los resultados de la gestión es suficiente? ¿Qué significa "aceptar"?; ¿Hace falta conocimiento directo de dicha gestión? ¿Ese conocimiento debe ser previo o posterior?;¿Qué sujeto o qué órgano debe ser aquel que ratifique la gestión?

Si una imprecisión —la ambigua palabra "gestión"— abría ya un gran abanico de dudas, dos imprecisiones las multiplican peligrosamente, a la manera de los espejos en los cuentos de Borges y su tortuosa incidencia en la apreciación de la realidad.

Ante este panorama, el Juez que evalúe una situación como la descripta debería, cuanto menos, requerir el conocimiento de estas circunstancias —nos referimos al accionar del gestor— por los órganos con competencia específica en el área de que se trate. Ello, salvo que los hechos fueran de público y notorio (52).

IV. Exención de responsabilidad

El párr. 3º también merece serios cuestionamientos. Se dice allí que "La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad *sólo si* la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio *y* sin generar provecho alguno para aquella".

Se trata de la expresión más radical de la "teoría de la utilidad o el interés" que opera como vehículo de transferencia de la responsabilidad de la persona humana a la jurídica en los casos en que el actuar de la primera beneficia a la segunda.

Como consecuencia de la adopción de dicha postura teórica o doctrinaria, el principio derivado de la norma es la plena responsabilidad de la persona jurídica o la responsabilidad por defecto para el caso de la actuación de una persona humana con las características descriptas.

La *única* excepción —de ahí la expresión "solo sí"— se daría en aquellos supuestos en los que la persona humana haya actuado en búsqueda de su exclusivo beneficio *y* además no haya generado ningún provecho para la persona jurídica.

La norma no aclara si la "persona humana" a la que se refiere debe ser un dependiente de la empresa o una persona vinculada a sus órganos —tal el caso (parcial) del párr. 1º del art. 2º— o si también califica como tal un ajeno o extraño a la persona jurídica —tal el caso del tercero-gestor del párr. 2º—. La interpretación que se realice lógicamente ampliará o reducirá el campo de punibilidad.

En el primer caso, el castigo y la responsabilidad consecuentes derivarían de una supuesta o tácita inobservancia de la persona jurídica de los deberes de vigilar a sus dependientes o integrantes. En el segundo resulta un exceso que la empresa sea responsable *penalmente* por la actuación de terceros de los que carece de toda posibilidad de control. Ello, por el mero hecho de que colateralmente esta actuación le hubiera reportado un "provecho" de cualquier especie.

Un ejemplo aclarará a qué nos estamos refiriendo. En el seno de una empresa se contratan los servicios de una consultora para que acerque posibles proveedores de un determinado bien o servicio, con miras a la presentación de aquella empresa en una muy trascendente licitación pública. El consultor en cuestión, con el acuerdo de ciertos subcontratistas, decide "cartelizar" esa oferta de modo de que estos últimos acuerden fuertes sobreprecios que serán luego repartidos entre el consultor y quienes aceptaron formar parte de esa oferta espuria. La empresa subcontrata al oferente más bajo, sin saber que incluso esa oferta —supuestamente más ventajosa para el Estado Nacional— incluye un precio muy por encima del mercado. El funcionario que debe velar por la transparencia de la contratación forma parte de este mismo acuerdo criminal.

Es claro que en un caso como éste la empresa en cuestión no ha tenido beneficio alguno, y también lo es que el beneficio obtenido (los sobreprecios) serán distribuidos entre los autores de la maniobra. Sin embargo, podría sostenerse

(52) Abraldes, Sandro, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de 2014", en *Revista de Derecho Penal*, 2014, número extraordinario. Piña, Roxana (coord.) y Donna, Edgardo A. (dir.), *El Anteproyecto de Código Penal de 2013*, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 535 y ss.

que ha existido un "provecho" para la empresa que accedió a esa importante contratación.

Dadas las características del pasaje descripto creemos que, cuanto menos parcialmente, la norma resultará inaplicable en la realidad por los serios cuestionamientos constitucionales (derivados de la afectación al principio de culpabilidad) que derivarán. Al menos, en esta etapa de nuestro desarrollo legislativo y jurisprudencial.

V. Conclusión

Aunque evidentemente estamos en una etapa de transición progresiva pero firme en orden a afirmar la responsabilidad penal plena de la persona jurídica, una norma fundamental como la comentada debiera haber sido redactada con una precisión y rigurosidad de la que carece.

Si bien no es de buena técnica legislativa definir conceptos, tratándose de una materia novedosa, el legislador debiera haberse explayado mucho más que lo que generalmente se hace en terrenos con un desarrollo más asentado.

No faltarán las opiniones que basadas en teorías doctrinarias foráneas intentarán rescatar la validez y la vigencia plena del basal artículo comentado. Lógicamente hay que considerar seriamente esas doctrinas extranjeras que son la fuente de nuestra "nueva" legislación pero no puede obviarse que aquéllas existen en complemento de un bloque normativo —en la mayoría de los casos mucho más avanzados— desarrollado de un modo distinto al nuestro.

Las urgencias, ya lo dijimos, no son buenas consejeras en materia penal y darán lugar, seguramente, a más problemas que soluciones concretas en perjuicio de la seguridad jurídica que se busca en la materia para promover un favorable clima de negocios en nuestro país.

Preferimos no calificar las expresiones de uno de nuestro congresales al sancionar la ley y referirse concretamente a la inmadurez del régimen penal societario sancionado, cuando señaló lo siguiente:

> "Nosotros creemos que el Código Penal, que ya está consolidado, debemos dejarlo como está. Estos son regímenes especiales complementarios a dicho cuerpo normativo, y como dijo el señor diputado (...), es un régimen que no está maduro y que no lo estará aunque tengamos una ley. En el caso del lavado de dinero, se requirieron cuatro o cinco leyes para llegar a cierta madurez (...) Este proyecto tiene por objeto establecer un nuevo régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, porque es muy malo que no exista".

Como dice el viejo adagio "a confesión de parte, relevo de prueba".

Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales

POR **CAROLINA ROBIGLIO** (*)

I. Introducción

Con el tema propuesto (1) se denota una vez más que los delitos económicos deben estudiarse como una materia interdisciplinaria. Los penalistas aún tienen en cierta medida la mirada enfocada en las personas humanas, pero éstas, cuando se desempeñan en ámbitos organizados como son por ejemplo las empresas, según la posición que ocupen en su estructura, pierden parte de su autonomía e identidad, de modo que actúan en un contexto que a veces les impone o los alienta a tener comportamientos diferentes de aquellos que tendrían si estuvieran solos (2), y eso, ante la comisión de un delito, agrega datos que no pueden dejarse de lado en el momento de realizar la subsunción jurídica.

En estos tiempos esa ubicación lateral que tenían las personas jurídicas en el área de lo penal, ha cambiado, y los delitos cometidos en esos ámbitos llaman a estudio a los especialistas en esa rama del derecho, pero también a todos aquellos otros expertos de diversas disciplinas —no solo jurídicas— que se dedican a acompañar desde lo legal la actividad de las empresas.

Procuraremos hacer un aporte útil e interesante para ambos grupos, en torno de la injerencia que, en caso de cometerse un delito, podrían tener en la determinación de la responsabilidad penal de las personas humanas, aquellas disposiciones dirigidas al comportamiento en el ámbito de las empresas, como por ejemplo los programas de cumplimiento.

A ese fin haremos una referencia básica a los principales conceptos relativos a autoría y participación, que está principalmente dedicada a los profesionales ajenos al derecho penal, cuyo objetivo es despejar dudas en torno de qué requisitos es necesario acreditar para atribuir responsabilidad a título de autor o partícipe de

(*) Abogada (UBA). Magister en Derecho Penal (Universidad Austral); Especialista en Tributación (UBA, Facultad de Ciencias Económicas). Especialista en Derecho Penal Económico (Universidad Notarial Argentina). Docente de posgrado de Derecho Penal Tributario (UBA y Universidad Austral). Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y del Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario. Autora de artículos y publicaciones de la especialidad. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

(1) Algunos de los conceptos utilizados en este trabajo se corresponden con los vertidos en "Determinación de autores y partícipes en los delitos cometidos en el ámbito empresario", publicado en Robiglio, Carolina (dir.), *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Ad-Hoc, 2017, ps. 427-456.

(2) Se ha sostenido que la integración de un agente a un grupo genera distorsiones en el plano cognitivo y en el volitivo, confr. Silva Sánchez, Jesús y Varela, Lorena, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en Silva Sánchez, Jesús (dir.) y Montaner Fernández, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, ps. 265-286.

un delito, aún de aquellos que se cometen en ámbitos organizados, porque en nuestro sistema jurídico no existen responsabilidades objetivas desde que el principio de culpabilidad se ubica en el más elevado nivel de la jerarquía normativa.

Haremos una breve referencia a algunas de las novedades que introdujo la ley 27.401, reseñaremos criterios de determinación de los ámbitos de competencia tratando de evidenciar su función en la determinación de la responsabilidad individual en el marco de delitos empresarios, cuáles son los factores que los definen, si ahí se pueden ubicar los programas de cumplimiento, y si encontramos algún vínculo entre éstos y la determinación de autores y partícipes.

II. Generalidades sobre la responsabilidad de las personas jurídicas

A pesar de las numerosas objeciones técnicas (3), muchos exponentes de la política criminal coinciden en la necesidad de implantar donde aún no se haya adoptado, un sistema que permita la imputación de delitos a personas jurídicas.

Las respuestas adecuadas frente a los delitos en el ámbito empresario deben ponderar particularidades como el ya citado factor criminógeno potenciado por la pertenencia a un grupo, la mayor lesividad, el acceso a más medios y más sofisticados, asesoramiento de expertos, etcétera, la dificultad para la individualización del responsable en función de las limitaciones para identificar a la persona física cuya decisión y cuya acción se plasmó en el ilícito, especialmente por razones de división y delegación del trabajo en la organización empresarial, y de la fungibilidad de los agentes (4).

La receptación legislativa de estas responsabilidades penales puede hacerse mediante previsiones especiales para determinados delitos, por ejemplo en algunos ordenamientos está acotada sólo a los delitos económicos —como son los fiscales, aduaneros, financieros o de la competencia—, mediante una previsión específica ubicada en las respectivas leyes penales especiales; otra de las formas de hacerlo, es con la inclusión en la parte general de los códigos penales de una norma aplicable a todos los delitos o restringida a aquellos que expresamente lo prevean en la parte especial. En nuestro país hasta ahora tenemos normas aisladas ya que incluso las que fueron incluidas en el cuerpo del Código Penal, se ubican en la parte especial y están destinadas a ser aplicadas sólo a ciertos delitos (5).

Por otra parte, el aspecto más discutido en la materia una vez admitida la posibilidad de penar a las personas jurídicas, es si debe imponerse un régimen de responsabilidad del ente societario por el hecho como propio, o un esquema de transferencia de la responsabilidad de las personas físicas actuantes a la persona jurídica que representan.

Silva Sánchez (6), sintetiza ambas posturas y describe las propuestas de reconocimiento de responsabilidad penal a tales entidades, como un abanico que va desde los modelos de responsabilidad por atribución –en los que la base de atribución de responsabilidad al ente se produce por una transferencia de la responsabilidad originada en el hecho cometido por una persona física determinada—, y los de responsabilidad por un hecho propio –en los que se atribuye responsabilidad a la persona jurídica como tal por sus propias acciones—.

Otras denominaciones con que se alude a una y otra forma de atribución de responsabilidad a la empresa son el castigo vicario, que coincide con el instituto de la responsabilidad por el hecho de otro, y el castigo personal social, en que la sociedad responde por hechos de sus autoridades como propios.

El autor citado individualiza al modelo de responsabilidad por atribución, partiendo de la

(3) Sobre el tema, puede consultarse Bacigalupo, Silvina, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Hammurabi, 2001; García Cavero, Percy (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004; Aboso, Gustavo y Abraldes, Sandro *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal,* BdeF, 2000.

(4) Righi, Esteban, *Derecho Penal Económico Comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 252 y ss.

(5) Ver previsiones contenidas en el Título XIII del Código Penal.

(6) Silva Sánchez, Jesús M., *Normas y acciones en derecho penal*, Hammurabi, 2003, p. 69 y ss.

comisión de un hecho u omisión punibles por una persona física que integra la empresa, que representa el criterio y voluntad de ésta, y respecto de quien se evalúa la concurrencia de las categorías de acción y culpabilidad tradicionalmente conflictivas en el marco de la persona jurídica, y luego la responsabilidad de ese sujeto se transfiere a la persona jurídica en función de la relación que tiene con ésta, la cual a su vez lo convalida.

El otro modelo, de la responsabilidad por el hecho propio, no admite transferencia alguna de la responsabilidad de las personas humanas a la jurídica, sino que aún sin identificarse al autor individual, sería viable aplicar sanciones al ente como respuesta a un hecho cometido por éste, en función de su propia personalidad. En esos casos mayormente se sostiene la culpabilidad por defecto de organización o en base a la actitud criminal del grupo como fundamentos de atribución del hecho a la persona jurídica.

En este último caso, no se presenta la dificultad procesal derivada del frecuente inconveniente que se da cuando se trata de acciones cometidas en el seno de grupos de personas para poder individualizar al autor material, ya que aún con ese déficit, acreditado un resultado, se puede sancionar al ente si el hecho fue cometido en su nombre o en su beneficio y los órganos societarios no lo impidieron, o lo convalidaron. Ambas posturas cuentan con frondosa fundamentación desarrollada a partir de distintos puntos de partida y posturas filosóficas y jurídicas.

Si bien en el plano teórico son claramente diferenciadas, sin embargo no pueden descartarse los casos mixtos en las legislaciones positivas, como se puede ver en el art. 31 bis del Código Penal español, que a la vez que atribuye al ente responsabilidad por el hecho de ciertas personas físicas que detentan su representación, también prevé la responsabilidad independiente de uno y otras. Algo similar advertimos en la ley 27.401.

III. Planteos formulados a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.401

Aunque todavía en la actualidad cuando se habla de responsabilidad penal de las personas jurídicas se evidencian oposiciones sólidas a que eso sea posible y a que sea necesario, lo cierto es que hace ya muchos años la doctrina primero y algunas normas —aisladas en nuestro país y más numerosas en otros—, dieron lugar a estas responsabilidades y en la actualidad se ha impuesto de manera más profusa.

A lo largo de ese tiempo nuestra legislación fue diversa, distintas normas dispusieron responsabilidad penal de empresas, aunque con diferentes redacciones, generando a su vez interpretaciones variadas sobre las intenciones de los legisladores en torno de si se trata de la responsabilidad propia de la persona jurídica o de una responsabilidad transferida a ésta por lo actuado por determinadas personas físicas (7).

Las consecuencias distintas de una u otra postura son importantes; por ejemplo, como dijimos, en el caso de la responsabilidad propia del ente, podría condenarse por la comisión de un delito a una persona jurídica sin que se identificara y sometiera a ese mismo proceso penal a una persona humana, ya que esa clase de responsabilidad se basa en los defectos de organización del ente y no en la existencia de una persona física que con su obrar penalmente relevante sumado a la existencia de un beneficio para la empresa más la convalidación de lo actuado por parte de ésta, acarrea la responsabilidad del ente.

De la lectura de la ley 27.401 parecería surgir una doble previsión o sistema mixto al disponerse responsabilidades de más de una forma según surge de su art. 2º, cuando el delito se realiza con intervención de la empresa o en su nombre, ese resultado disvalioso se habría alcanzado por su organización defectuosa, en tanto que al referirse a los hechos realizados en su interés o en su beneficio o si los realiza un tercero sin atribuciones de representación pero con ratificación aún tácita por parte de la empresa, parece tratarse de una responsabilidad propia. Esta última interpretación se vería ratificada con el texto del art. 6º de la ley, según el

(7) Ver una reseña en Robiglio, Carolina, "El art. 304 del Código Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h), *Tratado de Lavado de Activos y Financiación del terrorismo,* La Ley, t. I, 2012.

cual la persona jurídica puede ser condenada aunque no se haya identificado o juzgado a la persona humana que intervino siempre que pueda establecerse que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos societarios (8).

Ese aspecto de la cuestión excede la propuesta de este trabajo, pero como síntesis de esas disposiciones, creemos que la ley 27.401 ha significado una modificación al régimen de imputación penal de las personas jurídicas respecto de lo que regía en nuestro sistema jurídico hasta su sanción; a diferencia de lo que ocurría hasta ahora, en los casos alcanzados por la ley 27.401 podría recaer una condena respecto de la persona humana sola, de la persona jurídica sola, o de ambas.

Estos sistemas mixtos se ven más admitidos por la doctrina recientemente. Sin embargo, no debe olvidarse que en la actualidad se encuentra en plena actividad la "Comisión para la reforma del Código Penal" integrada por juristas de gran prestigio, que ha sido creada con el fin de redactar un anteproyecto de ley para reformar integralmente el Código Penal (9), por lo que no debe descartarse que en el futuro se incluyan disposiciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte general del Código Penal, que por tanto, serían aplicables a todos los delitos o a todos aquellos que lo admitan expresamente, por lo que habrá que prestar atención oportunamente para ver cómo se armonizan las distintas previsiones con las contenidas en las leyes especiales.

IV. Autoría y participación

El análisis de la autoría y la participación de personas humanas en los delitos cometidos en el marco de empresas es más complejo que en los delitos comunes por diversos factores. Sin embargo es imprescindible reseñar los principales conceptos que conforman las reglas generales.

IV.1. Dificultades para aplicar las reglas generales de la autoría en el ámbito empresario

Dependiendo de su tamaño, una empresa es una organización con ciertas complejidades, con multiplicidad de personas que detentan cargos y jerarquías diversos y funciones reales no siempre acordes con aquellos, con facultades restringidas o muy amplias —que no están reguladas—, así como tareas delegadas y divididas; en nuestra materia, a ello se agrega el ingrediente propio de la disciplina tributaria que exige conocimientos técnicos; esa combinación de circunstancias, de acuerdo a las tipificaciones y la forma de organización del trabajo en la administración del ente, lleva a que sea frecuente encontrar formas de participación que se manifiestan mediante acciones aparentemente inocuas, o a través de omisiones, e incluso en muchos casos con aportes atomizados o prestados por empleados de escasa jerarquía que pueden ser reemplazados sin modificarse el resultado. Todo eso presenta alteraciones frente a las reglas tradicionales de autoría aplicadas en los delitos comunes.

Una vez realizado el injusto, la tarea investigativa para la determinación de los autores, suele comenzar orientándose hacia quienes detenten cargos con mayor jerarquía por tratarse de quienes cuentan con poder suficiente para la toma de decisiones y manejan la información sensible necesaria a tal fin; pero si como veremos más abajo, es autor quien realiza la acción o tiene el dominio de la misma, aún si es quien tiene sobre sí la obligación emanada de las normas no penales que imponen cumplir ciertos mandatos, en el contexto antes descripto, es fácil encontrar situaciones en que aquellas personas podrían haber sido parte en la toma de la decisión pero no haber realizado ninguna acción por sí mismos.

A la inversa, hay accionares desplegados entre varias personas, o llevados a cabo por una de esas personas (por ejemplo la carga de datos contables incluyendo apócrifos), pero probablemente lo hagan en cumplimiento de órdenes de sus superiores, sin margen para desatenderlas, desconociendo las consecuencias, y sin beneficiarse de ellas (10).

(8) Yacobucci, Guillermo J., "La empresa como sujeto de imputación penal", en LL del 27/11/2017, 1, cita online AR/DOC/3034/2017.

(9) Decreto 103/2017, publicado en el BO el 14/2/2017.

(10) Sobre los sesgos cognitivos desde la perspectiva individual véase Silva Sánchez, Jesús y Varela, Lore-

Entre ambos extremos existen una cantidad de agentes de diversas jerarquías, con funciones variadas, por ejemplo en los niveles gerenciales, que eventualmente sin tener el contacto directo con la toma de la decisión —que se efectúa por encima de su jerarquía—o con la llevanza material de libros contables o con la confección de las liquidaciones impositivas —que se realizan por los profesionales y auxiliares contables—, tienen su ámbito operativo en esa área, dentro de la cual manejan toda la información necesaria y distribuyen las tareas que en definitiva están en condiciones de culminar con la producción del resultado ilícito, por lo que quedarían ubicados en una cierta situación de garantes de evitarlos, de modo que de acontecer, podrían tener algún grado de responsabilidad.

Ahora bien, hecha esa descripción acerca de distribución de tareas y toma de decisiones dentro de la empresa, que Feijoo Sánchez denomina "peligros de desorganización" como consecuencia del reparto de trabajo, delegación de funciones en cascada, descentralización empresarial o compartimentación de tareas (11), es necesario lograr un encuadre en términos más técnicos para la delimitación de la responsabilidad penal de cada uno de ellos.

Las personas con más altas jerarquías, tienen mayores responsabilidades en general, pero no por ello sin más se deriva directamente su eventual imputación ante un ilícito penal, ni se descarta la de otros; basta con adentrarse en las estructuras derivadas del principio de culpabilidad penal para comprender por qué no existe lo que podría describirse como una "responsabilidad objetiva" que derivaría de atribuir esa responsabilidad a un sujeto por el mero hecho de detentar un cierto cargo jerárquico en la empresa.

El elevado cargo va acompañado de responsabilidades y poderes suficientes para tomar decisiones, así como del acceso a la información relevante a ese fin, lo cual genera una obligación de desplegar alguna estrategia de contención de riesgos, y tiene importancia en el momento de la imputación, pero sin embargo, no es el factor excluyente. Esas personas con gran poder dentro de la estructura empresaria en ocasiones están distantes de la toma de decisiones menos generales o abstractas, por ejemplo, relacionadas con un delito en particular. Esto varía de acuerdo al tamaño de la empresa ya que probablemente cuanto más pequeña sea, menos estancos serán los sectores en que esté dividida, lo que a su vez determina que más sujetos dentro de la empresa cuenten con conocimientos relevantes para la toma de las decisiones relevantes y por lo tanto haya más personas en situación de evitar el acaecimiento del resultado.

También es habitual en los distintos niveles de la organización interna de las empresas que por motivos de especialización, haya reparto de tareas y que quien se ocupa de ciertas áreas, por ejemplo las productivas o las comerciales, carezca de conocimientos e injerencia en lo que acontece en el área de administración, a pesar de tratarse de ejecutivos con elevadas categorizaciones internas.

Cuando existe distribución de tareas, no podemos dejar de hacer referencia a lo que en derecho penal se denomina 'principio de confianza', que se basa en el de autorresponsabilidad, según el cual cada uno debe responder por su propio ámbito de competencia, por sus propias conductas; vale decir que, como punto de partida, se responde por el hecho propio ya que el derecho no espera que todos intenten evitar todos los daños posibles, incluidos los causados por terceros (12). A tal fin, se espera que cada uno oriente su conducta de modo de no lesionar bienes ajenos. Para Jakobs se trata de un principio esencial por el cual cada uno debe ocuparse de sus propias competencias. Sin embargo, el principio de confianza cede cuando se adviertan circunstancias que hagan dudar sobre si el otro sujeto va a cumplir con las expectativas que derivan de su rol, por ejemplo si se advierte que no está cumpliendo con las prestaciones debidas, si deja de cumplir normas que rigen la actividad sectorial en la que se encuentra, o si se observa directamente

na, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", cit.

(11) Feijoó Sánchez, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, BdeF, 2009, p. 28.

(12) Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 21 y 29.

que va a cometer un delito (13). En caso de que acontezca alguna de las circunstancias que determinen que caiga el principio de confianza, la responsabilidad penal puede renacer en cabeza de quienes se amparaban en la intervención del otro responsable.

No obstante, aún mediando división de tareas, no se da esa situación de estar cubierto por la confianza en que el otro va a cumplir con sus deberes, cuando justamente lo que caracteriza al rol de un sujeto sea vigilar a otras personas que están bajo su dependencia (14), o si el sujeto se encuentra en una posición de garantía cuyo fin sea evitar que ese bien jurídico resulte dañado.

De esta manera nos acercamos al concepto de ámbito de competencia que mencionamos al comienzo como patrón de medida para determinar la participación criminal en la empresa. Intercalamos a continuación algunos datos generales sobre autores y partícipes y luego retomamos el análisis de los ámbitos de competencia.

IV.2. Autoría y Participación

Algunas de las características de las leyes penales derivadas directamente del principio de legalidad, determinan que deben ser claras y ciertas, y la inaplicabilidad de la analogía en esta materia, todo lo cual implica que en el marco de un concepto restrictivo de autor, ateniéndonos a la letra de los tipos penales definidos en la parte especial del Código Penal o en las leyes especiales, solamente quedarían alcanzadas las conductas propias del autor del hecho. Esto es así porque las figuras de orden general como participación, tentativa, prescripción, justificación, inculpabilidad, que son aplicables a todos los delitos, se encuentran previstas en la parte general de los códigos penales.

Luego, para ser factible la incriminación de sujetos que no han detentado el rol de autores en la comisión de un delito, pero han colaborado, el derecho penal se extiende mediante previsiones legales expresas, pero de carácter general, contenidas en la parte general de los códigos penales, que complementan cada tipo, y extienden la punición a otras situaciones. En palabras de Roxin, quien quiera informarse sobre determinado delito, encontrará la descripción de la conducta y la pena, previstas en la parte especial, pero también debe tener en cuenta la parte general, cuyas previsiones se aplican a todos los delitos (15).

De no existir estas previsiones en la parte general, no sería factible aplicar penas a los partícipes, en función de los principios antes comentados, que impiden aplicar penas en forma extensiva a casos no previstos expresa y taxativamente.

Veamos cuáles son las generalidades en el campo de autoría y participación, y qué previsiones tiene nuestro Código Penal.

IV.2.1. Conceptos de autor y partícipe

Para aplicar una pena de manera legítima por un delito cometido, en un juicio deben probarse todos los elementos del tipo en el que esa conducta se subsuma y de la antijuridicidad, y también debe establecerse qué personas se vinculan a la comisión de ese hecho de manera tal —elementos de la culpabilidad— que merezcan una pena —elementos de la punibilidad—. Puede ocurrir en algunos casos, que no haya ninguna duda, por ejemplo si una sola persona hubiera realizado la totalidad de los actos necesarios para producir el resultado. Sin embargo en el ámbito de los delitos económicos, como es sabido, no suele ser así, sino que por el contrario, la consumación del hecho ilícito frecuentemente resulta de la sumatoria de varios aportes de diferente naturaleza, efectuados por distintas personas, que han obrado movidos a veces por intereses diferentes, algunos de los cuales probablemente sean autores y otros, partícipes.

De acuerdo al concepto restrictivo de autor, que se corresponde con la actual legislación argentina, los tipos de la parte especial del Código Penal y los contenidos en las leyes especiales, por ejemplo la ley penal tributaria, describen

(13) *Ibid.*, p. 31.

(14) López Díaz, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 127.

(15) Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 47.

solamente la conducta que despliega el autor de un hecho, por tanto, las previsiones sobre participación contenidas en la parte general del código penal, conforman el mecanismo que permite extender la punibilidad a otros sujetos que intervienen en otros roles (16).

En la doctrina se ha definido la participación como el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno, consistente en un aporte al mismo, hecho en la forma de instigación o de complicidad (17). Vale decir que el autor constituye la figura central del hecho, y los partícipes son responsables en función de la extensión de la responsabilidad que surge de las previsiones contenidas en la parte general del Código Penal, por lo que la participación se caracteriza por su accesoriedad respecto del hecho atribuido al autor. En otras palabras, esto significa que para responsabilizar penalmente a un partícipe, es necesario que por ese hecho exista imputación a un autor (18).

De tal manera, como destacan los autores citados (19), la accesoriedad cumple una función de garantía limitadora contra la extensión de la punibilidad; entienden, siguiendo a Stratenwerth que la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto y se dirige contra el mismo bien jurídico que el delito del autor, sólo que en forma mediata, a través de éste. De allí se deriva que para imputar al partícipe la intervención en un delito especial, no sea necesario que reúna las calidades requeridas para el autor. Por ejemplo, se dice que el delito de libramiento de cheques sin fondos es especial porque el tipo exige que quien lo comete sea el titular de la cuenta corriente o alguien autorizado expresamente a operar en ella. Sin embargo, cualquier persona que no reúna esa característica puede cometer el delito a través del hecho del autor.

Tanto la instigación como la complicidad son formas legales de extensión de la punibilidad a sujetos que no poseen el dominio del hecho, pero ponen una causa eficaz para que el mismo se realice, por lo que se dice que cocausan el resultado.

IV.2.2. Formas posibles de participación

Es instigador quien en forma dolosa determina directamente a otra persona a la comisión de un delito también doloso. La característica de la instigación, es que hace surgir la decisión delictiva en quien no la tenía.

Por otra parte, muchos ordenamientos penales, como el nuestro, efectúan una diferenciación entre dos clases de partícipes. Para ser partícipe necesario, el sujeto debe haber prestado al autor una cooperación necesaria. Quienes prestan a los autores una cooperación sin la cual el hecho no hubiera podido realizarse, son partícipes necesarios, vale decir que todo cooperador necesario es cómplice, siempre que no se trate del ejecutor, en cuyo caso será autor o coautor (20). De tal manera, será partícipe quien preste al autor una ayuda sin la cual el hecho no hubiera podido producirse.

La participación secundaria, que puede prestarse aún por omisión, consiste en un aporte causal respecto del resultado, pero no imprescindible. La evaluación de la necesidad del aporte se efectúa imaginando el hecho *ex ante* y teniendo en cuenta el plan concreto del autor (21), ya que dependiendo de las características del plan delineado para ese caso, un mismo aporte puede ser necesario o no.

El aporte del partícipe secundario, puede ser hecho mediante cooperación, auxilio o ayuda, según si fue previamente convenido con el autor, en cuyo caso la ejecución del acuerdo puede tener lugar antes o después del comienzo de ejecución; si no hay acuerdo previo ni simultáneo con el autor, sino que el aporte es hecho *motu propio* por el partícipe; o cumpliendo con

(16) Cfr. Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho Penal Parte General,* Ediar, 2000, p. 740; Righi, Esteban, *Derecho Penal Parte General,* Lexis Nexis, 2007, p. 375.

(17) Cfr. Zaffaroni - Alagia - Slokar, *op. cit.,* p. 758.

(18) No obsta a la imputación del partícipe que el autor no pueda ser juzgado, por ejemplo si falleció o si la acción penal a su respecto prescribió, pero es necesario que exista una imputación a título de autor respecto de un sujeto para ser factible la de los demás intervinientes como partícipes.

(19) Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. cit.,* ps. 760 y 761.

(20) *Ibid.* p. 756.

(21) *Ibid.* p. 770.

posterioridad al hecho una promesa efectuada antes del mismo, en cuyo caso el acto de participación es la promesa, que debe ser hecha antes de la consumación, ya que de lo contrario se trataría de autoría en el delito autónomo de encubrimiento, y no de participación secundaria en el delito cometido por el autor.

IV.2.3. Previsiones del Código Penal argentino sobre participación

El sistema adoptado por el Código Penal argentino recepta la modalidad de tipificación diferenciada de la responsabilidad de los diversos concurrentes en el hecho, al describir separadamente la intervención de múltiples sujetos en un hecho punible, en los arts. 45 y 46 de la parte general (22), que como dijimos, complementan a cada tipo contenido en la parte especial del código y en las leyes especiales (23).

El art. 47 por su parte, reafirma que es cómplice el que coopera con el autor, lo que permite inferir que en nuestro sistema los partícipes aportan a un delito ajeno, por lo que la ya citada característica de accesoriedad está fuera de discusión. A su vez, el grado de accesoriedad –limitada— se confirma en el art. 48 (24), que contiene lo que se suele denominar la 'comunicabilidad de las circunstancias'. En nuestro ordenamiento legal, la participación guarda con el injusto del autor una accesoriedad limitada, por su dependencia y vinculación, de donde se sigue que la acción del partícipe será punible siempre que además de los elementos del tipo de participación, se acrediten ciertos elementos en la acción del autor.

Siguiendo la teoría de la participación en el delito, se ha construido lo que en doctrina se ha denominado el 'tipo de participación'. De tal manera, para aplicar una sanción penal a un sujeto como partícipe de un delito del que otro es el autor, será necesario analizar la concurrencia en el caso de todos los elementos del tipo de participación.

El hecho principal atribuido al autor, debe reunir todos los elementos del tipo objetivo (25) y subjetivo, ya que el tipo de participación exige que el hecho principal doloso sea típico y antijurídico (26), y como la tipicidad de la participación comienza y se consuma simultáneamente con la del hecho principal, no es punible la tentativa de participación, a diferencia de la participación en un delito tentado por el autor, que sí es factible (27).

Esta conclusión deriva de la accesoriedad y dicho en otras palabras, para ser punible el partícipe, el autor debe haber iniciado la ejecución del hecho, es decir que debe haber cuanto menos entrado en la etapa de la tentativa.

---

(22) Art. 45.– Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Art. 46.– Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

(23) En virtud del art. 4º del Código Penal, que dice: "Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario".

(24) Art. 47.– Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

Art. 48.– Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

(25) Que son sujeto activo, eventual posición de garante, sujeto pasivo o víctima, núcleo del tipo o comportamiento típico, elementos descriptivos y normativos, referencia a la existencia del resultado, relación de causalidad e imputación objetiva, en la que deben acreditarse la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del peligro en el resultado.

(26) Vale decir que no esté amparado por ninguna causa de justificación.

(27) Cfr. Zaffaroni - Alagia - Slokar, p. 762; Rusconi, "Participación criminal", en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (dirs.), *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 174.

En el plano de análisis del tipo subjetivo, debe decirse que no existe la participación en delitos culposos ya que en esa categoría, dada la estructura de su tipo, solamente puede darse intervención a título de autoría, por lo que los distintos intervinientes serán coautores. Sin embargo esta última distinción no es relevante en el ámbito de los delitos tributarios, toda vez que la ley penal tributaria no tipifica delitos culposos o imprudentes.

De tal modo, sólo será típica la conducta del partícipe si es dolosa y si accede a un hecho doloso del autor. Además del conocimiento del tipo subjetivo del autor, el partícipe debe también conocer todos los elementos del tipo objetivo, comprensión sobre la que se basa el restante aspecto del tipo subjetivo, que consiste en querer el resultado lesivo del bien jurídico (28).

El dolo del partícipe debe incluir no solamente el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que configuran la ilicitud del comportamiento del autor (29), incluyendo el resultado constitutivo de lesión para el bien jurídico, sino también el conocimiento de su actuar entendido como colaboración.

Siendo requisito del tipo subjetivo de participación el obrar revestido de dolo, al no efectuarse distinciones, y no escapando el dolo eventual del concepto de dolo, se sigue que es factible que el partícipe obre con dolo eventual (30). Vale decir que basta que el partícipe se imagine el resultado como posible consecuencia de la acción del autor, a la que aún así, opta por agregar su aporte.

La acción del partícipe atenta contra el mismo bien jurídico que la del autor; tanto la acción del partícipe como la del autor deben ser dolosas; el accionar del partícipe no es punible hasta tanto el autor haya cuanto menos comenzado la ejecución del hecho típico y antijurídico; en caso de que el hecho principal quede solamente tentado, se aplicará al partícipe la doble reducción de las penas prevista en el art. 47 del Código Penal; y por último, que el partícipe carezca de las calidades requeridas para el autor si se trata de un delito especial, no obsta a su imputación (31).

En síntesis, las reglas generales del código penal determinan la extensión de la punición penal a personas que no son autores de delitos pero que han contribuido, actuando de alguna forma para que el resultado aconteciera.

IV.3. Actuar en lugar de otro

En los delitos especiales, existe una exigencia típica por la que el autor debe revestir determinada calidad impuesta por el legislador, sobre la base de su cercanía al bien jurídico o de su particular posición de poder respecto de este, que le permite disponer del mismo (32).

La dificultad se presenta cuando quien realiza la acción típica no reviste dicha cualidad. En la parte general de algunos códigos penales se ha dado respuesta a esa situación mediante previsiones de extensión de la autoría (33),por ejemplo el Código Penal español en su art. 31 dispone: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de de-

(28) Otras posturas más recientes sobre el dolo, efectúan variaciones respecto de sus elementos. Por ejemplo, conf. Ragues I Valles, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* Universidad Externado, Bogotá, 2002.

(29) Confr. Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal,* Ad-Hoc, 2009, p. 438.

(30) Como explica Esteban Righi en *Derecho Penal,* p. 214, cabe recordar que el dolo eventual reúne las mismas características del dolo directo, con la única diferencia de que el resultado no es de producción necesaria, vale decir que el sujeto dirige voluntariamente su accionar tomando ese resultado como posible consecuencia de su obrar.

(31) Confr. Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal,* Temis, Bogotá, 1996, ps. 177 y ss.; Jakobs, *Derecho Penal Parte General,* Marcial Pons, 1997, Apartados 21, 22, 23 y 24; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, BdeF, 2005, Lecciones 14 y 15; Stratenwerth, *Derecho Penal I*, Hammurabi, 2005, Sección 12; Zaffaroni - Alagia - Slokar, *op. cit.*, Capítulo XXIV.

(32) Por ejemplo en el delito de falso testimonio, solamente el testigo puede ser autor. En la ley penal tributaria vemos alusiones a los autores como "el obligado", "el agente de retención o percepción", "el empleador", etc.

(33) Sobre el tema, puede verse Gracia Martín, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

lito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

Como se ve, mediante ese tipo de previsiones se sortea el obstáculo que impediría imputar como autores a quienes realizan la acción típica, pero carecen de la cualidad especial requerida. De todas maneras cabe la aclaración de que nada impide que faltando una disposición como la transcripta, esos sujetos pueden responder a título de partícipes, en tanto otro sujeto que sí cuente con la cualidad, haya realizado la acción como autor.

Respecto de las fórmulas de responsabilidad penal denominadas "actuar en lugar de otro", explica Yacobucci que se utilizan para alcanzar al sujeto individual buscando solucionar un problema de tipicidad e imputación en el ámbito de la empresa, ya que se recurre a esta figura cuando se pretende alcanzar con la imputación penal a algún directivo por un delito especial en que el sujeto físico no posee las características indicadas en el tipo penal para responder como autor, pero sí se presentan en la empresa o en otro sujeto. Esto se observa no sólo en el citado art. 31 del Código Penal Español, sino también en el parágrafo 14 de Código Penal Alemán (34).

El Código Penal argentino no cuenta con una previsión general de esa clase en su actual redacción, pero nuestra ley penal tributaria (35) tiene una disposición similar en el párr. 1º del art. 14, por el que se establece que "Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz".

Esto significa que la cualidad especial propia de la persona jurídica se extiende por disposición de la ley a quienes actúen por ella o en su beneficio, siempre que hayan intervenido en el hecho. De tal manera, entendemos que la previsión del art. 14 no implica una excepción a las soluciones del derecho penal general común, no modifica las reglas de la participación contenidas en los arts. 45 y 46 del Código Penal.

Normas similares a la del párr. 1º del art. 14 de la ley penal tributaria transcripto, se observan en el art. 57 de la ley de residuos peligrosos y en el art. 32 de la ley de riesgos del trabajo (36).

IV.4. La omisión

Zaffaroni, Alagia y Slokar (37) explican la diferencia entre la estructura típica omisiva y la comisiva destacando que ésta última describe una conducta prohibida mientras que en la omisión hay tipicidad cuando la conducta realizada no coincide con la debida.

Para que una omisión sea penalmente relevante, brevemente cabe repasar, debe verificarse la concurrencia de varios elementos. En el plano objetivo de los tipos omisivos, en primer lugar existe una situación objetiva típica que es aquella de la que surge el deber de realizar determinada acción. Puede tratarse de una situación descripta en la propia norma penal –delitos omisivos propios— o ser directamente la afectación de un bien jurídico –delitos omisivos impropios—.Luego se observa la realización de una conducta distinta de aquella debida en función de esos deberes, que no esté orientada a cumplir su fin.

(34) Yacobucci, Guillermo J., "III Corso Internazionale: La Responsabilidad al Interno de la Empresa - La Delegación de Funciones", disponible en *http://www.austral.edu.ar/web/derecho/FOTOS/III%20CORSO%20INTERNAZIONALE.PDF.*

(35) La ley penal tributaria establecida en el art. 279 de la ley 27.430 (BO 29/12/2017) sustituyó a la ley 24.769, que fue derogada.

(36) Véanse comentarios al respecto en Kraschinsky, Alex, "Problemas probatorios y sustantivos de la intervención criminal de los extraños a la organización de la empresa. Un antes y un después de la responsabilidad de la persona jurídica" en Castex, Francisco (dir.), Dubinski, Andrés y Martínez, Sebastián (coords.), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ad-Hoc, 2018, ps. 181-195.

(37) Zaffaroni - Alagia - Slokar, *op. cit.*, p. 542.

Es necesario también que el sujeto haya estado en situación material de realizar la conducta debida, ya que de lo contrario, se le estaría imponiendo una obligación imposible de cumplir.

Por otra parte, se requiere la concurrencia de un nexo entre el resultado y la potencialidad de la conducta ordenada en aras de evitar que acontezca el resultado típico. Esto se relaciona con la posibilidad de que la realización de la conducta debida —omitida— hubiera permitido evitar el resultado y debe comprobarse evaluando si interponiendo la conducta debida el resultado desaparecería; en caso de que el resultado igual se hubiera producido, no habría tipicidad omisiva.

En esta clase de delitos, cuando se trata de una omisión propia, cualquier persona puede ser su autor, toda vez que la obligación de actuar de determinada manera surge de la propia ley y pesa sobre cada persona, en función de un deber general de solidaridad; en cambio en los delitos impropios de omisión, es autor quien se encuentre en la situación típica (38), porque tiene un particular vínculo con el bien jurídico protegido, que le impone a ciertas personas–no a cualquiera—,un determinado deber de actuar y por tanto quedan ubicados en esa posición de garantes.

Para transpolar estos conceptos a los delitos empresarios, cabe destacar el criterio de Schünemann (39), según el cual, sin perjuicio de existir otras posturas dogmáticas, la posición de garante dentro del ámbito de la empresa se funda sólo en el principio de dominio, y los delitos especiales –entendidos como delitos de garante regulados por el legislador—, pueden derivar del dominio del control sobre la fuente de riesgo o del dominio de la protección sobre el bien jurídico; luego, la responsabilidad del agente que actúa en la empresa, puede entenderse a partir de una transferencia y aceptación por parte de éste, de la posición de garante, a través de la cláusula de actuar en nombre de otro.

De tal manera en estos casos, el sujeto activo será, de los agentes de la empresa, el que omita realizar la conducta debida encontrándose en posición de controlar los riesgos o de proteger el bien jurídico. Cabe recordar que el garante no solamente debe evitar lesionar el bien jurídico, sino que también debe procurar evitar que otros lo hagan, dados los deberes de cuidado que pesan sobre él.

Como se puede apreciar, la figura de la posición de garante es esencial en términos de definir la autoría en casos de omisión, pero como destaca Sánchez Vera Gómez Trelles, la teoría de infracción de deber referenciada más arriba, genera importantes aportes no sólo en el ámbito de la omisión, sino también para la teoría de la participación delictiva (40).

Creemos que la delimitación de posiciones de garante en cada situación —aun no siendo casos cometidos estrictamente bajo formas omisivas—, es una herramienta invalorable para definir ámbitos de competencia en el marco de organizaciones complejas.

V. Los ámbitos de competencia

V.1. La responsabilidad penal de la empresa no excluye la responsabilidad penal individual

Los legisladores y algunos autores pueden haber entendido que mediante la modificación legislativa por la que se sanciona a las personas jurídicas, además de penarse a éstas, a la vez, se solucionaría la dificultad ya descripta en torno de la identificación y atribución de responsabilidad de las personas humanas intervinientes en la comisión de ciertos delitos.

Sin embargo, aún así, los problemas tradicionales para atribuir responsabilidad a título de autor y de partícipe en delitos cometidos en contextos de grupos de personas cuyo aporte al hecho no es siempre nítido, como ocurre dentro de las empresas, no están resueltos; se agrega

(38) *Ibid.*, p. 547.

(39) Schünemann, Bernd, "Sobre el Estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en Schünemann, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*, Editorial Idemsa, Lima, 2006, ps. 247-273, p. 271.

(40) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, 2002, p. 183.

que ahora puede sancionarse también al ente pero sólo en ciertos casos.

Adelantábamos que de acuerdo a la interpretación que creemos ajustada a la letra de las diversas normas aisladas que preveían hasta ahora responsabilidad penal de los entes, se había adoptado un sistema de responsabilidad transferida, por lo que correspondía aplicar penas a la persona jurídica en la medida que se hubiera determinado la responsabilidad de personas humanas y acreditado unas circunstancias adicionales, tales como el haber actuado en nombre o beneficio de la empresa y que los órganos de ésta hubieran convalidado lo obrado.

Con la ley 27.401 se permiten otras situaciones en que corresponderá la punición de empresas por la comisión de cierta clase de delitos en ella enumerados taxativamente. Sin embargo, aún con su novedosa redacción, de verificarse uno de esos delitos, en algunos casos será necesario determinar quiénes han sido sus autores y partícipes para luego establecer la responsabilidad del ente, pero en todos los casos, resulta imprescindible efectuar esa determinación porque esas personas físicas deben responder penalmente por su propia responsabilidad derivada de su intervención en el hecho, independientemente de todo lo que se relacione con la pena que eventualmente le pueda o no corresponder a la persona jurídica.

En síntesis, sea que corresponda o no aplicar una pena a la empresa, es necesario individualizar ajustadamente las responsabilidades individuales.

Ante un homicidio, el punto de partida de la imputación es el mandato de no matar y no se presentan dificultades —a lo sumo serán probatorias— para la atribución de responsabilidad a una persona física por el resultado, pero en los delitos económicos cometidos en ámbitos de actuación complejos y regulados, probablemente sea necesario realizar una investigación previa sobre las obligaciones y deberes no penales de cada uno dentro de la empresa y he ahí la referencia a los ámbitos de competencia.

Se trata de la búsqueda del equivalente al mandato general de no matar del ejemplo anterior, que en este caso es un mandato personalizado para cada agente o para cada categoría de ellos dentro de la empresa y permite establecer en cada caso en particular qué funciones, conocimientos y facultades tenía cada persona física y por tanto qué podía esperarse de él, que debía hacer y qué podía hacer en cada circunstancia, para luego comparar lo que se encuentre acreditado que ese sujeto hizo u omitió en el caso concreto, y así realizar la subsunción legal y determinar la responsabilidad, mediante la aplicación de las reglas generales establecidas en los arts. 45 y 46 del Código Penal.

Veamos ahora cómo se conforman esos ámbitos de competencia.

V.2. Factores que definen los ámbitos de competencia en la empresa

a) Infracción de un deber. Dijimos que algunas formulaciones dogmáticas han procurado dar respuestas a los interrogantes que se plantean en torno de la participación criminal en los delitos vinculados a los negocios, en función de algunas de sus características principales como son sus aspectos altamente técnicos, el hecho de que suelen ser cometidos con el aporte de varias personas y que sobre algunas de éstas recaen ciertas obligaciones emanadas de disposiciones no penales.

Como quedó ya reseñado, se han efectuado importantes desarrollos sobre la autoría entendida como la infracción de un deber extrapenal, y aún siendo evidente la utilidad de esta figura en los delitos del ámbito empresario y de los negocios, no parece tratarse de un criterio que pueda aplicarse solo y que excluya a los demás. En este sentido es interesante la advertencia que efectúa Pizarro Beleza (41) cuando señala que el sujeto que cuenta con la condición especial requerida para ser autor de un tipo especial —*intraneus*—, puede ser partícipe del delito.

(41) Pizarro Beleza, Teresa, "La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?", en AA.VV., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, JM Bosch, Barcelona, 1995, p. 349. Ver también el desarrollo del tema en González Guerra, Carlos, *Delitos de infracción de un deber*, Ad-Hoc, 2006, p. 24 y ss.

Esto, a su juicio, demuestra que la condición de titular del deber extrapenal no permite atribuir al sujeto interviniente directamente la autoría del hecho; será autor, si además de tener la cualidad, obra con dolo y domina o codomina la ejecución de la acción, lo que lleva a esta autora a concluir que para delimitar el concepto de autor en los delitos especiales de infracción a un deber, es necesario utilizar conjuntamente los criterios de la titularidad del deber extrapenal y del dominio del hecho.

Dicho esto, en la labor de evaluación de las competencias dentro de la empresa, existe la formulación dogmática por la cual se intenta definir al autor en función de ser titular de un deber extrapenal, pero ese parámetro solo no bastaría si se procura efectuar una imputación respetuosa del principio de culpabilidad. Es necesario complementar la titularidad del deber extrapenal con otros elementos.

Cabe acotar otra consecuencia de la existencia de deberes extrapenales, esta vez en el ámbito de la ya aludida figura que en doctrina se conoce como principio de confianza, que es propia de las actividades llevadas a cabo entre varias personas. Por el principio de confianza, un sujeto puede pretender sostener la inexistencia de su responsabilidad penal sobre la base de que existe alguna otra persona que tiene a cargo atender las obligaciones incumplidas que derivaron en el ilícito. Pero, tratándose de un ámbito muy regulado, frecuentemente en este ámbito, dicho principio de confianza no existe o cede, justamente en virtud de existir obligaciones normativas propias sobre esos sujetos, que son indelegables.

Entonces, dado un resultado ilícito en el contexto complejo descripto, ponderando por un lado la naturaleza del delito cometido, y por otro, los cargos y facultades derivadas de cada jerarquía, conocimientos generales o especiales con que cuenta cada uno de los sujetos, tareas que pueden tener asignadas en particular, capacidad para tomar decisiones, o impedimentos para obstaculizar o cuestionar directivas que se concreten en aportes a un ilícito, se aprecia la necesidad de determinar dentro de la estructura empresaria cuál es el ámbito de competencia de cada una de esas personas (42).

En síntesis, como señala Feijoo Sánchez (43), en los hechos delictivos de empresas, lo decisivo no es quién ejecuta de propia mano las acciones ni quién tiene mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial, sino que debe atenderse a la asignación material de competencias. Más aún, no existen diferencias materiales entre supuestos en que administradores o trabajadores de una empresa realizan la conducta delictiva en relación a los deberes de la empresa, sean positivos o de no hacer, en un caso ha de establecerse quién era el responsable de evitar que se produjera ese resultado, y en el otro quién tenía a su cargo el deber de cumplir con ciertos deberes especiales, por ejemplo con las obligaciones tributarias formales y materiales, con las derivadas de las normas sobre riesgos de trabajo, de prevención de blanqueo de capitales, etcétera.

De tal forma, como dijimos, delimitar ese ámbito de competencia es el paso previo y punto de partida necesario para tornar factible la atribución de responsabilidad aplicando las reglas generales de autoría y participación.

b) Principio de confianza. Antes de avanzar en la formulación de los elementos que conforman el ámbito de competencia, señalamos que el principio de confianza cede o no se verifica en los casos en que haya obligaciones legales que son indelegables. Al respecto cabe hacer un paréntesis para destacar que la delegación de funciones y tareas dentro de la empresa no releva de la responsabilidad de controlar, ni excluye la responsabilidad del delegante, toda vez que quien delega, conserva la condición de destinatario de la norma que impone la obligación. En esos casos, sea que haya un reparto de las tareas o que éstas se encuentren derivadas para que las realicen otros agentes, cada uno debe, dentro de su competencia realizar todo cuanto le corresponda para evitar que el bien jurídico se vea lesionado, porque conserva el deber de control sobre aquello que ha delegado (44).

(42) Feijoó Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, ps. 27 y ss.

(43) *Ibid.*, p. 267.

(44) *Ibid*, *op. cit.*, p. 117 y ss.

En tales casos, continúa pesando sobre quien delegó, el deber de controlar el resultado, vale decir que aún si encomienda realizar ciertas tareas a sus subordinados, debe coordinar y controlar lo que éstos hacen, como también queda dentro de su esfera la selección de personas idóneas a quienes delegar, capacitarlas, ponerles a disposición los elementos necesarios para realizarlas, etcétera.

c) Estructura de los tipos de omisión impropia. Algunos autores consideran que en el contexto descripto, la imputación de delitos en el ámbito empresario debe realizarse utilizando la estructura de los tipos de omisión impropia. Se trata de casos, como se vio más arriba, en que la indicación de autoría está dada en principio por la ubicación en posición de garante, aún cuando no se trate de los delitos comúnmente identificados como "especiales", ni necesariamente cometidos mediante omisiones.

Esa posición deriva en principio de las ya abordadas obligaciones extrapenales, y también, en gran medida, de los deberes de supervisión dentro de la empresa y de los sistemas de control de los riesgos empresarios que con el paso del tiempo se adicionaron a los tradicionales controles sobre los riesgos de gestión, y que son fuente de responsabilidad por omisión en el derecho penal económico (45).

Un ejemplo de este fenómeno son los oficiales de cumplimiento creados por la ley 25.246; excede este trabajo evaluar cuál es su omisión penalmente relevante, es decir si para cumplir con su deber y evitar la responsabilidad penal basta con que informen a sus superiores o a los encargados de determinadas áreas de la empresa acerca de las conductas sospechosas detectadas, o si se espera de ellos que hagan algo más, por ejemplo que realicen alguna acción positiva para evitar la comisión del posible delito.

Entonces, para la determinación de los ámbitos de competencia dentro de la empresa, no son un concepto ajeno lo que en los delitos de omisión denominamos deberes de garantía; aún en supuestos de conductas activas, el rol que hasta ahora se vinculaba con el concepto de la figura del garante en los delitos omisivos, es de gran utilidad.

Ahora bien, es necesario determinar cómo está conformado el entramado normativo que configura las posiciones de garante dentro de la empresa ante las obligaciones de distinta naturaleza y delimita esos ámbitos de competencia. A tal fin de echarse mano de los regímenes específicos de la actividad en cuestión, por ejemplo para los casos de evasiones tributarias, en nuestro sistema procedimental tributario —que da contenido a muchos de los elementos normativos de los tipos de la ley penal tributaria—, existen una cantidad de previsiones que colocan a sujetos que revisten determinadas ubicaciones en las empresas contribuyentes en posición de garantes del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Por ejemplo, los arts. 5 y 6 de la ley 11.683 definen a los obligados por el pago al Fisco de los tributos propios y de terceros, y para este último caso, específicamente dispone que han de afrontarlos con los recursos que administran, perciben o de los que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables, bajo riesgo de ser pasible de las sanciones previstas en esa ley.

d) Reglamentos internos. Reiteramos que la atribución legal de obligaciones no es suficiente por sí sola para determinar la autoría de un ilícito, pero contribuye para la delimitación de los ámbitos de competencia. Si bien cada ente cuenta con una cierta libertad de organización, además de las normas generales, debe existir algún orden interno que le permita a la empresa cumplir con sus objetivos comerciales y además ser redituable, por lo que para delimitar tales ámbitos de competencia de cada agente en un caso dado, será necesario establecer cuáles son las características de esa organización interna.

De tal manera, para realizar la mentada investigación previa a la determinación de los autores y los partícipes, se torna necesario evaluar en cada caso cómo es la distribución de tareas y responsabilidades conjugando todas las normas que rigen la actividad, pero también

(45) *Ibid.*, p. 119.

otros factores que no se encuentran regulados legislativamente.

Debe partirse del hecho de que para que una empresa pueda funcionar, sus responsables han de adoptar algún sistema de organización interna y tienen obligaciones y compromisos hacia el Estado –nacional, provincial y municipal—, hacia los entes y personas con los que interactúan y también hacia los agentes del interior de la empresa, todos, generadores actuales o potenciales de responsabilidades.

Quedó expuesto el ejemplo de la normativa tributaria y procesal fiscal como fuente de responsabilidades. De idéntica jerarquía son las normas mercantiles y societarias, tales como aquellas que imponen a los directores el deber de cumplir con el objeto social de la empresa y por lo tanto reenvían al contrato social o estatuto; además, junto con los miembros de los órganos de control de las sociedades anónimas pesa sobre ellos el deber de lealtad (46), que se vincula directamente con el deber de actuar en cumplimiento de las leyes, el acatamiento del estatuto social y de las decisiones de la asamblea. Estos deberes se refuerzan con las previsiones del Código Civil y Comercial, relativas a la culpabilidad en el derecho privado (47).

De tal forma, al aceptar ocupar cierto cargo en el órgano de administración de una empresa, se asume una obligación de adoptar precauciones. Tomar estas cautelas, en nuestro ordenamiento no es algo optativo, ya que no hacerlo determina el nacimiento de responsabilidades patrimoniales; y tampoco es algo que actualmente pueda hacerse de forma intuitiva, sino que existen métodos de gestión en procura de lograr la máxima eficiencia, sistemas de auditorías internas y externas, acceso al asesoramiento, mecanismos de controles internos, estándares para las buenas prácticas profesionales y técnicas, y una cantidad de institutos propios de la disciplina de administración de empresas y de auditoría que están orientados a que esas precauciones sean eficientes.

En este punto es necesario hacer una referencia a los reglamentos internos de las sociedades comerciales, que se definen como un conjunto ordenado de preceptos complementarios del contrato o estatuto, establecidos con el objeto de regir el funcionamiento de los órganos sociales en aspectos no previstos en la ley ni en dichos cuerpos normativos (48). Para las empresas no es obligatorio dictarlos, pero se encuentran mencionados en la ley general de sociedades comerciales (49), y se considera que son fuente de obligaciones para los órganos societarios, ya que los reglamentos establecen la obligatoriedad de su régimen para los directores y síndicos, y en algunos casos, para los socios (50).

Del juego de todas esas normas surge el deber de los directores y de los administradores de desempeñarse dentro de la ley y en beneficio de la empresa y de los intereses de los accionistas, lo cual excluye realizar y consentir, dentro de su ámbito de competencia, actos que impliquen lesionar los intereses de la sociedad, de sus socios o de terceros ante los que habrá de responder —y por tanto implican un daño para el ente societario—, y obviamente, incurrir en ilícitos, sea por acción o por omisión.

(46) Bajo el título "Diligencia del administrador: responsabilidad", el art. 59 de la Ley General de Sociedades 19.550 dispone que "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión".

(47) El art. 1725 del Código Civil y Comercial dispone: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

(48) Marinelli, José Luis, *Reglamentos internos de las sociedades comerciales*, Ad-Hoc, 2007, p. 19.

(49) Ver arts. 5º, 167, 251, 274, 275, 294 inc. 9º, 296, 297, 302, 303 de la ley 19.550.

(50) Marinelli, José Luis, *op. cit.*, p. 25. Según el autor citado, la obligatoriedad surge al establecerse responsabilidades y sanciones por su violación, principalmente de los arts. 251 y 274 de la LGS.

Vale decir que de acuerdo al juego de esas normas, se tornan en sujetos que deben velar por los intereses de la empresa y de los accionistas, lo cual los ubica en ciertos casos en la mentada posición de garantes; su deber es entonces, no solamente no cometer delitos, sino también evitar que otras personas los cometan en el contexto de la empresa (51).

Creemos que se deriva sin esfuerzo que estas disposiciones contribuyen a conformar los ámbitos de competencia de los sujetos que conforman los distintos estamentos de personal de la empresa.

V.2.1. Programas de cumplimiento

Otras elaboraciones doctrinarias se abocarán al análisis del concepto y características de los programas de cumplimiento en profundidad, pero en este pasaje, creemos necesario hacer unas observaciones desde la óptica del derecho penal, sobre lo que podríamos ubicar como el inc. e) de la enumeración del acápite anterior —que no es taxativa—.

En efecto, los programas de cumplimiento nacieron como instrumentos relacionados con reglas de actuación y con la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica; sin embargo, constituyen un elemento útil para la determinación de ámbitos de competencia dentro de la organización societaria, que a su vez, como dijimos sirven para evaluar la responsabilidad individual de los sujetos.

Por eso, no podemos dejar de hacer referencia a las reglas de cumplimiento —que adicionalmente también tienen valor para evaluar la concurrencia de dolo en el obrar de los sujetos dentro de la empresa—. La existencia de ese tipo de regulaciones internas, es un elemento relevante en una investigación por la comisión de un delito, para realizar la atribución de responsabilidades en los términos que venimos exponiendo.

Destaca Cigüela Sola (52) que los *compliance programs* forman parte de la práctica empresarial y el estudio de la responsabilidad penal colectiva queda incompleto si no se alude a ellos. Cuando se hace referencia a *compliance* se abarca el concepto genérico referido a las medidas destinadas a fomentar los valores éticos en la empresa llevando a cabo la actividad de manera respetuosa de todas las leyes, y también al intento de establecer un sistema de prevención, control y detección de riesgos penales y de adecuar la estructura de la empresa a lo que exige el ordenamiento jurídico (53).

Bacigalupo advierte que en la teoría, se considera que los directorios de las empresas deben cuidar que éstas y sus órganos actúen en consonancia con el derecho vigente y las reglas de cumplimiento no se limitan al mero deber de observar los mandatos jurídicos, sino a instaurar un departamento especial de control y de vigilancia así como establecer procedimientos dentro de la empresa para asegurar la observancia de los mandatos jurídicos; de tal manera, se entiende que el sistema de *compliance* incluye un abordaje integral de la cuestión, desde el análisis de los riesgos jurídicos, la determinación de actuar contra las irregularidades, adoptar los recaudos para restablecer una organización orientada a ese fin, designar un responsable de *compliance*, fijar una política de capacitación jurídica, documentar las medidas que se adopten, así como las irregularidades descubiertas y el curso de acción ante las mismas (54).

En esta línea, se define a los programas de cumplimiento como el conjunto de esfuerzos sistemáticos realizados por los integrantes de una empresa para asegurar que las actividades de la misma sean llevadas a cabo sin vulnerar la legislación aplicable. El programa de cumplimiento debe tender a que la empresa no reciba sanciones, mediante la reducción de conductas delictivas en el desarrollo de la actividad comercial y se realiza a través de un plan para actuar con estricto apego a la legalidad y estableciendo un adecuado sistema de monitoreo de su cumplimiento (55) .

(51) García, Luis M. y Llerena, Patricia, *Criminalidad de empresa*, Ad-Hoc, 1990, p. 47 y ss., también ver Feijoó Sánchez, *op. cit.*, p. 27.

(52) Cigüela Sola, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal*, Marcial Pons, 2015, p. 341.

(53) *Ibid.*, p. 342.

(54) Bacigalupo, Enrique, Compliance *y Derecho Penal,* Hammurabi, 2012, p. 134.

(55) Artaza Varela, Osvaldo, "Programas de cumplimiento", en Mir Puig, Santiago - Corcoy Bidasolo, Mirentxu - Gómez Martín, Víctor (coord.), *Respon-*

Para cumplir adecuadamente con ese objetivo, es conveniente que los programas de cumplimiento sean dinámicos y se actualicen regularmente; tienen relación con la gestión, la administración, organización y control dentro de la empresa y con el manejo de técnicas de control de riesgos, por ello es imprescindible que atiendan la estructura de la empresa y las particularidades de la actividad.

Suelen incluir códigos de ética, mecanismos para promover la cultura de cumplimiento de la ley dentro de la empresa, protocolos de actuación ante determinadas situaciones, reglas para prevención de delitos en particular, capacitación del personal, reglas para la delegación adecuada de los poderes o facultades, controles internos y mecanismos de monitoreo de cumplimiento. En nuestro sistema jurídico, la reciente ley 27.401 en su art. 23 bajo el título 'Contenido del Programa de Integridad', enumera algunos de los elementos que debe contener.

Estas reglas, tanto procuran evitar la comisión de infracciones como detectarlas y actuar en consecuencia, sea revirtiendo los efectos, identificando a los responsables o formulando denuncias. Pero, a la vez que evitar la comisión de delitos y prever mecanismos de detección, los programas deben dar respuesta a la compleja situación que deriva de que la empresa es un factor generador de riesgos, pero no admite controles externos directos, ya que el Estado debe aceptar ámbitos de autorregulación organizativa en las mismas (56). De tal manera se deben compatibilizar la efectividad del programa, con la necesidad de que no interfiera en los objetivos comerciales de la empresa y su competitividad.

Sobre programas de cumplimiento hay muchos trabajos valiosos y dada la trascendencia del tema en el interés propio de varias disciplinas, habrá, seguramente, muchos más; pero por la vinculación y consecuencias con el tema planteado en esta ocasión, debemos reiterar que las herramientas propias de la buena administración de la empresa tienen importancia y utilidad cuando se trata de desentrañar las responsabilidades penales de los agentes que las integran.

En este sentido, se sostiene que la estructura de un código de *compliance* es variable ya que debe corresponderse con la realidad de cada empresa y su actividad, pero se sugiere que tenga contenidos que permitan delimitar adecuadamente las relaciones internas que se esperan dentro de la empresa, por ejemplo que los accionistas, el directorio y los empleados tengan un acápite en el que se indique la conducta esperada de ellos en la organización interna, en el cumplimiento de metas, en las relaciones entre compañeros de trabajo, supervisión, cumplimiento de procedimientos y sistemas de trabajo, búsqueda de la excelencia y el desarrollo personal, etcétera (57), aspectos que conforman los mentados ámbitos de competencia.

Con los sistemas de control interno que se aplican en la actualidad —aunque dependiendo de la envergadura de la empresa—, es posible que las conductas de cada integrante de la persona jurídica queden de alguna manera registradas; eso permitiría advertir e identificar errores —cada vez menos probables— o conductas desviadas respecto de aquellas que conforman el plexo de obligaciones de ese agente en su contexto, aspecto en el cual tienen un rol fundamental los sistemas de *compliance*. En ese sentido se ha sostenido que un programa de *compliance* eficiente debería generar sistemas de control escalonados imposibles de evadir, excepto mediante maniobras complejas; esto lleva a la conclusión de que en tales casos, si se han logrado saltar los sistemas, sin dudas habría sido de forma dolosa (58).

sabilidad de la Empresa y Compliance, BdeF, 2014, ps. 231-271, p. 237.

(56) Gómez-Jara Díez, Carlos, "La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", en AA.VV., *Responsabilidad penal de las empresas y* compliance program, ARA Editores, 2016, ps. 211-272, p. 223.

(57) Puyol, Javier, *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ps. 119 y 274.

(58) Alessandretti, Rosario; Conde - Gabriela; Dubinski, Andrés - Loricchio, Romina - Villar, Martín, "Ignorancia deliberada, compliance y derecho penal", en Castex, Francisco (dir.) - Dubinski, Andrés - Martínez, Sebastián (coords.), *op. cit.*, ps. 61-93.

Dicho eso reiteramos que además de contribuir a la conformación de lo que sería cada ámbito de competencia, estas herramientas tienen una cierta potencialidad para evidenciar que algunas conductas sólo pudieron haberse realizado de forma dolosa; llevado eso al plano procedimental penal, podemos decir que serían de utilidad para la prueba del dolo, aspecto complejo dentro del universo de la prueba.

En ese orden de ideas, destaca la doctrina que como consecuencia de la implementación de códigos de *compliance*, los agentes de cualquier empresa deben cumplir estrictamente la legalidad, y los directivos están obligados de manera particularizada a conocer las leyes y reglamentaciones que afecten a sus respectivas áreas de actividad, y deben asegurarse de que quienes dependen de ellos dentro de la empresa, reciban la información y la formación que les permita entender y cumplir las obligaciones de su función y cuáles son los procedimientos adecuados para realizar su trabajo (59), como síntesis de lo cual verificado un resultado, es probable que no haya obedecido a un error.

V.2.2. Evaluación de los programas de cumplimiento

En función de la libertad para su diseño y de la complejidad de la administración de cada empresa, es importante, llegado el caso, la valoración judicial que se efectuará respecto de los programas o manuales. Debe tenerse en cuenta que ante la comisión de un delito, la mera existencia de un programa de cumplimiento no habilita a deslindar responsabilidades que en verdad se tienen. Por tal razón en cada caso será necesario ponderar adecuadamente el manual en función de su contenido contrastado con las particularidades de la empresa, ya que, por ejemplo podría haberse adoptado un programa que prevea unos controles sólo aparentes, en cuyo caso, no cumpliría con su cometido y además, en ese caso, su valor como indicador de áreas de competencia sería muy relativo.

Entonces, en materia de investigación de delitos, es insoslayable que la evaluación de cada programa de cumplimiento sea efectuada en concreto, no solamente ponderando su contenido aisladamente, sino relacionándolo en particular con la empresa a la que pertenece.

Existe al menos un caso de reglas dictadas para valorar judicialmente los programas de cumplimiento, que son las emergentes del parágrafo §8.B.2.1 de las *Sentencing guidelines* (60) que, dentro del capítulo destinado al juzgamiento de empresas, dan a los jueces de Estados Unidos, herramientas para evaluar si un programa de cumplimiento en concreto, es idóneo.

En Estados Unidos, reafirma la importancia de estos lineamientos no sólo el hecho de que son los destinados a ser usados por los jueces al dictar sus sentencias, sino también que son tenidos en cuenta por las empresas y sus asesores —junto con otras disposiciones vinculadas al tema, como por ejemplo las emanadas de la *Sarbanes Oxley Act* (61)—, como un marco o modelo para elaborar sus programas de cumplimiento.

De acuerdo a la guía aludida, se consideran efectivos los programas que demuestren diligencia para prevenir y detectar conductas criminales y para promover una cultura empresaria de conducta ética y compromiso con el cumplimiento de la ley.

Según sus diversos apartados, esa diligencia se aprecia en determinadas previsiones, por ejemplo que se prevea que el directorio de la empresa —o su equivalente— tenga acceso

(59) Puyol, Javier, *op. cit.*, p. 59.

(60) Emanadas de la *United States Sentencing Commision* bajo el formato de *Guidelines Manual*. Disponibles en *http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/archive*.

(61) Se trata de una ley dictada por el Congreso de Estados Unidos en el año 2002, denominada de Reforma de la Contabilidad Pública de las Empresas y de Protección del Inversor; por ella se crea una agencia estatal (*Securities and Exchange Commision* —SEC—) destinada a vigilar la información financiera que publican las compañías que operan en mercados regulados por la Comisión de Valores, con el fin de proteger la confiabilidad y transparencia del funcionamiento del mercado de valores, y además se tipificaron una serie de conductas relacionadas con el falseamiento de la información corporativa en los balances; también obligó a las empresas privadas a incrementar y asegurar el correcto planteo de sus controles internos, que a su vez tienen injerencia en los controles que alcanzan, incluso, a sus clientes.

a la información y supervise directamente la implementación y efectividad del programa; que el personal de alto nivel adopte recaudos para asegurarse de que el programa sea efectivo —aún delegando tareas operativas, deben preverse reportes periódicos—; se valora que la empresa ubique en cargos con responsabilidad a sujetos respecto de los cuales no haya dudas de su compromiso con la ley, quienes deben tomar medidas para que efectivamente se cumpla el programa, deben evaluar periódicamente su efectividad, implementar un sistema de denuncias internas —que incluso se admite que sean anónimas—. El cumplimiento del programa debe ser promovido y premiado, y deben evaluarse regularmente los riesgos para ir corrigiéndolo en tanto sea necesario en función de los cambios que se adviertan.

En síntesis, se valora el rol activo de las más altas jerarquías de la empresa en el control de cumplimiento del programa, en realizar monitoreos, en evitar tomar medidas que permitan diluir responsabilidades (como por ejemplo en ciertos casos, la tercerización de algunas tareas), y en ir realizando los cambios necesarios perfeccionándolos y actualizándolos, para que la eficacia del programa sea suficiente y se mantenga. También se valora que los programas se vean acompañados de capacitaciones al personal adecuadas para fomentar el cumplimiento de las leyes; asimismo se aprecia que la elección de los integrantes de los directorios se haga entre personas comprometidas con esos principios.

En esta valoración, el tamaño de la empresa es tenido en cuenta ya que se parte de la base de que una empresa de mayor tamaño tendrá más recursos para destinar a asegurar el cumplimiento de la ley, mientras que una más pequeña puede operar con una informalidad que no sería razonable en una empresa grande.

Como se ve, el concepto de programas de cumplimiento es cada vez más nítido, y ha dejado de ser una idea abstracta, propia exclusivamente de grandes grupos empresarios internacionales.

V.2.3. Alguna referencia *a los programas de cumplimiento en las leyes vigentes*

En la Argentina la mayor experiencia en materia de programas de cumplimiento se origina en las normas relacionadas con la prevención del lavado de dinero, ley 25.246, sobre la que se dispone de abundante bibliografía. Sin embargo hace un tiempo se presentó expresamente la referencia a ellos en la ley penal tributaria, y más recientemente, en la ley 27.401.

La ley penal tributaria tiene una referencia a este tipo de normas internas que entendemos merece un comentario aparte. Según la disposición, una situación de no cumplimiento *–non compliance—* implicaría una mayor penalidad para la empresa en caso de corresponder su condena penal. Se trata de la segunda parte del art. 14 de la ley penal tributaria, en el tramo que dice "...Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes...".

Los programas pueden ser utilizados como un indicador de competencias y por lo tanto, ser un factor de atribución de responsabilidad penal por un hecho a la empresa, o, como venimos diciendo, ser un parámetro para determinar áreas de responsabilidad de las personas humanas; sin embargo, en el caso de la ley penal tributaria, la expresión no está usada en aquella acepción, sino como dice el propio texto legal, como parámetros para la graduación de las eventuales penas a imponer a la empresa en caso de condena.

Esto es así, en nuestra opinión, ya que esa previsión está insertada entre los parámetros para la graduación de las penas, en un texto normativo que parte de que estando acreditado que hubo hechos ilícitos y que fueron realizados por personas físicas, se adicionan luego las sanciones para la empresa si esos ilícitos fueron realizados en nombre, con la intervención o en beneficio de ésta. En consecuencia, las referencias a circunstancias encuadradas en la doctrina como defecto de organización, en esa norma positiva, no tienen otra función que como parámetro para la ponderación de las penas.

Diferente es la situación en la más reciente ley 27.401, que hace expresa alusión a los "programas de integridad"; en el art. 22 prevé que las personas jurídicas alcanzadas por el régimen previsto en la ley podrán implementar programas de esa clase, consistentes en el conjunto de acciones, mecanismo y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. El programa, se aclara, deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica, su dimensión y capacidad económica. Este último párrafo tiene la importancia de desterrar como herramienta de la cual la empresa podría beneficiarse, la mera adopción de un programa de cumplimiento estándar.

Por último como ya dijimos, en el art. 23 de la ley se efectúa una enumeración no taxativa de los elementos que debe contener el programa de integridad, entre los cuales se cuenta un código de ética, procedimientos reglados para prevenir ilícitos, realización de capacitaciones periódicas, etcétera (62).

La importancia adicional del programa de integridad en el caso de esta ley, está dada por los efectos que su adopción y contenido puedan implicar en función de lo establecido en torno de las consecuencias de los acuerdos de colaboración eficaz, cuyo análisis excede estas líneas.

VI. Reflexiones finales

Hemos procurado poner el acento en algunos aspectos principales de un tema que en principio podría parecer ajeno al derecho penal, pero que en realidad tiene injerencia en la verificación de la autoría y la participación de las personas humanas, y también adicionalmente, en la acreditación del dolo.

Creemos importante que luego de lo expuesto quede la idea de que aun existiendo previsión legal para aplicar sanciones penales a las personas jurídicas, no se elimina el eventual merecimiento de pena que pudiera corresponder a las personas físicas que hubieran realizado acciones típicas antijurídicas culpables y punibles, aunque lo hayan hecho en el marco de la actividad de una empresa.

La estructura de la empresa como escenario puede dificultar la elucidación de cómo debe ser la correcta atribución de responsabilidad a cada sujeto como autor o como partícipe con las herramientas tradicionales del derecho penal, que fue elaborado principalmente para ser aplicado a los hechos cometidos de manera independiente aún con la intervención de más de una persona, pero no en contextos regulados como es la empresa.

Por este motivo, es nuestra opinión que algunas herramientas propias de la administración de empresas deben incorporarse en los silogismos y razonamientos propios de la tarea de subsunción de hechos en el derecho penal que deben realizar los jueces y los fiscales, al igual que las normas no penales propias del derecho mercantil, societario, tributario, etcétera, en tanto contribuyen a delimitar los ámbitos de competencia de los sujetos.

Creemos que el programa de cumplimiento —junto con otros elementos— tiene ese valor en la determinación de los ámbitos de competencia en la empresa y consecuentemente para la individualización de autores y partícipes de un delito cometido en ese contexto, ya que para estar en condiciones de aplicar las reglas generales de los arts. 45 y 46 del Código Penal, es necesario realizar antes una reconstrucción —que debe ser objeto de prueba en el proceso— que permita definir esos ámbitos de competencia a cuyo fin cabe acudir no solamente a lo que marcan las leyes penales, sino también a los deberes emanados de todo el ordenamiento jurídico, ya que cada sujeto que emprenda determinadas actividades, necesariamente debe asumir los compromisos de control de riesgos que le imponen las normas que rigen su actividad, sean normas de derecho público o privado.

(62) El decreto reglamentario 277/2018 (BO 6/4/2018), determinó que la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401.

Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad

POR **JUAN PABLO MONTIEL** (*)

I. Introducción: reconstruyendo el espíritu de la ley

La travesía que desde su génesis ha recorrido la Ley 27.401 se parece mucho más a la de un paseo en montaña rusa que a la de un armonioso recorrido por nuestra pampa húmeda. Cuando en noviembre de 2016 se leía el Anteproyecto presentado por el Poder Ejecutivo, era posible identificar incongruencias conceptuales (especialmente en lo que se refiere a la configuración del modelo de atribución de responsabilidad y a algunas cuestiones vinculadas a los programas de integridad), que condicionaban inevitablemente su adecuada implementación práctica. Su paso por la Cámara de Diputados dio lugar a una metamorfosis extrema que, en lugar de mejorar sus defectos, en mi opinión acabó desnaturalizando el texto del Anteproyecto, derivándose de ello un texto técnicamente insostenible. En ese contexto, la ley finalmente aprobada por el Senado no puede más de hacernos respirar aliviados de su existencia, no tanto por sus virtudes, sino por evitarse la entrada en vigor del texto manufacturado por Diputados. Si se pretende correlacionar estos tres textos diferentes, se aprecian incompatibilidades notables, que al ponerse juntos arrojan una imagen "monstruosa", que impide conocer correctamente cuál ha sido la verdadera voluntad del legislador. En ese punto, existe una gran distancia entre la Exposición de Motivos del Anteproyecto y el texto finalmente aprobado. Estudiar el texto vigente nos obliga a introducirnos en la dimensión de lo desconocido.

En toda regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante, RPPJ) resulta fundamental partir de la clarificación del modelo de responsabilidad elegido por el legislador para que los aplicadores del Derecho estén en condiciones de interpretar más armónicamente la ley. Ello quiere significar que es crucial para una correcta implementación de toda regulación en esta materia la explicitación de la cuestión relativa a si el legislador asumió el modelo de la heterorresponsabilidad o modelo vicarial o bien el modelo de la autorresponsabilidad o del defecto de organización (1). Y, en este sentido, la clarificación de esta cuestión también incide en la temática de los criterios que determinan la adecuación de los programas de integridad. Sin embargo, justamente estamos aquí ante uno de los puntos más oscuros de la ley, del Anteproyecto y del texto aprobado en Diputados. En la Exposición de Motivos del texto impulsado por el Poder Ejecutivo se declara

(*) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Doctor Europeo en Derecho penal y Ciencias penales. Profesor full time de Derecho penal y Director del Centro de Estudios Anticorrupción de la Universidad de San Andrés. Fue Profesor de Derecho penal en la Universidad de los Andes (Colombia). Fue becario posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Erlangen-Nürnberg. Ha sido becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), del Ministerio de Ciencia y Tecnología de España y del Max Plank Institut für internationales und ausländisches Strafrecht de Friburgo.

(1) Para una caracterización de estos modelos, cfr. Montiel, *Revista En Letra Derecho Penal* (6), 2018 (en prensa).

expresamente la adopción del modelo de la autorresponsabilidad; (2) voluntad que lamentablemente no es acompañada luego en el art. 3º, pues su texto acoge una formulación que incluye como disparador de la RPPJ al *insuficiente control o supervisión*, condición del sistema vicarial (3). Por su parte, el art. 2º del texto aprobado en la Cámara de Diputados se asemeja en su primera parte al del actualmente vigente, aunque agrega elementos que parecieran acercar a la legislación argentina más al modelo de la heterorresponsabilidad. Ello es así pues en la segunda parte incorporaba elementos que parecían sujetar la responsabilidad a que la persona física haya actuado en representación o interés de la persona jurídica. Finalmente, el art. 2º de la ley 27.401 es comparativamente el más exiguo de los tres, a tal punto que su vaguedad no deja descartar ninguno de los dos modelos. En este contexto, parece más sencillo identificar el modelo adoptado por el legislador con un tablero de güija que con materiales contenidos en la ley.

Pese a que el legislador deja abierta entonces la decisión sobre el modelo de responsabilidad adoptado, me esforzaré aquí por defender que la ley parece más compatible con el modelo de la autorresponsabilidad que con el de la heterorresponsabilidad (4). Y para ello ayuda echar un vistazo a los criterios de *compliance* que aparecen expresamente reconocidos por la ley. En realidad, el fenómeno del *compliance* tiene una incidencia determinante respecto a los modelos de autorresponsabilidad, pues, en definitiva, la adecuación de la estructura interna de una persona jurídica a los parámetros de *integridad* es una señal inequívoca de que se encuentra correctamente organizada (5). En este caso, que la empresa cuente con programas de integridad adecuados debería indicar que el delito no es la consecuencia de una organización defectuosa de la persona jurídica. Más allá de los problemas con los que tropieza la regulación vigente también en materia de *compliance,* debe valorarse el esfuerzo del legislador por brindar parámetros de valoración de su adecuación.

En esta breve contribución el análisis estará centrado en los criterios que establece la ley 27.401 para valorar si un sistema de *compliance* adoptado por la persona jurídica en cuestión es adecuado y, con ello, si se cumplimenta uno de los principales requisitos para que la persona jurídica pueda acceder a una exención de pena, conforme al art. 9º. Sobre esta base, se analizará la técnica empleada por el legislador para determinar los elementos de un sistema de *compliance* idóneo, como así también los elementos específicos reconocidos en el art. 23.

II. Sistemas de integridad y prevención de la corrupción

A la ley 27.401 no subyace una lógica de "castigo absoluto" de la persona jurídica que comete como autor o como partícipe alguno de los delitos plasmados en su art. 1º, esto es, no prevé castigar a la persona jurídica siempre que ella aparezca involucrada en esos delitos. Más bien, la lógica de la ley parece ser que la empresa únicamente va a responder penalmente cuando el delito deje interpretarse como el *output* de una organización defectuosa o bien cuando pueda retrotraerse ese delito a una conducta negligente o dolosa de la persona jurídica. Diferentes pasajes de la ley dan cuenta de ello.

Ello sucede especialmente respecto a los sistemas de integridad que cumplen con los estándares fijados en los arts. 22 y 23, dado que la comisión de alguno de los delitos del art. 1º no obsta a que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal cuando se dispone de un sistema de integridad idóneo. Esta misma tendencia se aprecia también en los arts. 2º, 3º párr. 9º inc. b), según el cual se rompe la imputación a la persona jurídica cuando se aprecia que la persona física que realizó materialmente el delito no obró como auténtico representante

(2) *"...se propone responsabilizar a las personas jurídicas por un defecto en su organización interna, que permita a las distintas personas allí enumeradas cometer un delito abarcado por esta ley, como consecuencia de un adecuado control y supervisión de la entidad sobre ellas y de los que pudieras resultar beneficiadas".*

(3) Cfr. Ortiz de Urbina Gimeno, en Goñi Sein (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, 2011, p. 115 y ss.

(4) Con mayor detalle, Montiel, *Revista En Letra Derecho Penal* (6), 2018 (en prensa). De otra opinión, Papa, LL 2018-A, p. 2.

(5) Sin perjuicio de ello, el art. 9º que prevé las circunstancias eximentes pareciera poner en tela de juicio esta afirmación, porque la exclusión de la responsabilidad está supeditada a circunstancias distintas de los programas de integridad, como ser, la denuncia espontánea y la devolución del beneficio indebido. Con ello, una RPPJ podría mantenerse incluso existiendo una buena organización.

de la empresa y lo hizo más bien a título personal. Desde esta perspectiva, la regla general que parece erigirse en la ley es que toda imputación a la persona jurídica se rompe cuando el delito representa un hecho aislado, ajeno a la empresa.

La existencia de un sistema de integridad es un dato que genera la presunción *iuris tantum* de que la persona jurídica se encuentra correctamente organizada o, al menos, organizada de tal manera que no resulta sencillo a las personas físicas cometer delitos. Sin embargo, no son infrecuentes los casos en los que la decisión de la persona jurídica de incorporar un sistema de *compliance* es una mera teatralización, que busca dar a la comunidad y al Estado la mera apariencia de un compromiso con la transparencia y la legalidad. Puede hablarse aquí de programas de *compliance* "de papel" (6). Está claro que la ley no pretende convalidar este tipo de situaciones y por ello el art. 9º solamente admite que la implementación de sistemas de integridad pueda operar (conjuntamente con otros circunstancias) como eximente, en la medida que dicho sistema cuente con una serie de elementos. En este caso, la ley parte de la presunción de que la presencia de los elementos enlistados en el art. 23, 1º párr. (código de ética o de conducta; reglas y procedimientos para impedir ilícitos en relación a licitaciones y concursos; capacitaciones periódicas) es un indicador de que los programas de integridad adoptados por la empresa son idóneos para impedir la comisión de hechos de corrupción. Esta última presunción será analizada críticamente a continuación. Pero, además, en el apartado subsiguiente examinaré los diferentes niveles en los que operan los criterios plasmados en el art. 23, como así también analizaré con el detalle que me permite esta publicación algunos de los elementos obligatorios y suplementarios de un programa de integridad idóneo.

III. Parámetros de idoneidad para los sistemas de integridad previstos en la ley

III.1. Máximas legales para un sistema de integridad y sus componentes

La ley presenta en sus arts. 22, párr. 1º y 23 una especie de guía que permite a los destinatarios de la norma guiarse en relación a la orientación y a los elementos que deben formar parte de un sistema de *compliance* considerado idóneo. Estos preceptos resultan fundamentales para poder valorar un sistema de *compliance*, pero especialmente para concluir si este sistema es lo suficientemente sólido como para habilitar la exclusión de pena.

El art. 22, párr. 1º expresa una primera máxima, según la cual todo programa de integridad "deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica". Esta máxima establece que los programas de cumplimiento deben estar diseñados e implementados sobre la base del tipo de riesgo implicado en la actuación de la concreta persona jurídica, su dimensión y su capacidad económica. Con otras palabras, un sistema de integridad debe estar anclado a la realidad de la concreta persona jurídica y, por ello, aquél podría dejar de ser adecuado a los efectos del art. 9º —pese a contar con todos los componentes exigidos por el art. 23, 1ª parte—, si desconociera la estructura y la actividad de la específica empresa bajo análisis. Este primer criterio pretende transmitir la idea de que los sistemas de *compliance* están sujetos a la concreta actividad que desempeña la empresa y por ello, verbigracia, no es el mismo el sistema que requiere una empresa dedicada a la industria de la celulosa y el papel que un banco. Así, un excelente sistema de cumplimiento para una industria puede resultar completamente inadecuado para otra. Igualmente, el tipo de procesos de vigilancia, detección y reacción empresarial frente a los delitos varía decisivamente según el tamaño de la entidad y ello explica que el nivel de complejidad nunca pueda ser igual en una PyME que en una multinacional con filiales en diferentes países (7) (8).

(6) Hemphill y Cullari, *Journal of Business Ethics* (87) 2009, p. 345, aluden en estos casos a sistemas de *compliance* "de papel".

(7) Para Gómez y Jara Diéz, *Política Criminal* (5), 2010, p. 462, el tamaño y el nivel de complejidad organizativo tienen una notable incidencia en la propia identificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que solamente a aquellas que detentan cierto grado de complejidad se les reconoce una esfera de autonomía que conlleve la imposición de la obligación de obrar con fidelidad al Derecho.

(8) Sobre esta cuestión, ver Montiel, *Revista En Letra Derecho penal* (6), 2018 (en prensa), con ulteriores referencias.

Ahora bien, la ley exige que, una vez que se ha tomado en consideración la actividad concreta de la persona jurídica, su dimensión y su capacidad económica, el programa de cumplimiento debe contar con determinados elementos para tener efectos en la exclusión de la pena. El art. 23 diferencia dos grupos de elementos de un programa de integridad: aquellos que necesariamente deben estar presentes para asegurar su idoneidad (*elementos obligatorios*) y aquellos otros, cuya presencia es únicamente facultativa (*elementos opcionales*). La distinción resulta ya algo extraña, pero especialmente creo que el modo en que se regula presupone un grave desconocimiento de la praxis empresarial. Sorprende que resulte obligatorio que los programas de cumplimiento dispongan de un código de ética o de conducta (art. 23 inc. a.) y no así de un oficial de cumplimiento o de un sistema de *whistleblowing*. Cualquier persona mínimamente familiarizada con el mundo empresarial sabe que un código de ética es poco más que una "carta de buenas intenciones", en la que se expresan los lineamientos éticos generales de la empresa (9). Así, resulta muy difícil compartir la tesis del legislador de que la existencia de un código de ética es un indicador correcto *per se* de la adecuación del programa de integridad y no así un canal de denuncias o la figura de un oficial de cumplimiento. Además, ello presupone olvidar, por ejemplo, que en muchos ámbitos cercanos al regulado por esta ley la figura del oficial de cumplimiento es requerida legalmente, como ser en materia de prevención de blanqueo de capitales (10). Sobre la base de estos criterios legales, todo juez debería llegar a la conclusión de que una empresa que cuenta con procesos eficientes de denuncias y reporte de irregularidades, con un *compliance officer*, con sistemas de investigaciones internas, etc., pero que carece de un código de *ética*, no posee un sistema de *compliance* idóneo, algo que resulta completamente injustificado.

En este sentido, me resulta difícil acompañar la decisión del legislador consistente en diferenciar elementos obligatorios y opcionales de un programa de integridad idóneo. En mi opinión, hubiese sido mucho más acertado que el listado de elementos operara más bien como una suma de criterios que el aplicador del Derecho debería tener en cuenta a la hora de valorar la idoneidad o no de un programa, evitando así tasar de antemano cada uno de los elementos del programa mencionados en el art. 23. De hecho, esta posición es favorecida por el Anteproyecto, que en su art. 31 establece: "Contenido del Programa de Integridad: el Programa de Integridad podrá contener, entre otros, los siguientes elementos". Si bien esta posición no resulta absolutamente pacífica, pues se acaba cayendo en una mayor discrecionalidad judicial, desde la perspectiva contraria se logra sujetar a los jueces a criterios de idoneidad que resultan claramente inadecuados; esto es, se lo fuerza *legalmente* a tomar una decisión incorrecta y que en la gran mayoría de los casos requiere de una ponderación mucho más profunda.

III.2. Elementos de un sistema de integridad idóneo: una mirada genérica

Me interesa ahora detenerme a analizar el listado de elementos que, según la ley, puede reunir un programa de integridad, con total independencia de la distinción analizada *supra* entre elementos obligatorios y optativos. A grandes rasgos se aprecia que el legislador ha incluido en ese listado las principales "instituciones" del *corporate compliance*, tales como, el mapeo de riesgos, el oficial de cumplimiento, las investigaciones internas, el *due diligence* y los canales de denuncia (11). Sobre alguna de estas "instituciones" volveré más adelante. Pero, además, el legislador decidió mencionar en el listado ítems que difícilmente dejen conceptualizarse como elementos de un sistema de *compliance* en sentido estricto.

La propia ley caracteriza en su art. 22 al programa de integridad como "el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corre-

(9) Sin embargo, a otras conclusiones llega Stevens, *Journal of Business Ethics* (78), 2008, p. 601 y ss., aunque, en mi opinión, sobre la base de caracterizar dentro de la noción de "códigos de ética" elementos que habitualmente son externos a ellos.

(10) Cfr. art. 11 Resolución UIF 30-E/2017. En detalle al respecto, Montiel, *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* (4) 2015, p. 90 y ss.

(11) Sobre estas instituciones, cfr. Kuhlen/Montiel y Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal,* Madrid *et al.*, 2013, *passim.*

gir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley". Esta definición —que reproduce en buena medida las ofrecidas por la doctrina de modo dominante— (12), deja en claro que el programa de integridad se refiere a la organización interna de una persona jurídica dispuesta para lo que se caracteriza en la doctrina especializada como *prevention, detection and reaction* de la corrupción (13). Bajo esta noción de programa de integridad o de cumplimiento caen paradigmáticamente autorregulaciones, prácticas, procesos de investigación y control y áreas específicas de la empresa que están al servicio de prevenir, detectar o reaccionar frente a ilícitos (14).

En mi opinión, no es correcto caracterizar como un contenido del programa de integridad el "apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia" (art. 23, 2ª parte, II) o el "cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades" (art. 23, 2ª parte, X). Con ello no pretende negarse que estos dos aspectos resultan de gran importancia para la correcta implementación de un sistema de *compliance*. El apoyo de la alta dirección de la empresa a las políticas de transparencia implementadas, en principio, por el oficial de cumplimiento es en cierto modo una de las claves del éxito de todo programa de integridad. Justamente, la expresión ampliamente conocida en el mundo empresarial del *tone at the top* alude a un clima general ético en la empresa, generado a partir del convencimiento de la alta gerencia de la prioridad que tiene en los negocios respetar el marco legal y ético imperante. Sin este clima generado desde la "cabeza" los esfuerzos de los encargados de implementar, seguir o aplicar sistemas de *compliance* quedarían obstaculizados o directamente anulados. Por tanto, este "clima ético organizacional" es una "actitud de refuerzo" de un programa de integridad, pero en sentido estricto no puede vérselo como parte de su contenido. A su vez, las exigencias reglamentarias sin lugar a dudas desempeñarán un rol fundamental para interpretar o complementar las escuetas referencias dadas por el legislador en la ley y por el Ejecutivo en el decreto reglamentario. Ahora bien, estas reglamentaciones no constituyen *per se* un elemento o un contenido del sistema de *compliance*, sino que, a lo sumo, ayudan a complementar o fijar el alcance de los contenidos del programa, fijados por la ley. Estas reglamentaciones se refieren a elementos del programa de integridad o eventualmente podrían demandar la incorporación de algún nuevo elemento, pero de ninguna manera debería confundirse el cumplimiento de las reglamentaciones con un contenido del programa.

Justamente en este punto aparece una cuestión que, en mi opinión, adquiere un alto valor para quienes se dedican en su labor profesional al diseño e implementación de programas de integridad. Si bien la ley fija pautas claras en relación a los elementos optativos y obligatorios de todo sistema de integridad, la ausencia de las especificaciones que se esperaban con el decreto reglamentario coloca a los abogados corporativos ante la necesidad de buscar herramientas normativas precisas que orienten su tarea. Como apuntaré al final del trabajo, es de esperar que la Oficina Anticorrupción asuma parte de la tarea regulativa (especialmente en virtud de lo establecido por el art. 1º Decreto 277/2018), pero hasta tanto creo que los abogados deberían atender al rico instrumental regulativo que ofrece la UIF en materia de prevención de lavado, pero referido específicamente a los sistemas de *compliance*. Un buen ejemplo puede hallarse en la reciente Resol. UIF 30-E/2017. Si bien estas resoluciones están orientadas a los riesgos específicos del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, contienen regulaciones sobre, por ejemplo, los programas de cumplimiento, el rol del oficial de cumplimiento, los códigos de ética, etc. Dichas regulaciones pueden ofrecer una buena guía a quienes deben asesorar en el armado de los programas de integridad en anticorrupción.

III.3. Elementos específicos de un sistema de integridad en la ley 27.401

Como ya ha sido puesto de relieve, el art. 23 de la ley enumera aquellos elementos que dan

(12) Cfr., entre otros, Rotsch, en Rotsch (ed.), *Criminal Compliance*, § 1, nro. 4; Kuhlen, en Kuhlen - Montiel - Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal,* Madrid *et al.*, 2013, p. 51.

(13) Reeb, *Internal Investigations. Neue Tendenzen privater Ermittlungen*, Berlín, 2011, p. 1 y ss.

(14) Sobre el concepto de *criminal compliance* y de los programas de integridad, cfr. Montiel, R*evista En Letra* (7) 2017, p. 21 y ss.

forma a un programa de integridad. Pese a la distinción entre elementos obligatorios y opcionales, lo cierto parece ser que mientras más de estos elementos estén presentes en un programa de integridad mayor será su "robustez". Mientras más robusto sea un sistema de *compliance*, serán menores las oportunidades de que la empresa se vea envuelta en un hecho de corrupción y, además, en caso de que ello finalmente suceda, la persona jurídica quedará finalmente a salvo de responder penalmente. A continuación, me detendré a analizar resumidamente aquellos elementos enumerados en el art. 23.

III.3.1. Mapeo de riesgos

La referencia al mapeo de riesgos viene explicitada en la segunda parte del art. 23, concretamente en el inc. I, en el que se alude al "análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad". En mi opinión, resulta difícilmente imaginable un programa de integridad que resulte eficiente sin que previamente se haya realizado un mapeo de riesgos detallado y riguroso. Pero cabe agregar que un mapeo de riesgos riguroso no es simplemente la adopción de patrones general de aquellos riesgos que se manifiestan en un sector determinado de la industria o actividad de la persona jurídica, sino un estudio detallado de la *realidad particular* de la *concreta* empresa. Así, al ser uno de los principales objetivos del *criminal compliance* el generar en la empresa capacidad de cumplimiento normativo (15), la creación de esas estructuras presupone un estudio detallado de cuáles son los riesgos penales a los que se halla expuesta (i.e. qué actuaciones vinculadas a la actividad empresarial podrían implicar eventualmente la comisión de algún delito), como así también de los tramos de la gestión en los que esos riesgos se manifiestan con mayor fuerza (16). Un ejemplo de esto último: en ciertas industrias (v. gr. de prótesis) es en los sectores de ventas de la empresa donde más frecuentemente se "cuecen" los arreglos corruptos entre empresa, obra social y auditores; en los bancos son los departamentos de *compliance* aquellos que se encargan de aprobar una operación que podría dar lugar a un acto de lavado de dinero. Justamente, la tarea consiste en identificar que en este tramo de la cadena de gestión existe mayor exposición a los riesgos y además en diseñar procedimientos de implementación y control que reduzcan los peligros de incurrir en una conducta delictiva. El mapeo de riesgos constituye una de las primeras etapas (y una ineludible) por la que debe atravesar cualquier empresa que desee contar con un sistema de *compliance* serio. El diseñador necesita saber de qué modo específico se presentan los riesgos penales en la empresa, en qué áreas, con qué frecuencia, en qué magnitud, etc. Sin esta información previa todo diseñador avanzará tanteando el espacio a ciegas.

El mapeo de riesgo o *risk mapping* (en sentido estricto) consiste en un procedimiento complejo que se compone de diversas fases orientadas a una cabal comprensión del riesgo y de los verdaderos impactos que éste puede tener en la empresa. En este sentido, conviene distinguir cuatro momentos esenciales del mapeo de riesgo: *identificación, entendimiento, evaluación* y *priorización*. Mientras que en las dos primeras etapas se procura reconocer el área en la que se presenta el riesgo y los factores que condicionan su surgimiento o mantenimiento, en las dos fases restantes se pondera la entidad del riesgo —sobre la base de su frecuencia y severidad— y se procede a clasificarlos conforme a su entidad. Sin embargo, en la praxis y en algunos documentos de organizaciones internacional (17), la noción de *risk mapping* suele abarcar también otros pasos adicionales, tales como, el manejo o gestión de riesgos y su revisión (18).

(15) Rotsch, *Criminal Compliance*, *Indret* (1) 2012, p. 5 y ss.

(16) Sobre estos riesgos negociales, Bock, *Criminal Compliance*, Baden-Baden, 2011, p. 263 y ss.

(17) Cfr. *Guide to corruption risk mapping*, Organización Mundial del Comercio, p. 10 y ss. (disponible en: *http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/about-us/legal-instruments/declarations/risk_mapping_guide_june_2015.pdf?la=en*, última consulta 11 de abril de 2018).

(18) La etapa del manejo de riesgos consiste en la formulación de un plan de acción que permita orientar a la alta gerencia en la adopción de medidas anticorrupción, mientras que la revisión consiste en repetir los pasos de identificación, entendimiento, evaluación y priorización para un aseguramiento de que los riesgos se están manejando correctamente.

La realización del mapa de riesgo debería constituir necesariamente el puntapié inicial, dado que permite recabar la información necesaria para el diseño de un programa de integridad específico para la empresa en cuestión. Justamente, como se expresó precedentemente, la ley en su art. 22, 2ª parte expresa la necesidad de una correspondencia entre el programa de integridad y los riesgos propios de la actividad que desempeña la concreta persona jurídica.

III.3.2. Canales internos de denuncia

No sería acertado medir la eficiencia de un programa de integridad en anticorrupción o anti-lavado atendiendo únicamente a los obstáculos que colocan los procedimientos para la comisión de delitos, tales como, los protocolos de actuación ante licitaciones públicas o de reporte de operaciones sospechosas. De un buen sistema de *compliance* se exige también su capacidad para una rápida detección de ilicitudes para poder reaccionar con rapidez. En la medida en que una empresa no cuente con un sistema aceitado que permita hacer llegar la *notitia criminis* a tiempo frente a sospechas, seguirá existiendo un sistema de *compliance* débil.

Le ley 27.401 establece en el art. 23, 2ª parte III, que el programa de integridad también podrá contener "canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos". Estos sistemas de reporte de irregularidades se conforman a partir de la construcción de canales internos o externos de comunicación para que la información relativa a las infracciones legales, administrativas o éticas (relativas a la actividad empresarial) pueda llegar al conocimiento de las autoridades de la empresa encargadas de prevenir, sancionar o minimizar los daños derivados de tales infracciones (19).

Una de las maneras más habituales de instalar semejante sistema de denuncias consiste en habilitar una *hot line* o una casilla de correos en la que puedan dejarse asentadas denuncias de irregularidades, en las que se vean involucrados empleados o directivos de la propia empresa (20). Sin perjuicio de ello, según cuál sea el agente receptor de la denuncia se va a hablar de un *whistleblowing* interno, cuando el receptor sea la propia empresa, o bien de un *whistleblowing* externo, cuando lo sea el Estado o algún otro órgano especial dedicado a la persecución de estos ilícitos (21).

En la actualidad las empresas cuentan con importantes incentivos para incorporar estos canales de denuncia, lo que se traduce, por ejemplo, en ventajas punitivas, del mismo modo que se busca promover denuncias mediante incentivos económicos o protecciones de carácter laboral (22). Respecto a este último aspecto, la ley demanda adicionalmente que exista una política de protección de denunciantes ante posibles represalias que pudiesen disponerse desde la empresa (art. 23, 2ª parte, IV). Indudablemente con esta regulación se procura mantener los incentivos respecto a los empleados de la empresa que pueden ver peligrar su fuente de trabajo cuando el denunciado es un jefe directo o un miembro de la alta dirigencia. Sin embargo, aquí aparece un significativo interrogante en relación al alcance que puede tener un sistema de reserva de la información relativa al denunciante, de caras a la persona que resulta denunciada, con lo que entramos de lleno en la álgida discusión doctrinal que existe en relación a la aceptación o no de las denuncias anónimas (23). Concretamente, la controversia

(19) Bermejo, *Derecho penal* (4) 2013, Infojus, Buenos Aires, p. 52.

(20) Sobre los diferentes canales de denuncia, cfr. Ragués i Vallès, en Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*, Barcelona, 2013, p. 187 y ss.

(21) En sentido similar, Gómez Martín, en Kuhlen - Montiel - Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal,* Madrid *et al.*, 2013, p. 130; Ragués i Vallès, en Mir Puig - Corcoy Bidasolo - Gómez Martín (eds.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 465 y ss.

(22) Especialmente algunas leyes norteamericanas (v.gr. la *False Claim Act*) promueven las denuncias ofreciendo recompensas económicas a los denunciantes que alcanzan el 30% de la cantidad que se recupera por fraudes cometidos en contrataciones con el Estado. Además de estos incentivos de carácter económicos, vale la pena destacar que la *Sarbanes-Oxley Act* establece en su Sección 806 que ninguna empresa u análogo podrá despedir, rebajar, amenazar o acosar al empleado que haya denunciado alguna irregularidad.

(23) Esta disputa surge especialmente a partir de lo dispuesto en la Sec. 301 (4) *Sarbanes Oxley Act*, dónde

surge de los abusos que generaría el anonimato y las denuncias irresponsables, y que acabarían menoscabando los derechos fundamentales del denunciado; aunque sobre esta cuestión no podré adentrarme con el detalle deseado por razones de espacio (24).

No obstante, a nivel comparado no se aprecia una exigencia legal de adoptar este tipo de instrumento en el sistema de *compliance*. Así, con la salvedad de lo dispuesto por la *Sarbanes-Oxley Act* estadounidense (25), no suelen estar obligadas las empresas (a nivel internacional) a estatuir un sistema de *whistleblowing*, por lo que la tendencia consiste en dejar que sean las propias empresas las encargadas de estatuir esos canales de denuncia mediante sus códigos autorregulatorios. En la Argentina también carecemos de regulaciones en este sentido, por lo que las personas jurídicas quedan autorizadas a autorregularse en esta materia (26).

III.3.3. Oficial de cumplimiento

También se reconoce en la ley como elemento del programa de integridad al denominado *compliance officer,* que aparece caracterizado en la ley como "el responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad" (art. 23, 2ª parte, IX). Se trata de la persona que está al frente del sistema del *compliance*, lo que implica que entran dentro de su ámbito de competencia, principalmente, el diseño, implementación y supervisión de los programas de cumplimiento, la investigación de irregularidades, el fomento de políticas de transparencia y la capacitación de los miembros de la empresa en temas de *compliance*. Con todo, entiendo que sus funciones deberían resumirse en dos: *capacitar a la empresa para estar en condiciones de cumplir la ley* y *reportar irregularidades* (27).

El primer grupo de funciones está integrado por varias actividades que van desde las más genéricas, como ser el adecuado diseño de programas de cumplimiento (28) y de procesos de gestión, hasta las más concretas como la capacitación de los empleados de la empresa (29). El control del adecuado funcionamiento y de la efectiva aplicación de los programas de cumplimiento también debe ser incluido dentro del rol de la capacitación de la empresa, puesto que, si bien no está orientado directamente a la capacitación, se trata de una instancia de verificación del éxito de estos procesos. En este sentido, la empresa estará capacitada para minimizar los riesgos penales en la medida en que cuente con recursos humanos y estructuras y procesos internos idóneos. Por su parte, la transmisión de información a los superiores sobre la posible comisión de un delito de corrupción (por ejemplo, cuando se advierte el pago de viáticos excesivos a funcionarios públicos extranjeros en la negociación de un contrato público) debe interpretarse como una competencia

se habilita la implementación de canales de denuncia basados en el anonimato.

(24) Basta simplemente dejar apuntado aquí que el debate ayuda a poner sobre el tapete dos modelos distintos de programas de cumplimiento: uno *orientado a valores*, tales como la legalidad y los valores éticos de la empresa, y otro basado en la *vigilancia*. En opinión de Nieto Martín, en Kuhlen - Montiel - Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid *et. al.,* 2013, p. 33 y ss., los sistemas basados en el anonimato encajarían mejor en un *compliance* orientado a la vigilancia.

(25) Ragués i Vallès, en Mir Puig - Corcoy Bidasolo - Gómez Martín (eds.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 466.

(26) Sobre esta cuestión y una posible implementación en la Argentina, cfr. Bermejo, *Derecho penal* (4) 2013, Infojus, Buenos Aires, p. 70 y ss.

(27) En detalle con ulteriores referencias, Montiel, *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* (4) 2015, p. 90 y ss.

(28) En palabras de Bermejo/Palermo, en Kuhlen - Montiel - Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid *et. al.,* 2013, p. 182, en cuanto al diseño de los programas de cumplimiento el oficial de cumplimiento tiene la obligación de elaborar una autorregulación que cumpla con los estándares de calidad exigidos por la legislación sectorial o por normas técnicas del ámbito de actividad de la empresa (v.gr. ISO 19600). En este sentido, el programa debe ser idóneo para identificar, controlar, reportar y evitar los riesgos penales de la actividad. Además, debe ser aprobado por la dirección, respecto del cual rige el principio de confianza, salvo que haya existido culpa *in eligendo*.

(29) Dicha tarea consiste, en lo esencial, en enseñar a los trabajadores las principales regulaciones que son relevantes en el concreto ámbito de actividades de la empresa y los riesgos jurídicos derivados de su incumplimiento, cfr. Tödtmann/Kaluza, en Maschmann - Sieg - Göpfert (eds.), *Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht-Handbuch*, Múnich, 2012, p. 547.

precautoria por excelencia. Aquí el *compliance officer*, con independencia de la concreta probabilidad de que se haya o se esté cometiendo un delito, debe informar sobre cualquier actividad sospechosa. Puede decirse que aquí el oficial de cumplimiento es quien da la señal de alarma y por tanto asume una función de *whistleblowing* (30).

La figura del oficial de cumplimiento resulta conocida en nuestro país, especialmente a partir de la exigencia impuesta por el art. 20 bis 4º párr. ley 25.246 en el marco de la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Según este precepto, toda persona jurídica regularmente constituida que resulte sujeto obligado necesita contar con un oficial de cumplimiento. Sin embargo, resulta necesario entender a las resoluciones de la UIF para conocer en detalle el alcance de sus funciones y responsabilidades, como así también su relación con el directorio (31). En cuanto a las específicas funciones que deberá desempeñar el *compliance officer* en materia anticorrupción habrá que esperar a lo que dispongan las específicas resoluciones que en esta materia se dicten a nivel local y nacional por la autoridad de aplicación respectiva. Ahora bien, es de esperar que la regulación de la función y competencias del oficial de cumplimiento en la materia de la anticorrupción se asemejen significativamente a las regulaciones que ya rigen en el *compliance* antilavado, no obstante lo cual sería recomendable no repetir algunos de sus errores más gruesos. Entre ellos, es necesario destacar la exigencia del art. 20 bis de la ley 25.346, consistente en exigir que el oficial del cumplimiento integre el directorio. Más allá de los dilemas que genera esta exigencia para la organización empresarial (32), conlleva importantes problemas prácticos y en el deslinde de responsabilidades penales entre los directores y el oficial de cumplimiento (33). Sin perjuicio de la ausencia actual de regulaciones en la materia, sería esperable que el oficial de cumplimiento asuma en la estructura anticorrupción de las empresas las funciones, entre otras, de diseñar y supervisar los procedimientos internos vinculados a los procesos licitatorios, de organizar y planificar las capacitaciones constantes para toda la empresa y de reportar al directorio toda irregularidad que alcance a detectar en el ejercicio de sus funciones.

III.3.4. Investigaciones internas

En diferentes pasajes de la ley se alude a las investigaciones internas como un mecanismo que puede reportar significativas ventajas para la empresa involucrada en algún hecho de corrupción. Estas alusiones a las investigaciones internas aparecen, concretamente, en los arts. 8, 9 y 23, 2ª parte, V. En los primeros dos artículos, las investigaciones internas inciden en la reducción o exclusión del castigo, en la medida en que ellas aporten a la persona jurídica la información suficiente para poder denunciar espontáneamente la comisión de algún delito de corrupción. Ello quiere decir que la implementación de *internal investigations* no constituye *per se* un motivo legal para atenuar o excluir la RPPJ, sino que lo es la denuncia espontánea. Pese a ello, su importancia es reconocida por la ley, puesto que se pretende incentivar presentaciones ante la Justicia, que resulten serias y que tengan sustento en los hechos realmente acaecidos, a lo que puede llegarse mediante una investigación dentro de la empresa. Por su parte, el legislador reconoce también que puede contar como contenido posible del programa de integridad 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" (art. 23, 2ª parte, V). Que un sistema de investigaciones internas pueda conformar el programa de integridad,

(30) Desde luego que aquí se emplea el término en sentido amplio, dado que el *whistleblowing* está pensado principalmente como un canal para que los trabajadores o terceros (proveedores o clientes) denuncien internamente la comisión de algún ilícito. Al respecto, cfr. Ragués i Vallès, en Mir Puig - Corcoy Bidasolo - Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 465 y ss.; Bermejo, *Revista de Derecho penal* (4) 2013, p. 52 y ss.

(31) Ver principalmente resol. UIF 30-E/2017.

(32) Al respecto, Blanco, *Revista de Derecho penal y procesal penal* (11), 2011, p. 1878.

(33) Sobre estas cuestiones, en detalle, Montiel, *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* (4), 2015, p. 94 y ss.; Bermejo y Montiel, en Saccani y Morales Oliver (coord.), *Tratado de Compliance,* Buenos Aires, 2018 (en prensa).

es una cuestión que podría tomarse implícitamente de las regulaciones anteriores.

Sin embargo, conviene aclarar que conceptualmente hay que separar las investigaciones internas como tales de la etapa sancionatoria en sentido estricto. Lo que se conoce por investigación interna es una pesquisa que se inicia dentro de la empresa, mediante personal propio o ajeno, y que está destinada a recabar información sobre la posible comisión de una ilicitud (34). Una vez que se haya obtenido esa información y en caso de que se haya constatado la existencia de un hecho de corrupción, la persona jurídica podrá adoptar diferentes decisiones, ya sea sancionar a las personas correspondientes sobre la base de las herramientas que le brinda la legislación laboral, o bien reconocer algún tipo de amnistía (los denominados programas de *leniency*) (35). A diferencia de un procedimiento judicial de carácter penal, en donde debe investigarse y finalmente adoptarse una decisión (sancionar o no sancionar), las investigaciones internas procuran únicamente recabar información y, a lo sumo, hacer una propuesta de tratamiento o de reacción. La "reacción" o sanción debería contar como algo distinto a las investigaciones internas.

Las mencionadas regulaciones recogen implícitamente una distinción fundamental de investigaciones internas: investigaciones internas *prejudiciales* e investigaciones internas *parajudiciales* (36). En los arts. 8 y 9 las investigaciones deben dar lugar a una denuncia espontánea de la empresa, esto es, una denuncia que no haya estado movilizada por una acción previa del Estado (intimación, denuncia, etc.). Con ello, los (indirectos) efecto benéficos de las investigaciones internas se refieren a las de carácter *prejudicial*. Esto constituye un premio para la persona jurídica que, en lugar de especular hasta ver si la ilicitud llega hasta los estrados judiciales, se pone espontáneamente a disposición de la Justicia. Puesto que en este último caso se aprecia en la persona jurídica una conducta más fiel a la legalidad, resulta acertada la decisión del legislador de favorecerla punitivamente (37).

Para cierto sector de la doctrina, se habla de investigaciones internas en sentido estricto cuando quienes asumen la dirección y ejecución de estas pesquisas son agentes ajenos a la empresa, especialmente estudios jurídicos especializados en temas corporativos y auditoras (38). Sin embargo, ello no excluye que pueda hablarse en un sentido laxo de investigaciones internas cuando los abogados *in house* asumen la dirección de la pesquisa. La función de estos agentes consiste básicamente en entrevistar a las personas involucradas en los hechos investigados, en acceder a la información contenida en bases de datos de las empresas (computadoras, teléfonos celulares, etc.) o en correos electrónicos de los empleados, revisar información contable, etc. (39).. En este contexto uno de los temas más delicados consiste en armonizar las prácticas de pesquisa con una adecuada protección de la intimidad (40) y también con el empleo en el proceso penal de la evidencia recolectada en estas investigaciones (41), sobre

(34) En detalle sobre los elementos que definen las investigaciones internas, cfr. Nestler, en Knierim - Rübenstahl - Tsambikakis (eds.), *Internal Investigations. Ermittlungen im Unternehmen,* Heidelberg *et. al.,* 2013, Cap. 1, nro. 19 y ss.

(35) Sobre esta última problemática, cfr. Weisse, en Moosmayer y Hartwig (eds.), *Interne Untersuchungen,* Múnich, 2012, p. 58 y ss.

(36) Sobre esta distinción, con ulteriores referencias, cfr. Montiel, en Mir Puig - Corcoy Bidasolo - Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 498 y ss.

(37) En otro lugar, advertí sobre la injusticia a la que da lugar que en muchas legislaciones no se ofrezcan tratamientos diferenciales, según estemos ante investigaciones internas *pre* o *parajudiciales*, cfr. Montiel, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 499 y ss.

(38) Sahan, en Kuhlen - Montiel - Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid *et. al.,* 2013, p. 245 y ss.

(39) Al respecto, en detalle, Saccani *Tratado de auditoría forense*, t. II, Buenos Aires, 2012, Cap. 3-7.

(40) En detalle sobre esta problemática, cfr. Montiel, en Kuhlen - Montiel - Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid *et. al.,* 2013, p. 229 y ss.

(41) Cfr. Montiel, en Mir Puig - Corcoy Bidasolo - Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 511 y ss., con ulteriores referencias y comentarios.

todo cuando en muchos casos puede aparecer cuestionado el respeto del principio *nemo tenetur* (42).

IV. Reflexiones finales en torno a la regulación de los componentes del programa de integridad

En mi opinión, debe valorarse positivamente que el legislador haya decidido explicitar los principales componentes del programa de integridad, en lugar de dejar esta cuestión totalmente librada a la discreción judicial. Si bien la enumeración de componentes del art. 23 no debería juzgarse como taxativa, es cierto que allí aparecen los principales (y más frecuentes) componentes de un sistema de *compliance*. Con esta enumeración el legislador acaba eligiendo un camino similar al del legislador peruano en la reciente ley 30.424 (art. 17) sobre responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Empero, existe todavía una gran cantidad de cuestiones relativas a cada uno de los contenidos del programa de integridad, respecto de los cuales la ley y su decreto reglamentario guardan silencio. Posiblemente el decreto 277/2018 haya decepcionado con razón a muchos de los operadores jurídicos del sistema, puesto que se esperaba que allí aparezcan reglamentadas innumerables cuestiones de verdadera importancia, tales como el modo de calcular la ganancia indebida o los contenidos del programa de integridad. En el decreto se establece como dato relevante en este punto que la Oficina Anticorrupción estará a cargo de establecer los lineamientos y guías para el mejor cumplimiento de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401.

En este sentido, cabría esperar que la Oficina Anticorrupción asuma una función reglamentaria, similar a la ejercida por la UIF en materia antilavado. Así, la Oficina Anticorrupción debería encargarse de establecer las condiciones dentro de las cuales puede darse una autorregulación empresarial. En principio, ello podría implicar dos cosas: establecer qué contenidos del programa de integridad son libremente disponibles por la empresa (i.e. la empresa tendría la posibilidad de elegir libremente de qué modo regular internamente un determinado elemento del programa, algo que se conoce como *autorregulación en sentido estricto*) y cuáles otros deben regularse internamente, aunque cumpliendo con unas pautas fijadas externamente por el Estado (*autorregulación regulada o corregulación*) (43). Seguramente esta técnica legislativa dispuesta por el Estado no está libre de críticas, sin embargo es la misma adoptada en el *compliance* antilavado y conocida por los operadores del sistema, por lo que no tendría que generar en la práctica *per se* dificultades relevantes.

(42) Sobre esta cuestión, entre muchos otros, cfr. Roxin, I., *StV* (2) 2012, p. 116 y ss.; Bittmann y Molkenbur, *wistra* (10) 2009, p. 377 y ss.; Jahn, *StV* (1) 2009, p. 43; Knauer y Buhlmann, *AnwBl* 2010, p. 389 y ss.

(43) Sobre la distinción entre estos dos tipos de autorregulaciones, cfr. Montaner Fernández, en Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid *et al.*, 2012, p. 294 y ss.

El *criminal compliance* como fundamento de imputación penal corporativa

POR **JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ** (*)

I. Introducción

Cada vez con mayor frecuencia el Derecho penal se ocupa de los comportamientos económicos de los ciudadanos. Es decir, de aquella actividad dirigida a la utilización de la riqueza (1). Este fenómeno acarrea un consecuente aumento del riesgo penal emergente de dicha actividad de intercambio de bienes y servicios, el cual es más elevado cuanto más central y socialmente relevante sea la actividad que el sujeto desarrolle (2). Con otras palabras, cuanto mayores y más significativos son los roles económico-sociales desempeñados por un sujeto, mayor es el número de prescripciones (y por lo tanto de las figuras penales) de las cuales ese sujeto es destinatario (3).

En este contexto, desde el sector privado se percibe que cada vez existe menos margen de libertad en materia penal empresaria. A modo de ejemplo pueden mencionarse los casos de responsabilidad penal del Directorio por omisión de sus deberes de vigilancia sobre la actividad empresarial y el comportamientos de sus trabajadores; el traslado de la función pública del Estado al empresario en materia de prevención de delitos complejos como el caso del lavado de dinero; la responsabilidad individual de los directores de personas jurídicas por su intervención en decisiones en acuerdos societarios (4); la creciente tendencia a instaurar la responsabilidad penal para las empresas en delitos contra la administración pública en casos de soborno trasnacional; la modificación al concepto tradicional de dolo entendido como conocimiento y voluntad para dejar paso a una responsabilidad penal con fundamento en un deber conocer (5); entre otros.

Por otra parte, desde una perspectiva pública se configura una creciente preocupación del Estado por el diseño de una política criminal que pueda dar respuesta a la creciente criminalidad empresarial que recurre a la estructura corporativa como herramienta para la comisión de delitos. Con otras palabras, la empresa aparece en este esquema del sistema penal como un nuevo

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y Barcelona (España).

(1) Cfr. Rodríguez Estévez, Juan María, *El derecho penal en la actividad económica*, Ed. Ábaco de Rodolfo, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 29.

(2) Cfr. Rodríguez Estévez, Juan María, *Riesgo penal para directivos de empresa. Atribución de responsabilidad penal*, Bdef, Buenos Aires, 2016, p. 28.

(3) Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 122.

(4) Para mayores detalles sobre este punto puede verse Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer SL y Bdef, Madrid, 2013, p. 120.

(5) Al respecto es interesante consultar los fundamentos de la condena impuesta al futbolista argentino Lionel Messi por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, 5-VII-2016, disponible el 10-VIII-2016 en *https://drive.google.com/file/d/0B2_qF6RAeEdA-YWgwYzlXUjNaQ3c/view?pref=2&pli=1*.

sujeto de imputación de responsabilidad (6). Así, si entendemos la política criminal como la estrategia pública para enfrentar el delito en un marco legal y legítimamente estructurado (7), el Estado debe proporcionar una fundamentación racional de aquella en vista a las crecientes exigencias a los particulares que colaboran con él en la prevención de delitos (8).

De esta manera, en aquello que hace al fundamento de la responsabilidad penal de las empresas, se ha producido un cambio de foco en las razones por las cuales se impondría responsabilidad jurídico-penal a aquellas. Así, el sistema de responsabilidad para las personas jurídicas no estaría encaminado a desmotivar directamente el comportamiento delictivo de los empleados de la empresa —para lo cual ya se cuenta con el Derecho penal empresario individual—, sino que más bien se dirige a fomentar la atención de los administradores en los mecanismos de prevención de estas conductas delictivas por parte de los funcionarios de la entidad (9). Es decir, la exigencia de formación de reglas internas de conducta empresarial —conocida como la instalación de programas de cumplimiento de la ley o de integridad— que tienden a asegurar una organización institucional adecuada del riesgo. Estas normativas presentan como su contrapunto la sanción penal corporativa si se produce algún resultado lesivo que debió haber sido evitado mediante el diseño correcto de la actividad empresarial. Por tal motivo, la figura del *criminal compliance* se presenta prioritariamente como una categoría jurídica de imputación de responsabilidad penal corporativa.

En esta inteligencia, también se nota una puesta en crisis del paradigma del modelo de responsabilidad penal de la empresa en la lógica del esquema vicarial para dejar paso a un modelo de aquello que podría mencionarse como la imposición de responsabilidad jurídico-penal a la empresa con foco en el entorno organizacional o aquello que he dado en llamar organización institucional del riesgo (10). En este sentido, se advierte que si bien es cierto que la irrupción de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones en los Estados Unidos es considerada mayormente como una expresión del sistema vicarial vinculado a lograr una mayor equidad al momento de la individualización de la pena corporativa; no lo es menos que estas reflejan un cambio de atención que se ha entendido como evolución de aquel modelo y que incluso ha derivado en verdaderos intentos por justificar una verdadera responsabilidad penal de la empresa (11).

Ahora bien, debe tenerse presente que el auge de los programas de cumplimiento junto con la puesta en marcha de sistemas de *compliance* suele enmarcarse dentro de una concepción ética de la actividad empresarial, lo cual no debe confundirse con el marco taxativo y subsidiario que caracteriza al Derecho penal. Una confusión entre ética empresarial y Derecho penal del *compliance* puede producir una ampliación indebida de la punibilidad (12). Sobre

(6) Cfr. Rodríguez Estévez, Juan María, *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, Bdef, Buenos Aires, 2015, p. 3.

(7) Cfr. Yacobucci, Guillermo "¿Cómo entender la política criminal de nuestros días?", ED 209-895, 899.

(8) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, prólogo en Sánchez – Ostiz, Pablo, *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 13.

(9) Cfr. Artaza Varela, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 57.

(10) Rodríguez Estévez, Juan María, "¿Puede la responsabilidad penal del empresario fundamentarse en la dogmática de los delitos de "infracción de un deber"?, *El Derecho Penal*, El Derecho, Buenos Aires, 2005, ps. 5-8.

(11) Cfr. Artaza Varela, Osvaldo, *La empresa…, op. cit.,* p. 108.

(12) Como límite a la imputación de responsabilidad penal es interesante ver TOC 15, CCC 36099/2013/TO1, 28-XII-2016, disponible el 14-VIII-2017 en http://www.estudiojmre.com.ar/p_articulos_detalle.php?id=156. Allí se afirmó que no toda infidelidad empresarial queda atrapada en la figura penal de administración infiel. Hay quebrantamientos normativos que lesionan el ordenamiento jurídico pero que no son contemplados por el Derecho penal. Se sostuvo que una de las facetas del gobierno corporativo es la adopción de políticas internas de gerenciamiento a fin de minimizar el riesgo ínsito en las actividades de la empresa misma o de riesgos oportunistas [como supuestos de corrupción privada, obtenciones de lucros indebidos, desviaciones de fondos, entre otros] y para ello se ponen en práctica programas de *compliance* o de cumplimiento con la ley, abarcando este cumplimiento la conformidad con todo el ordenamiento jurídico, a partir de principios éticos y

la superposición e identidad entre Derecho penal y ética, se ha señalado en la experiencia italiana que durante mucho tiempo no ha existido una ética general común a las estructuras políticas, distinta de la que viene definida por el Derecho y en particular por el Derecho penal. Es decir, no existe una ética pública de los partidos distinta de lo no delictivo de los comportamientos, por cuanto se considera que "está bien" en términos ético, con que algo no constituya delito (13). Esta identificación señalada entre la ética pública y el Derecho penal presenta tres consecuencias nocivas para la esencia misma de esta rama del Derecho: a) la identificación entre ética pública y Derecho penal genera una desmedida expansión de éste y desnaturaliza su función de *ultima ratio* del orden jurídico; b) vacía de contenido la ética general al identificarla pura y exclusivamente con un aspecto muy concreto y limitado como ser la ilegalidad penal; c) vincula el juicio de reproche ético a la actuación de los jueces penales, lo cual desnaturaliza el rol de la Magistratura en la sociedad.

Estos son solo algunos puntos claves que configuran la actualidad del Derecho penal corporativo y que nos obligan a generar un espacio de intercambio de ideas entre los diversos países para poder trabajar sobre soluciones concretas y posibles que permitan construir respuestas uniformes que afiancen la seguridad jurídica en un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

II. Los deberes de colaboración del empresario en la prevención de delitos: ¿el surgimiento de un nuevo funcionario público?

Asistimos en la actualidad a un significativo número de obligaciones de colaboración del ciudadano para con la Administración que se presentan como una clara manifestación de la expansión del Derecho Penal sobre la actividad empresarial. En efecto, se advierte una creciente expansión de los controles de la Administración sobre dicha actividad recurriendo, a tales fines, a la herramienta penal. En virtud de ello, en casos de falta de colaboración o de obstrucción de los canales administrativos de contralor de la Administración por parte del ciudadano, suele recurrirse a figuras penales que presentan, como denominador común de tipicidad, el delito de desobediencia.

Sobre este punto, se ha sostenido que no deja de ser significativa la similitud de ciertos deberes de los particulares portadores de posiciones especiales con el esquema particular de imputación de responsabilidad penal para funcionarios públicos en el marco de imputación propio de los delitos de infracción de un deber (14).Así, constituye un dato irrefutable de la realidad que el cumplimiento de los deberes estatales no se reduce solo a la actividad de funcionarios públicos, sino que la participación de los ciudadanos en algunos casos puede ser tan relevante como la intervención de los propios funcionarios (15). Concretamente, se señala que, en el ámbito de la empresa, el ordenamiento jurídico atribuye a determinados sujetos económicos ciertas competencias institucionales para el cumplimiento de los fines propios del Estado. Se argumenta, entonces, que en la medida en que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno en el desarrollo de la economía, se establecen ciertas competencias institucionales que vinculan a las empresas o administradores con determinados organismos públicos (16).

A modo de ejemplo, en el ámbito del delito de lavado de activos de origen delictivo esto se percibe claramente a la hora de analizar los

de transparencia. El quebrantamiento a los principios éticos, de transparencia o legales, no implican, sin más, la posibilidad de subsunción legal dentro de un tipo penal.

(13) Cfr. Donini, Massimo, *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Bdef, Buenos Aires, 2015, p. 114.

(14) Cfr. González Guerra, Carlos M., *Delitos de infracción de un deber*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 33, para quien "es justamente ese rol especial surgido de determinadas instituciones sociales el que genera deberes que si son defraudados configuran un delito de infracción de un deber".

(15) Cfr. Rodríguez Estévez, Juan María, "¿Puede la responsabilidad...?", *op. cit.,* ps. 5-29, passim, donde supuestos concretos de accidentes aéreos imputables a una falla estructural de la empresa en el sistema de contralor de la actividad específica fueron considerados como delitos de infracción de un deber en el plano de la tipicidad objetiva.

(16) Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General,* Ara Editores, Lima, Universidad de Piura, 2003, p. 485.

fundamentos para legitimar materialmente las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de los deberes de informar operaciones sospechosas por parte de los sujetos obligados a ello. Al respecto, se ha sostenido que el punto de partida para la detección de casos de lavado de activos de origen ilícito está en la mayor o menor efectividad con que los sujetos obligados a informar cumplan con ese deber, comunicándoles a los funcionarios públicos competentes las operaciones que puedan resultar sospechosas de aquel lavado. Así, el sistema de prevención descansa primordialmente en la figura de los sujetos públicos y privados obligados a informar, respecto de los cuales podría sostener que se convierten en cuasi-funcionarios del Estado (17). Con razón se ha postulado que el modelo de protección penal de las agencias administrativas parte de la concepción de las relaciones tendiente a conformar a los privados como colaboradores en el ejercicio de las funciones públicas, incluso en perjuicio de sí mismos (18).

En este contexto, la sociedad del riesgo o de la inseguridad conduce inexorablemente al Estado vigilante o Estado de la prevención, donde su intervención en la vida de las empresas se caracteriza por la progresiva generalización del "modelo de la inspección", que pasa a acompañar al "modelo del Derecho sancionador" (19). Entonces, resulta fácilmente explicable que dicho modelo de inspección iniciado prioritariamente en el ámbito tributario y aduanero se haya difundido con cierta rapidez en áreas como el de las condiciones de trabajo y de seguridad social, la seguridad industrial, el medio ambiente y los riesgos laborales.

A título de ejemplo del recurso al instrumento penal como un modo de evitar comportamientos peligrosos para bienes jurídicos difusos, se prevén, entre otros, la obligación de registrar en un banco de datos centralizado cualquier movimiento de dinero sospechoso o cualquier transacción comercial que supere un determinado límite, señalando que ello permitirá reducir drásticamente el fenómeno del lavado de dinero o la práctica de la evasión tributaria. Otro caso significativo de los deberes impuestos a las compañías en la prevención, investigación y sanción de delitos, se aprecia en el ámbito de las medidas contra el fraude en la actividad aseguradora, donde el Estado estimula a las empresas a contar con una estructura interna que permita dar una respuesta legal para denunciar los casos de estafa en el marco de su actividad (20).

En el ámbito de la prevención del delito de lavado de dinero, la Unidad de Información Financiera (órgano de contralor estatal en la Argentina sobre la materia) mediante Resolución del 25-II-2013 señaló que:

"El nombramiento de un funcionario de alto nivel, lo hace responsable de velar por la observancia e implementación de los procedimientos y controles necesarios para prevenir el lavado de activos.

Las funciones más significativas del oficial de cumplimiento son: a) diseñar y proponer a la Entidad los procedimientos y controles en materia de prevención de lavado de activos; b) Analizar las operaciones inusuales y en caso que corresponda, previa decisión de la entidad, formular el reporte de operación sospechosa (ROS) ante la UIF; c) monitorear por los procedimientos internos de la entidad, la aplicación de las políticas preventivas adoptadas en la materia; d) proponer políticas de capacitación; e) centralizar los requerimientos de información

(17) Cfr. González Guerra, Carlos M. y Valerga Aráoz, Jorge A. (h), "Sujetos obligados a informar. Cuasi-funcionarios en la prevención del delito de lavado de dinero", *El Derecho Penal*, revista Nº 12, El Derecho, Buenos Aires, 2011, ps. 5-11. También puede verse Blanco, Hernán, *Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de un deber*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 101-108, en lo relativo al fundamento de los deberes de los particulares para con el Estado en el delito de lavado de dinero.

(18) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, "Hacia un derecho penal del Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal", en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, ps. 307-311.

(19) Silva Sánchez, Jesús María, "Hacia el...", *op. cit.*, ps. 307-313.

(20) Cfr. expediente nro. 62.550 s/ normas sobre políticas, procedimientos y controles internos para combatir el fraude, res. 38.447 del 17-VII-2014, Superintendencia de Seguros de la Nación Argentina, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, *Boletín Oficial 32.931*, 23-VII-2014.

efectuados por los organismos competentes; f) formular los distintos requerimientos dentro de la Entidad donde desarrolla su labor para implementar las diversas exigencias regulatorias; g) capacitación del personal que implica la adopción de un programa formal de educación y entrenamiento para todos los empleados de la entidad; g) auditorías: la implementación de auditorías periódicas e independientes del programa global anti lavado, para asegurar el logro de los objetivos propuestos".

En esta línea, el art. 24 de la ley 25.246 —26.683— establece que:

1. La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera (UIF) creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una (1) a diez (10) veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave.

2. La misma sanción será aplicable a la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor (...).

Hasta aquí podemos extraer una primera conclusión: el *criminal compliance* representa el punto inicial de un Derecho Penal con foco en el control de riesgos penales para la prevención de delitos que actuará como factor decisivo a la hora de evaluar la imputación de responsabilidad penal individual para los miembros del directorio, como para la empresa a título corporativo. Esta realidad conlleva el riesgo de descargaren el empresario el peso económico de la lucha contra el comportamiento ilícito, y que se termine por consolidar una política de prevención a costo cero que genera responsabilidades culpables de posición (21).

III. ¿Responsabilidad penal derivada o responsabilidad penal propia de la persona jurídica?

Uno de los puntos clave a la hora de diseñar un sistema legal de imputación de responsabilidad penal para las empresas es definir el sistema de imputación sobre el cual se fundamenta. Una primera opción es determinar la responsabilidad penal de la empresa como consecuencia del delito cometido por sus dependientes o representantes. Desde otra perspectiva, se sostiene que solamente puede sancionarse a la empresa con el Derecho penal si ésta organizó defectuosamente su actividad (22).

Es decir, uno de los interrogantes fundamentales que presenta la implementación práctica de la responsabilidad penal de las empresas es determinar si se trata de una responsabilidad accesoria —cuyo fundamento radicaría en la sanción penal que recaiga sobre sus directivos—, o si, por el contrario, la sanción a la empresa puede fundamentarse con independencia de un reproche judicial concreto a la persona física que actuó en su nombre, representación y beneficio (23). En palabras de Silva Sánchez, el núcleo de la cuestión pasa por determinar si las personas jurídicas cometen hechos delictivos o

(21) Con relación a las obligaciones legales del escribano en el ámbito de la legislación de lavado de activos, puede verse Lasagna, Lidia, "El escribano ante la ley de lavado de dinero", LL 2005-B-1158 ss., p. 1162, donde justamente se critica la normativa que impone al escribano el cumplimiento de tareas de contralor que son propias del Estado, generando un incremento del costo de la profesión, dado el carácter gratuito de la actividad que se le exige. En un sentido similar pero en el marco de los deberes de colaboración privada en el sistema bancario, Castaldo, Andrea, "Tecniche di tutela e di intervento nel nuevo Diritto penale bancario", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Economico*, nro. 3, 1994, p. 405.

(22) Con relación a la discusión sobre este punto en la Argentina puede verse, Rodríguez Estévez, Juan María, "Hasta dónde penar a las empresas", *La Nación*, 9-VII-2017, disponible el 14-VIII-2017 en *http://www.lanacion.com.ar/2051249-hasta-donde-penar-a-las-empresas*, y "Soluciones penales para la criminalidad empresaria, *Infobae*, 20-VI-2017, disponible el 30-VI-2017 en *http://www.infobae.com/opinion/2017/06/30/soluciones-penales-para-la-criminalidad-empresaria*. También, "Prevenir la corrupción desde las empresas", La Nación, 15-VII-2016, disponible el 14-VIII-2017 en *http://www.lanacion.com.ar/1918521-prevenir-la-corrupcion-desde-las-empresas*.

(23) Cfr. De Vicente Martínez, Rosario, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa", en *Derecho Penal contemporáneo*, octubre-diciembre, Legis, Bogotá, 2002, 55, para quien en el sistema de medidas accesorias previstas en su momento por el art. 129 del Código Penal español no parecía descartado afirmar que para la imposición de aquellas se debía poder atribuir el hecho cometido en el seno de la empresa a una persona física concreta.

si, por el contrario, responden por los hechos delictivos de sus integrantes (24).

En otro términos, las propuestas de imputación de responsabilidad penal para las empresas varían entre el modelo de la responsabilidad por atribución, donde la atribución de responsabilidad a la persona de existencia ideal se origina por la transferencia a esta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física con una importante función dentro de ella; o por el contrario, un modelo de responsabilidad por un hecho propio, donde se afirma la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal. Frente a esta opción de modelos de imputación de responsabilidad penal corporativa, el esquema de imputación por hecho propio parece ser el que mejor se adapta a un sistema penal liberal que evita la sanción penal por la comisión de hechos de terceros.

En la actualidad parece factible avanzar en el diseño de criterios de imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas no ya como un derivado de la responsabilidad individual del directivo que ha actuado en su nombre, sino, más bien, como un supuesto de responsabilidad penal por un hecho propio del ente ideal. En este contexto, y dentro de un concepto prioritariamente normativo de la culpabilidad que fundamenta el reproche punitivo en la defraudación de expectativas sociales, resulta viable plantear la legitimidad de la responsabilidad penal de las empresas con fundamento en aquello que se ha dado en llamar organización defectuosa de la empresa, donde se espera de la corporación que se organice adoptando medidas idóneas de seguridad, vigilancia y control que reduzcan las posibilidades de comisión de delitos por parte de sus integrantes. Esto se traduce en una suerte de posición de garantía empresaria que actúa a modo de barrera de contención de riesgos, entendiendo por estos no solo los derivados de la propia actividad de la empresa, sino también los que son consecuencia del comportamiento de sus directivos (25).

En efecto, el fundamento que legitima la intervención del Derecho penal en este ámbito se focaliza en la acreditación de una organización defectuosa en la propia estructura empresarial, ya sea por falta de control o vigilancia sobre sus procesos de producción o sobre sus empleados, ya sea por una actitud de la empresa indiferente hacia el respeto de la ley en su afán por obtener beneficios económicos a cualquier costo. Una norma penal que sanciona exclusivamente a la persona jurídica por el solo hecho de los delitos cometidos por sus dependientes afecta el principio de culpabilidad por configurar un caso de responsabilidad penal objetiva. La empresa no debería resultar condenada penalmente por la mera producción de un delito en su ámbito de actuación, sino que debe acreditarse que su defecto de organización posibilitó la comisión del mismo. En esta inteligencia se enmarca la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado de España.

Si mediante la implementación de un sistema de responsabilidad penal de las empresas se pretende motivar a las mismas para que eviten la comisión de delitos por parte de sus funcionarios, es igual de importante crear los incentivos adecuados que permitan distinguir entre aquellas empresas que se han organizado de modo diligente de otras que han asumido una posición de indiferencia frente al sistema legal. Así, debería limitarse la responsabilidad penal de la empresa cuando el delito fue consecuencia de un control y supervisión inadecuado por parte de aquella o cuando las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por parte de la entidad. Esto constituye un supuesto de responsabilidad penal culposa por hecho doloso ajeno expresamente previsto por el Legislador.

Al respecto puede verse lo expreso en el ámbito jurídico español por la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015, de 2 de septiembre —Ponente Manuel Marchena Gómez— cuando mencionó que ya se opte al amparo del art. 31

(24) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, "¿Qué significa la responsabilidad penal de las personas jurídicas?", *Normas y acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2003, p. 69 y ss.

(25) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, Corcoy Bidasolo, Mirentxy y Baldo Lavilla, Francisco (coord.) *Casos de la Jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General adaptado al CP 1995*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 200, quienes han desarrollado la idea de posición de garante con fundamento en esta obligación de actuar como barrera de contención de riesgos.

bis del CP por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal. En esta misma línea se ha señalado que a las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas. En efecto, que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos (26).

Ciertamente, el Derecho penal positivo conoce múltiples supuestos de responsabilidad propia con relación a la acción de otros a través de instituciones dogmáticas como la comisión por omisión o la participación delictiva omisiva. El sistema legal argentino no es ajeno a este tipo de casos. Los fundamentos de imputación de responsabilidad penal del *criminal compliance* y por ende su eficiencia como nexo de imputación de responsabilidad penal propia de la empresa, pueden encontrar allí su razón de ser. Sobre este punto, en el ámbito del Derecho penal de bienes jurídicos individuales, es interesante tener presente el caso del art. 144 quinto del código penal argentino que regula de modo expreso un supuesto de participación culposo en hecho doloso ajeno que puede ser reconducido como un antecedente normativo del de responsabilidad penal del propio *criminal compliance* que a la vez legitime la sanción penal para la entidad (27).

Todas estas consideraciones son plenamente aplicables para supuestos donde la responsabilidad del ente se delega en el sistema administrativo sancionador, como podría ser el caso de Italia, hasta donde alcanzo a comprender. Ello por dos motivos fundamentales: a) el sistema administrativo sancionador —en su perspectiva material— limita de modo muy cercano y difuso con el Derecho penal empresario, con lo cual, todas las garantías de fondo y procesales de éste último deben trasladarse al primero a partir de una cada vez mayor uniformidad de criterios y principios del Derecho Público; b) que le legislador denomine una sanción de modo penal u administrativo no implica poder modificar su esencia y naturaleza.

Como ejemplo de una tendencia a reconocer el carácter penal de las sanciones que se imponen a las empresas por la comisión de delitos en el ámbito de su actuación, puede referirse que la discusión sobre el carácter penal de la responsabilidad de las empresas se está despejando en España. En este sentido, se ha afirmado por Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo —Ponente Manuel Marchena Gómez—, que las sanciones contempladas para las personas jurídicas en el Código Penal español son de naturaleza penal y toda tendencia a enmarcarla en otro ámbito extra penal configura un criticable fraude de etiquetas.

Asimismo, en dicha Decisión se ha señalado que el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el Código penal español, pero además deberá acreditarse que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención de delitos exigibles a toda persona jurídica, a partir de la reforma de 2015. La empresa sólo responde penalmente cuando se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso.

(26) Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, "Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2016, p. 26, disponible el 13-VI-2016 en http://www.indret.com/pdf/1218.pdf.

(27) El art. 144 quinto del Código penal argentino establece la responsabilidad por el delito torturas al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

En esta concepción, que hemos postulado en trabajos anteriores que respeta un modelo de Derecho penal de acto (cfr. art. 18 de la Constitución Nacional Argentina), impide que la persona jurídica sea responsable únicamente por los delitos cometidos por sus directivos y consolida, por el contrario, un esquema de imputación por hecho propio. Es decir, no bastará que la acusación tenga por acreditado un injusto dentro de la entidad empresaria, sino que su indagación contra la persona jurídica en cuyo ámbito se cometió el delito, profundice sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa. La necesidad de adaptar el esquema de imputación de responsabilidad penal para las empresas es una tarea irrenunciable y constituye un desafío ineludible para asegurar una correcta imputación que respete los principios penales y las garantías, tanto de fondo como procesales.

IV. El *criminal compliance* como herramienta dogmática de imputación corporativa

La figura del *compliance* —oficial de cumplimiento— obedece a una corriente propia del derecho norteamericano. En general se opera con la idea de que se trata de la prevención de responsabilidad de las empresas, de sus órganos y de sus administradores y minimizar los riesgos de tales responsabilidades. Es decir, la institución del *compliance* surge de la necesidad de controlar los riesgos generados por las actividades empresariales (28).

En cierta medida, puede afirmarse que la cultura del *compliance* se enmarca en la tradición de aquella variante de la prevención general positiva que hunde sus raíces en la doctrina de Welzel sobre el fomento de los valores ético-sociales de la acción como vía de protección indirecta de los bienes jurídicos (29). En este contexto, los programas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. Más concretamente, se ha afirmado que la mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad o culpabilidad (30). Desde esta perspectiva puede sostenerse que la responsabilidad penal de las empresas es un incentivo por asegurar la expectativa social de vigencia de las normas dirigidas a las corporaciones.

Ahora bien, en el ámbito de la criminalidad empresaria resulta frecuente que, por factores propios de la criminología de grupo, sean muy pocos aquellos ejecutores dispuestos a denunciar a los jefes que ordenaron la conducta ilegal (31). En cierto punto, puede afirmarse que la instalación de un sistema de cumplimiento de la ley dentro de la entidad viene a desestabilizar uno de los puntos neurálgicos de esta rama de la criminalidad moderna en su perspectiva criminológica, pues busca romper la solidaridad que suele darse en la actitud criminal del grupo.

Así, la figura del *compliance* se vincula de modo muy estrecho con la responsabilidad penal de las empresas. Una correcta organización interna con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos puede exonerar de la sanción o servir para una fuerte reducción de la pena que le correspondería a la corporación (32). No todo delito cometido en el marco de actuación de una persona jurídica generará por esa mera circunstancia, responsabilidad penal del ente. Se requiere algo más: que la infracción se vincule con el incumplimiento de deberes de control y vigilancia. Constatada la realización del hecho

(28) Cfr. García Cavero, Percy, *Criminal compliance*, Universidad de Piura, Palestra, Lima, 2014, p. 13.

(29) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer SL y Bdef, Madrid, 2013, p. 193.

(30) Cfr. Nieto Martín, Adán, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en Khulen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), Compliance *y teoría del Derecho penal,* Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, ps. 21-21.

(31) Cfr. Blanco, Hernán, *Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de un deber*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 54.

(32) Cfr. Nieto Martín, Adán, "Problemas fundamentales..., ps. 21-26.

delictivo, lo que ha de demostrase en el proceso penal como parte de la imputación es que la persona jurídica de manera continuada no había adoptado medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido (33).

IV.1. Los programas de cumplimiento como estándares normativos privados de imputación de responsabilidad penal

La autorregulación empresarial adquiere particular relevancia tanto con relación al cumplimiento de los deberes de control sobre las personas físicas como en la atribución de responsabilidad propia a la empresa para lo cual deberá considerarse si ésta ha establecido los debidos sistemas de prevención de delitos mediante aquellos programas (34). Desde una perspectiva político criminal se trata de establecer los incentivos adecuados para que las empresas se organicen de forma tal de evitar ser instrumentos del delito, a la vez que se les permita eximirse de responsabilidad si pueden aportar evidencia suficiente de que han cumplido con sus deberes de diligencia (35). De hecho, en España se prevé en el art. 31 apart. 5º los requisitos que debe cumplir el programa de cumplimiento para eximir de responsabilidad penal a la empresa.

Un programa de cumplimiento no es solo un conjunto de medidas tomadas por la empresa para la prevención de la comisión de delitos en su interior, sino que también funciona como un esquema de detección y reacción frente a la comisión de aquellos. De allí que las actividades proactivas de la empresa frente a la alerta de comisión de un comportamiento delictivo en su esfera de competencia puede configurar un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal del ente, tal como se aprecia mediante la reforma española operada por la LO 1/2015 (36).

Ahora bien, el punto central será determinar en qué medida la existencia de dichos programas de cumplimiento de la Ley incidirán en los casos concretos como eximentes o, por el contrario, permitirán configurar el juicio de imputación de responsabilidad penal de la empresa.

En lo concerniente a la posibilidad que los programas de cumplimiento operen como verdaderos eximentes de responsabilidad penal para la empresa, es interesante señalar que entre los argumentos que suelen utilizarse para criticar la rigidez del sistema vicarial de atribución de responsabilidad penal, suele sostenerse que este modelo no permite exonerar a la corporación cuando el integrante de la empresa que llevó a cabo la conducta delictiva actuó pasando por encima, o sin considerar, los esfuerzos de la empresa en prevenir los daños ocasionados (37).

Suele sostenerse que la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión (38). Ahora bien, el análisis del criterio normativo de adecuado sistema de control no debe ser un juicio abstracto, sino que el mismo debe ser analizado con relación concreta al riesgo que se acreditó en el delito específico cometido a través de la empresa que está siendo sometida a investigación judicial. Es decir, se debe evitar que la mera existencia de un programa de cumplimiento actúe como pantalla para blindar la responsabilidad penal de la empresa.

La gran discusión es si la persona jurídica quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión, tal como lo establece la Fiscalía de Estado en España. En este esquema de ex-

(33) Cfr. Nieto Martín, Adán, "Problemas fundamentales...", *op. cit.*, ps. 21-39.

(34) Cfr. Bermejo, Mateo G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico - económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 336.

(35) *Ibidem*.

(36) Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, "Réplica a...", *op. cit.*

(37) Cfr. Laufer, W. S. y Studler, A., "Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria", en Gómez Jara, C. (trad.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, ed. C. Gómez Jara, Pamplona, 2006, p. 212.

(38) Cfr. circular de la Fiscalía General del Estado de España, 1/2016, 56, disponible el 14-VI-2016 en *https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041*.

cusa absolutoria, la carga de la prueba incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales (39).Para fundamentar dogmáticamente tal posición, lo cierto es que aunque la empresa no cuente con capacidad de acción en términos ontológicos, sí tiene capacidad de auto organización, y por ende, se encuentra en condiciones de respetar las normas penales o, por el contrario, cuestionar su vigencia y correr el riesgo de su re-estabilización a través de la imposición de una pena.

Resulta interesante señalar que los programas o sistemas de cumplimiento de deberes jurídicos dentro de la empresa para evitar la comisión de delitos viene a reproducir el rol de ciudadano fiel al Derecho que encuentra en el funcionalismo penal un presupuesto básico para la imposición de una pena como respuesta contra fáctica frente a la defraudación de expectativas sociales que genera la producción de un injusto empresarial. Desde una perspectiva de análisis económico del delito se trata de crear incentivos desde el Estado para que la empresa adecúe su actuación a la Ley, es decir, que se comporte como una buen ciudadano corporativo que evite y prevenga la comisión de delitos en su seno.

Con relación al cumplimiento del mandato de determinación de la ley penal, es interesante señalar que la autorregulación empresaria es una fuente fundamental de normas de cuidado que vienen a concretar los niveles de diligencia exigibles dentro de la empresa. Con ello, se ha sostenido que se recorta el margen de discrecionalidad judicial dentro de la imprudencia, acomodando el delito imprudente al principio de determinación (40).

Desde esta perspectiva de análisis se viene a integrar la legalidad penal de modo privado, ya que el programa de cumplimiento es elaborado por la propia corporación empresaria. A los fines de evitarse esta suerte de privatización del ámbito de determinación de la legalidad penal, los programas de cumplimiento deberían estar aprobados y ser monitoreados por la autoridad estatal competente en el ámbito concreto de riesgo que se trate. En este orden de ideas, por ejemplo, en el ámbito de la actividad aseguradora, la Superintendencia de Seguros de la Nación luego de definir el marco general que deberían contar los programas de cumplimiento de las empresas del sector, debería auditarlos y legitimarlos para que cumplan con su función de integración de la legalidad penal.

Si el esquema que rige la imputación de responsabilidad penal corporativa tiene su fundamento prioritario en la obligación de organizar un riesgo de modo diligente, la propia organización interna de la corporación será un indicador objetivo de su posicionamiento frente al riesgo penal. En este sentido, se ha sostenido que lo primero que debe considerarse penalmente es que esa división y delegación de funciones en sí misma no genere riesgos jurídicamente desaprobados. Con otras palabras, antes de imputar responsabilidades dentro de la estructura es bueno evaluar si la propia división de funciones en una empresa no constituye, en concreto, un riesgo mayor que el aceptable (41). Así, la falta total de un programa de cumplimiento de la ley para enfrentar los riesgos penales que la propia actividad puede generar constituye un indicio de pasividad frente al delito que puede comprometer la responsabilidad penal del ente como de sus Directivos.

Estas consideraciones también inciden en el plano de la imputación objetiva del comportamiento dentro de la empresa con especial referencia al principio de confianza. En efecto, sin programa de actuación empresarial para prevenir la comisión de injustos dentro de la entidad, ningún interviniente podrá ampararse en aquel principio. A tal punto llega tal perspectiva de análisis que con relación a los deberes de vigilancia en estructuras verticales se ha postulado que una vez implantado un programa de cumplimiento razonablemente eficaz *ex ante*, el principio de desconfianza que rige tales relaciones se ve sustituido por el principio de confianza (42).

(39) *Ibidem.*

(40) Cfr. Bermejo, Mateo G., *Prevención..., op. cit.*, p. 343.

(41) Cfr. Blanco, Hernán, *Lavado de activos..., op. cit.,* p. 191.

(42) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en Khulen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo

IV.2. Riesgo penal del compliance *y del Directorio*

Con relación a la responsabilidad penal de los directivos de la corporación y de la propia del *compliance*, es preciso tener claro que si bien es cierto que el administrador de una empresa asume un deber de control y vigilancia sobre el correcto funcionamiento de la actividad, ello no implica que esa posición lo haga responsable por cualquier delito que comentan sus trabajadores (43). De manera más concreta, es preciso constatar situaciones específicas de garantía a partir del ámbito de responsabilidad asumido por el titular de la empresa para poder definir cuando tendrá responsabilidad penal por esa falta de control o vigilancia (44). Es decir, los deberes jurídicos de control del empresario sobre la actividad y sus empleados no son ilimitados.

Es precisamente en este ámbito concreto donde debe analizarse el estándar normativo de imputación de responsabilidad penal del administrador a partir de los aportes que ha brindado la imputación objetiva del comportamiento. A modo de ejemplo, se ha sostenido en España con motivo de la responsabilidad penal del empresario en el ámbito de los derechos de los trabajadores —concretamente con relación a la prevención de riesgos laborales—, que una vez que los empleadores han proporcionado los medios necesarios de prevención, la circunstancia de que finalmente nazca el peligro grave para la vida y el resultado que se quería evitar, sólo les será imputable si por su conducta activa o pasiva vino a hacer ineficaz los medios existentes para prevenirlos (45).

En definitiva, el impacto de los programas de cumplimiento no se limita a definir los límites y alcances de una responsabilidad penal corporativa, sino que también sirven de fundamento para analizar y proceder a determinar responsabilidades penales individuales dentro del Directorio de la entidad. Ello sin dejar de mencionar el espacio específico que implica asumir la determinación del riesgo penal que a título individual asume el oficial de cumplimiento ante la comisión específica de determinados delitos (46). Es en este ámbito de delegación de funciones de contralor donde la figura del *compliance* penal o *criminal compliance* cumple una función esencial en la evitación de riesgos de responsabilidad penal, tanto de la empresa como de sus directivos. Más concretamente, y de modo especial con relación al deber de vigilancia en la empresa, este nuevo sujeto del Derecho penal empresario debe analizarse desde la perspectiva de adopción de todas las medidas penales necesarias dirigidas a la evitación de los hechos delictivos cometidos por los propios empleados (47).

También es importante señalar que el empresario puede delegar en un subordinado el control sobre la actividad y sus trabajadores para la prevención de comisión de delitos por parte de ellos. Sin embargo, no cualquier delegación es eficaz, sino sólo aquella que cumpla con los siguientes requisitos para evitar que se configure un supuesto de delegación defectuosa: a) debe recaer sobre una persona que cumpla con los requisitos de idoneidad para el cargo; b) debe contar con autonomía para poder desarrollar su tarea; c) debe ser generalmente instrumentada por vías formales. Sin cumplir estos requisitos, la responsabilidad recae sobre el Directivo de empresa quien no podrá descargar en el delegado su deber originario (48).

La imputación penal del oficial de cumplimiento debe ser analizada en el marco de la imputación objetiva del comportamiento para evitar una flexibilización de los criterios de imputación. Estos criterios si bien se pueden adaptar a la realidad concreta, no pueden desatender los principios generales de imputación cuando nos encontramos frente a tipos penales previstos con pena privativa de la libertad que inte-

(eds.), Compliance *y teoría del Derecho penal,* Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, ps. 79-102.

(43) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.,* p. 111.

(44) *Ibidem...*, p. 110.

(45) Cfr. SAP-Barcelona, Sección 5ª, 30-VI-2008.

(46) Cfr. Bermejo, Mateo G., *Prevención...*, *op. cit.,* p. 338.

(47) Cfr. Bock, Dennis, "*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa", en Khulen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Órtiz de Urbina Gimeno, Ínigo (eds.), Compliance *y teoría del Derecho Penal,* Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, ps. 107-107.

(48) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 104.

gran el Derecho penal de primera velocidad. El principio de confianza, como todo principio general, presenta ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Entre ellas, se ha sostenido que no hay lugar para la confianza si la misión de unos de los intervinientes en la totalidad del suceso consiste en compensar los fallos que eventualmente otro cometa (49).

En el ámbito penal del *compliance officer*, precisamente su misión es evitar la materialización de riesgos prohibidos en razón de la función de tutela de las normativas legales vigentes para evitar la comisión de delitos que ha asumido. Con otras palabras, de alguna manera viene a cortar la cadena del principio de confianza como criterio que puede dar lugar a eximentes de responsabilidad penal dentro de la actuación empresarial. Es decir, pareciera ser que el principio de confianza no abarca al *compliance* y se renueva luego de su intervención (con mayor fuerza) para los intervinientes que actúan con posterioridad.

Es indiscutible que el oficial de cumplimiento tiene una especial obligación de vigilancia sobre el programa empresario de cumplimiento de la Ley para gestionarlo y corregirlo ante la presencia de indicios objetivos de su funcionamiento incorrecto. Asimismo, también resulta claro que tiene el deber de transmitir a sus superiores la información obtenida sobre conductas incorrectas o sobre un estado defectuoso de cosas peligrosas. Sin embargo, un punto clave es establecer si aquel incumplimiento de dichos deberes específicos le genera al *compliance officer* un riesgo concreto personal de responsabilidad penal.

Al respecto se ha postulado que la infracción de los deberes que le incumben al oficial de cumplimiento no genera necesariamente su responsabilidad penal individual por un determinado hecho delictivo cometido desde la corporación empresaria. Debe existir la comisión de un delito doloso cometido por un interno y que el *compliance* haya obrado, también, dolosamente (50). Ahora bien, la cuestión es diversa si se trata de un delito culposo cometido desde el seno de la empresa por un funcionario de aquella y el oficial de cumplimiento también actuó culposamente.

Por otra parte, ya en el plano institucional de la persona jurídica, en España por ejemplo, la omisión imprudente de vigilancia por parte del *compliance officer* podría generar responsabilidad penal para la empresa siempre que se trata de un supuesto típico con capacidad de generar responsabilidad penal para el ente (51). Las diversas iniciativas legales de la Argentina y de Chile van en esa dirección (52).

Uno de los puntos claves del oficial de cumplimiento en materia penal es que el Directivo que ha delegado en él la supervisión y control conserva un deber de vigilancia sobre el oficial de cumplimiento. Desde esta perspectiva, deberían limitarse bien, ya sea normativamente o en los mismos procedimientos corporativos, las responsabilidades claras y específicas del *compliance penal* a los fines de poder también limitar la responsabilidad del Directivo en el control del propio oficial de cumplimiento, ya que de lo contrario, incursionaremos siempre en una responsabilidad penal de la responsabilidad penal que no debería ser susceptible de concreción.

En otro orden de ideas, distinta es la recepción que hasta el momento tiene la figura del *compliance* sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que en la Argentina solo se encuentra regulado como un modo de graduación de la pena en el marco de un sistema vicarial. Desde mi perspectiva, el oficial de cumplimiento debería ser un nexo que permita fundamentar la imputación de responsabilidad penal para la empresa por un hecho propio. Es decir, la figura del *compliance* y todo lo que ello implica, no puede ser neutra tanto para los fi-

(49) Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico*, Parte General, 2ª ed., Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, t. I, p. 372.

(50) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 200.

(51) *Ibidem.*

(52) En la Argentina puede consultarse a modo de antecedente la media sanción que obtuvo en la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto de ley sobre la responsabilidad penal de las empresas, disponible el 14-VIII-2017 en *http://www.estudiojmre.com.ar/p_articulos_detalle.php?id=171.*

nes de responsabilidad penal individual, como para los fines de responsabilidad penal corporativa. Es decir, dejar de ser un mero indicador de graduación de la sanción corporativa, para constituirse en un factor determinante de la imputación de responsabilidad penal o su liberación (53). La existencia de un programa de cumplimiento eficaz *ex ante*, no sólo tiene efectos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que también permite neutralizar imputaciones de imprudencia dirigidas contra los directivos de la empresa (54).

Es indiscutible que el oficial de cumplimiento tiene una especial obligación de vigilancia sobre el programa empresario de cumplimiento de la Ley para gestionarlo y corregirlo ante la presencia de indicios objetivos de su funcionamiento incorrecto. Asimismo, también resulta claro que tiene el deber de transmitir a sus superiores la información obtenida sobre conductas incorrectas o sobre un estado defectuoso de cosas peligrosas. Sin embargo, un punto clave es establecer si aquel incumplimiento de dichos deberes específicos le genera al *compliance officer* un riesgo personal de responsabilidad penal.

Al respecto se ha postulado que la infracción de los deberes que le incumben al oficial de cumplimiento no genera necesariamente su responsabilidad penal individual por un determinado hecho delictivo cometido desde la corporación empresaria. Debe existir la comisión de un delito doloso cometido por un interno y que el *compliance* haya obrado, también, dolosamente (55). Ahora bien, la cuestión es diversa si se trata de un delito culposo cometido desde el seno de la empresa por un funcionario de aquella y el oficial de cumplimiento también actuó culposamente, o incluso, si el ordenamiento positivo regula en determinado supuesto de hecho un tipo penal específico de participación culposa en hecho doloso ajeno.

Por otra parte, ya en el plano institucional de la persona jurídica, en España por ejemplo, la omisión imprudente de vigilancia por parte del *compliance officer* podría generar responsabilidad penal para la empresa siempre que se trata de un supuesto típico con capacidad de generar responsabilidad penal para la empresa (56).

Como se ha esbozado hasta aquí, nos encontramos ante un nuevo sujeto de Derecho penal corporativo cuyos límites y alcances aún recién se están debatiendo e implementando. Lo cierto es que el Derecho penal ha echado mano al concepto de *compliance* para avanzar sobre sus aristas penales en tres dimensiones de aportes posibles bien definidos: a) factor de imputación de responsabilidad penal corporativa; b) imputación de responsabilidad penal individual para el Directorio; c) la propia responsabilidad penal individual de oficial de cumplimiento. Como todo estándar normativo de imputación, el *compliance* también tiene una función de garantía en la medida en que, al no darse los requisitos de imputación de responsabilidad penal en el caso, actúa como un bloqueo de la legalidad penal y conforma un caso de esfera de libertad corporativa. Con otras palabras, un ámbito de riesgo permitido.

(53) Para mayores detalles sobre el particular puede consultarse Rodríguez Estévez, Juan María, *Imputación de...*, *op. cit.*, p. 115.

(54) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 196.

(55) *Ibidem*, p. 200.

(56) Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 200.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana

POR **GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN** (*)

I. Introducción

Con fecha 1 de diciembre del año 2017 se publicó en el B.O. la ley 27.401 sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica por Hechos de Corrupción, cuya vigencia quedó diferida para el 1 de marzo del corriente año.

La sanción de esta norma implicó un claro mensaje a la sociedad, mediante el cual se reconoce la necesidad de que las empresas contribuyan en la prevención de los actos de corrupción y que colaboren con la justicia en la clarificación de los hechos, la individualización de los responsables y el recupero de los activos.

Para ello, la ley le atribuye responsabilidad penal a las sociedades fundada en el deber de debida diligencia empresarial inherente a toda actividad comercial que se emprende y la extiende también a conductas de terceros ajenos a su estructura. Es decir, la nueva ley no sólo las considera responsables por las conductas de sus directivos y sus empleados, sino también por la de cualquier tercero que implique un beneficio indebido para ellas.

En relación a esto último, cabe recordar que en el año 2014, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) señalaba que el 75 % de los casos de pagos de sobornos detectados habían sido realizados a través de intermediarios (1).

De tal manera, sin pretender agotar todos los enfoques del tema por resultar pasible de un desarrollo mucho más complejo, se intentará a través del presente trabajo analizar justamente esa extensión de responsabilidad por hechos de terceros tomando el caso de posibles pagos realizados por empresas a través de su despachante de aduana, siendo ese supuesto uno de los casos mencionados como más recurrentes ese mismo informe de la OCDE (2).

II. Sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica prevista por la ley: responsabilidad objetiva atenuada o mixta

Tal como se destacó en el punto anterior, la nueva ley le atribuye responsabilidad penal al

(*) Socio del Estudio Durrieu Abogados. Abogado, Especialista en Derecho Penal por la Universidad Austral. Profesor de la materia "Delitos Aduaneros" en el Departamento de Posgrado de la Universidad Nacional de La Plata y profesor invitado en el posgrado de Derecho Aduanero de la Universidad de Buenos Aires.

(1) OCDE (2015), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD Publishing. *http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es*.

(2) En tal sentido, se señala que "*con mayor frecuencia, los sobornos fueron prometidos, ofrecidos o entregados a empleadas de empresas públicas ... seguido a funcionarios aduaneros (11%) ... en la mayoría de los casos, los sobornos se pagaron para ... liberación de trámites aduaneros (12%)*" (Informe de la OCDE, ob. cit., p. 8).

ente ideal por hechos de corrupción y para hacerlo, tenía que adoptar alguno de los diferentes modelos de responsabilidad que suelen darse en el derecho comparado (3).

Así, se puede distinguir entre los siguientes:

i) La responsabilidad vicariante, propia del derecho anglosajón, mediante el cual se trasfiere al ente ideal las conductas realizadas por algún agente que haya obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de beneficiarla. Se considera que se trata de responsabilidad objetiva.

ii) La responsabilidad en base a la culpabilidad de la empresa, en donde la imputación tiene en cuenta la propia conducta del ente ideal vinculada con sus programas internos de integridad y que se la suele mencionar como defecto de organización.

iii) Modelo mixto de imputación en los que se combinan elementos de las dos posiciones anteriores.

Tal como señalaremos a continuación, la lectura de los diversos artículos de la ley 24.701 referidos al tema, parecen indicarnos la elección del legislador por un modelo de atribución que se puede clasificar como de responsabilidad objetiva atenuada o mixta.

En tal sentido, si bien se adopta inicialmente el modelo similar de responsabilidad objetiva seguido para los delitos que la admiten expresamente en nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, art. 304 del CP (4) o art. 13 del nuevo Régimen Penal Tributario de la ley 27.430 (5), su texto contiene algunas variantes que permiten plantear interpretaciones diferentes.

Veamos cómo es esto.

1.- En el art. 2º de la ley se establece que:

> "Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.
>
> También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.
>
> La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella".

En el párrafo inicial, se establece un criterio de atribución de responsabilidad para el ente ideal por conductas que ocurren dentro de su propia competencia.

Así, se menciona que serán responsables por los delitos *realizados, directa o indirectamente* (6)*, con su intervención o en su nombre,*

(3) Durrieu, Nicolás y Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica por Hechos de Corrupción", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 77, nro. 2, diciembre de 2017, p. 41.

(4) Art. 304 del Cód. Penal: "*Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: (...) Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica*".

(5) Art. 13 del nuevo Régimen Penal Tributario establecido por la ley 27.410: "*...Cuando los hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: (...) Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica...".*

(6) La determinación del alcance del término "*indirectamente*", seguramente generará varios problemas por su amplitud.

interés o beneficio y por ende, se trata de una imputación por un hecho que surge desde la empresa.

Al respecto, se advierte que el texto separa a través de la conjunción disyuntiva "o" que indicaría diferencia o exclusión, por un lado los casos en los que los delitos se realizaron "con la intervención de la persona jurídica" y por el otro, a los que fueron cometidos "en su nombre, interés o beneficio" (7).

En el primer grupo, con el término "intervención" se pretende abarcar los casos en que ha sido la propia entidad jurídica la que ha obrado y por ende, no hay duda que responde por el hecho propio.

Como lo resalta Yacobucci "Intervenir debe entenderse en términos normativos como 'tomar parte o hacer suyo' el hecho. Se interviene, por cierto de distintas maneras, esto es: por comisión, omisión o comisión por omisión..." (8). Es posible sostener que existe una acción institucional entendida como un producto normativo (9).

En tal sentido, si quien comete el delito es una persona que integra el órgano calificado para representarla, en función de la teoría del órgano, se puede sostener que éste absorbe al representante y el acto es realizado por la persona jurídica a nombre propio. Conforme lo sostiene Silvina Bacigalupo, la acción representativa de un órgano o de una persona con funciones directivas de una entidad podría definirse como una acción propia de la entidad (10).

También dentro de este mismo criterio de atribución del primer párrafo, se incluyen los supuestos en los que la conducta ilícita se realiza en "nombre, interés o beneficio" del ente ideal.

En este caso, si bien se trata también de conductas desarrolladas dentro del ámbito de competencia de la persona jurídica, a diferencia del caso anterior, quien comete el delito tendría una menor jerarquía funcional interna.

Así, cuando la persona jurídica se vale de un dependiente o de un representante que no integra el órgano calificado, es posible sostener que la conducta es realizada por esa persona física pero "en nombre" del ente ideal.

Por su parte, los restantes supuestos del "interés" o "beneficio", también se darían para las conductas cometidas por dependientes de la empresa, pero que no puedan ser consideradas como realizadas en nombre del ente ideal y por ello, el fundamento de la transferencia de la responsabilidad se basa en criterios de utilidad.

2.- En el segundo párrafo del artículo transcripto, se incluye de manera expresa la extensión de responsabilidad por hechos de terceros cometidos en interés o en beneficio del ente ideal. En este caso, a diferencia del anterior, la ley establece que dicha atribución de responsabilidad solo será procedente si la persona jurídica ratifica la gestión, aún de manera tácita, demostrando así que el reproche viene dado por dicha aceptación.

Dentro de este grupo deberán ubicarse los casos de conductas típicas cometidas por "terceros o socios de negocios" (proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios y también despachantes de aduana) y que incluso se mencionan en el inc. c) y e) punto VI del art. 23 de la ley, como elemento de un programa de integridad adecuado.

3.- El último párrafo del artículo analizado limita aún más dicha atribución de responsabilidad objetiva, al establecer una exención de responsabilidad para el supuesto en el cual la persona física que cometió el delito "hubiera actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella".

Este eximente de difícil aplicación, funcionaría para todos los criterios mencionados en los párrafos anteriores y de ocurrir, la persona jurídica se convertiría en víctima y con el derecho de accionar por el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 4º del CP).

---

(7) Ver que el texto difiere de lo establecido en el art. 304 del Cód. Penal que castiga las conductas que "*hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal*".

(8) Yacobucci, Guillermo, "La empresa como sujeto de imputación penal", LL del 27/11/2017.

(9) Baigún, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un modelo teórico)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, junio de 2000.

(10) Bacigalupo, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

4.- Por otra parte, al referirse el art. 6º a la denominada "independencia de las acciones", incluye una nueva pauta de atribución que podría pretender aplicarse como un límite más a todos los criterios que se vienen comentando.

Allí se señala que la persona jurídica podrá ser condenada aun si no se pudo identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido en el hecho "siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de las persona jurídica".

Esto es, una vez más se exige que el reproche venga dado por una conducta propia del ente ideal, limitándose así la transferencia totalmente objetiva de responsabilidades.

5.- Por último, además de dichas limitaciones expresamente mencionadas por la ley, su art. 9º termina de atenuar la responsabilidad referida, al admitir la exoneración de responsabilidad para el caso que autodenunciara de manera espontánea el hecho de corrupción detectado, fruto de un programa de cumplimiento adecuado, reconociendo así una vez más, al menos indiciariamente, su verdadera intención de respetar de alguna manera el principio de culpabilidad.

III. La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana

Adentrándonos al tema de este trabajo, cabe resaltar que la referencia a la gran cantidad de supuesto de posibles pagos realizados por empresas a través de intermediarios del informe de la OCDE ya referido (11), se ve corroborado por los casos de corrupción publicados por la *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) vinculados con tales prácticas ocurridas en la Argentina —*FCPA Foreign Corrupt Practices Act*— (12) y que precisamente tienen vinculación con operaciones de importación y/o exportación.

Allí, se mencionan procedimientos que terminaron con un acuerdo de no persecución tras el pago de multas millonarias y que en varios casos tienen relación con hechos de pagos indebidos realizados a través de sus despachantes de aduana (ver por ejemplo, los casos de las empresas Biomet, Ralph Lauren Corporation, Ball Corporation y Helmerich & Payne Inc.).

En tal sentido, se menciona en dichos acuerdos que se habría detectado que las empresas pagaban facturas por servicios de sus despachantes de aduana que incluían conceptos como "gastos extraordinarios", "gastos de liberación", "otros", etc. que por sus montos, permitían suponer que se trataba de pagos indebidos que hacían esos despachantes para la liberación o agilización de los trámites aduaneros de las empresas.

La definición del despachante de aduana surge de los arts. 36 y ss. del Cód. Aduanero (13)

(11) Ver nota a pie de p. 2.

(12) *https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml*.

(13) Art. 36 del Cód. Aduanero: *"Son despachantes de aduana las personas de existencia visible que, en las condiciones previstas en este código realizan en nombre de otros ante el servicio aduanero trámites y diligencias relativos a la importación, la exportación y demás operaciones aduaneras. Los despachantes de aduana son auxiliares del comercio y del servicio aduanero"*.

Art. 37 del Cód. Aduanero: *"Las personas de existencia visible sólo podrán gestionar ante las aduanas el despacho y la destinación de mercaderías, con la intervención del despachante de aduana, con la excepción de las funciones que este código prevé para los agentes de transporte aduanero y de aquéllas facultades inherentes a la calidad de capitán de buque, comandante de aeronave o, en general, conductor de los demás medios de transporte. No obstante lo dispuesto en el apartado primero podrá prescindirse de la intervención del despachante de aduana cuando se realizare la gestión ante la Aduana en forma personal por el importador o exportador. Las personas de existencia ideal podrán gestionar el despacho y la destinación de la mercadería, por sí o a través de persona autorizada, en las condiciones y requisitos que fije la reglamentación"*.

Art. 38 del CAd.: *"Los despachantes de aduana deberán acreditar ante el servicio aduanero la representación que invocaren por cualquiera de las formas siguientes: a) poder general para gestionar despachos, en cuyo caso el despachante podrá solicitar del servicio aduanero el registro del instrumento pertinente; b) poder especial para gestionar el despacho de la mercadería de que se tratare; c) endoso en procuración del conocimiento o de otro documento que autorizare a disponer jurídicamente de la mercadería. Los poderes aludidos en los incs. a) y b) podrán suplirse mediante una autorización otorgada ante el servicio aduanero en las condiciones que determinare la Administración Nacional de Aduanas. Salvo limitación expresa en el poder respectivo, el despachante*

y se la puede sintetizar diciendo que son "...las personas que, profesionalmente y mediando habilitación previa del servicio aduanero, gestionan en nombre y por cuenta de sus clientes el despacho de mercaderías ante las aduanas. Realizan actividad de intermediación en sentido amplio entre los interesados en efectuar una o más operaciones aduaneras y el servicio aduanero, lucrando con su profesión" (14).

Ahora bien, de darse nuevamente un caso similar a los analizados en tales acuerdos, ¿podría aplicarse esta nueva ley de responsabilidad penal de la persona jurídica por lo realizado por sus despachantes de aduana?

Al respecto, cabe señalar que el art. 1º de la ley limita su aplicación sólo para los delitos que allí se menciona (15) y por tal motivo, para responder dicha pregunta debe determinarse en primer lugar cual sería el encuadre legal del hecho.

Si partimos de la base de que se trataría de pagos indebidos recibidos por funcionarios aduaneros para la liberación de una operación de importación o exportación, es posible sostener que sería aplicable la modalidad agravada del delito de contrabando que incluye los casos en los que ese delito aduanero se comete mediante la comisión de otro delito o su tentativa y que en el caso sería el cohecho (cfr. arts. 863, 864 y 865 inc. d) del Código Aduanero (16) y art. 258 del Código Penal (17)).

De tal manera, considerando aplicable al caso el delito de contrabando agravado referido, que como vimos, no se encuentra mencionado en el listado del art. 1º de la ley en cuestión, se ten-

queda facultado para efectuar todos los actos conducentes para el cumplimiento de su cometido".

Art. 39 del Cód. Aduanero: "*Los despachantes de aduana que gestionaren ante las aduanas el despacho y la destinación de mercadería, de la que tuvieren su disponibilidad jurídica, sin acreditar su condición de representantes, en alguna de las formas previstas en el apart. 1º del art. 38, serán considerados importadores, quedando sujetos a los requisitos y obligaciones determinadas para ellos*".

(14) Basaldúa, Ricardo X., *Derecho Aduanero —Parte General— Sujetos*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1992, p. 455.

(15) Ley, 27.410 art. 1º: "*Objeto y Alcance: La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el art. 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 bis del Código Penal*".

(16) Art. 863: "Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones.

Art. 864: " Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años el que: a) Importare o exportare mercadería en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o la exportación o de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos; b) Realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o de su exportación; c) Presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales y específicas que regularen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de la mercadería que se importare o se exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere; d) Ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación; e) Simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico.

Art. 865: "Se impondrá prisión de cuatro (4) a diez (10) años en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando: (...) d) Se cometiere mediante violencia física o moral en las personas, fuerza sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa;

(17) Art. 258 del Cód. Penal: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo".

drá que resolver si igualmente puede utilizarse esta nueva norma de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Para ello, intentando superar las objeciones que pueden surgir a partir del principio de reserva y de legalidad (art. 18 y 19 del a CN), se tendría que alegar que el delito medio incluido en la figura de contrabando se trata justamente del delito de cohecho, el cual si se encuentra previsto en la ley y es el que habilita su aplicación al caso.

Distinto sería si los pagos indebidos son considerados solo como supuestos de cohecho menor (art. 259 del Cód. Penal) (18), pues si bien la figura de contrabando analizada sigue siendo la correcta, ese delito medio no se encuentra incorporado a la ley en cuestión.

En caso de no compartirse esta postura y partiendo de la base que la mayoría de la jurisprudencia y doctrina consideran que en materia aduanera existe la responsabilidad penal del ente ideal, igualmente podría pretender aplicarse los criterios de atribución previstos en la ley, siempre que sean a favor del imputado.

Además, si se tiene en cuenta que no existen en la legislación procesal argentina, normas sobre cómo se debe proceder en los casos de imputación penal del ente ideal, parecería que las cuestiones procesales previstas en esta ley serán seguramente adoptadas por la práctica judicial.

De tal manera, aceptando su aplicación al caso hipotético analizado, deberíamos ubicarlo en el marco del párrafo segundo del art. 2º de la ley que establece la extensión de responsabilidad por hechos de terceros cometidos en interés o en beneficio del ente ideal.

Siendo ello así, entendemos que podría admitirse para ese supuesto la existencia de responsabilidad penal de la empresa, por las siguientes razones:

— El despachante de aduana es un tercero;

— El pago indebido habría sido efectuado en beneficio de la empresa por estar vinculado con la liberación de una operación de importación o exportación documentada a su nombre; y

— El pago de las facturas por servicios del despachante de aduana que contienen conceptos sugestivos y por montos superiores a los razonables, permite sostener que la empresa ratificó su gestión, al menos tácitamente.

IV. Conclusión

Por todo lo señalado, tal como habíamos adelantado en un trabajo anterior, consideramos que la nueva ley establece un modelo de responsabilidad objetiva atenuada o mixta, en el que incluso se aportan elementos que le permitirán a la jurisprudencia inclinar aún más la balanza hacía una responsabilidad más subjetiva, evitando cualquier planteo de inconstitucionalidad que se pretenda por afectación al principio de culpabilidad (19).

(18) Art. 259 del Cód. Penal: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año". Podrían incluirse en este supuesto los pagos de facilitación que suelen ser muy comunes en el ámbito aduanero.

(19) Durrieu, Nicolás y Vidal Albarracín, Guillermo, *op. cit.*

Terceras partes: políticas y controles para comprobar su integridad y trayectoria (art. 23, punto VI)

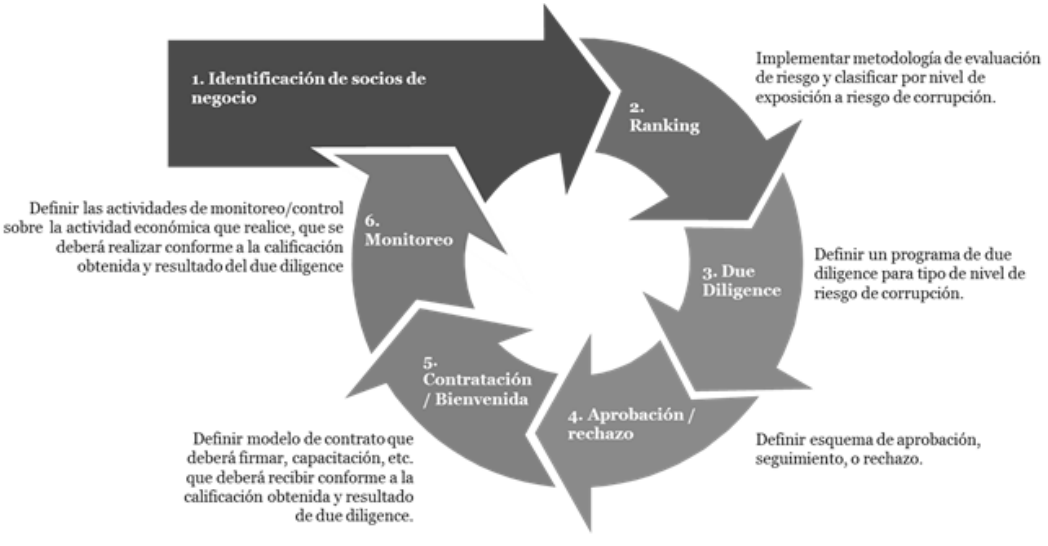
POR **ANDRÉS SARCUNO** (*)

I. Introducción

La mayoría de los procesos, controles y políticas que las organizaciones establecen para el cumplimiento del propósito para lo cual existen, están orientados hacia los propios miembros que las integran y su interacción con el ecosistema en el cual interactúan. Es decir, una organización se crea con cierto objetivo y quienes la fundan definen las conductas esperables de sus empleados para alcanzarlo. Delimitarán de qué manera llevarán a cabo negocios, cuál será el modelo operativo, cuáles serán los principios y valores que usarán de guía para desarrollar sus tareas, cómo administrarán las finanzas, cómo llegarán a los clientes, cuál será la relación comercial con los proveedores, cómo se posicionarán en el mercado, cuál será la dinámica de toma de decisiones, etc. Asimismo, intentarán convencer a los potenciales clientes que son la mejor opción para satisfacer sus necesidades, y exigirán a los proveedores lo que necesitan para justamente convertirse en esa mejor opción. Desde la estrategia a su ejecución, cada empresa deberá velar por asegurarse que cada eslabón cumplirá el rol establecido, disponiendo de diferentes niveles de influencia sobre cada integrante.

Es probable que resulte más sencillo y rápido alinear a sus empleados que a sus proveedores, por el tan simple hecho que con el primero existe una relación jerárquica entre empleador y empleado y, en el segundo, lo que los vincula con un tercero es una relación —*a priori*— entre pares. En este sentido, cuando hablamos de programas de integridad, es de por sí un gran desafío. Es inferior la capacidad de influenciar positivamente a un proveedor, distribuidor, prestador de servicios, agentes o intermediarios que a uno de sus propios empleados. Se tiene la necesidad que no solo los miembros de la organización desarrollen su actividad económica de manera ética y transparente, sino que también actúen de igual manera todos los terceros o socios de negocio con los que la empresa interactúa. Este desafío, es el tema que se abordará en los siguientes párrafos y es uno los pilares fundamentales a la hora de prevenir un hecho de corrupción, como así lo sugiere la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria: un programa de integridad podrá contener procedimientos que comprueben la conducta y trayectoria de terceros o socios de negocios al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.

(*) Contador Público de la Universidad de Buenos Aires. Realizó un *Executive MBA* en la Escuela de Negocios del IAE. *Certified Fraud Examiner* y Certified *Internal Auditor*. Ha finalizado el curso de *Data Scientist* dictado por la Escuela Digital House. Ha desarrollado la mayor parte de su carrera en la división Forensic Services de PwC Argentina, donde se ha especializado en la prevención e investigación de malversación de activos y corrupción para diversas industrias en toda América Latina.

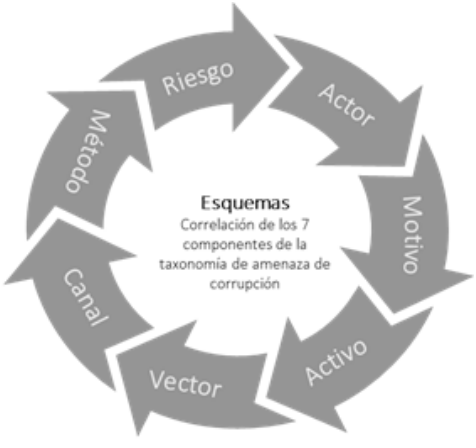


II. Identificación y foco en riesgo

En primer lugar, debemos identificar quiénes son aquellos terceros o socios de negocios que estarán sujetos a ser comprobada su integridad y trayectoria. La ley 27.401 incluye a proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios. En un sentido amplio, serán todos aquellos que formen parte del ecosistema de negocios en el cual la organización desarrolle su actividad. Por lo cual, podemos agregar empresas con las que nos asociemos para hacer pie en otro país, inversores, clientes, gestores, consultores, lobistas, contratistas, etc. La lista la podemos agrandar con distintos ejemplos, lo importante es que la organización los haya mapeado a todos.

Una vez definido el universo sujeto a control, nos encontramos ante una realidad, no todos los socios de negocio son iguales. Cada tercero tiene sus principios y valores, no todos realizan gastos en nombre de la organización, el tipo de actividad que realizan es más intangible en algunos casos y más tangible en otros, la zona geográfica donde se desarrolla cada tercero es diferente, etc. Estos son solo algunos ejemplos que, agregados a la máxima que los recursos que dispone la empresa son limitados, nos demuestran que la estrategia a adoptar es: definir actividades de control sobre el universo de socios de negocio en base al riesgo que representa cada uno de ellos para la organización.

En función de a lo mencionado en el párrafo anterior, el punto de partida será definir los potenciales esquemas de corrupción que podrían ocurrir y, a partir de éstos, los criterios que permitirán clasificar a los terceros por tipo y nivel de riesgo. El gráfico a continuación proporciona una guía para poder llevar adelante la identificación de los esquemas.



Para cada uno de los siete componentes existe una pregunta asociada.

— Actor: *¿Quién?* Una entidad o individuo que es responsable de un acto intencional.

— Motivo: *¿Por qué?* La necesidad del actor de cometer el acto intencional.

— Activo: *¿Qué?* El activo que el perpetrador quiere obtener.

— Vector: *¿Cómo?* Mecanismo, conducta o herramienta que el actor utiliza para cometer el ilícito.

— Canal: *¿Dónde?* Describe el entorno en el cual tuvo lugar el acto intencional.

— Método: *¿Vía?* Precisa el mecanismo a través del cual el activo fue obtenido.

— Riesgo: *¿Tipo?* Tipo de riesgo.

Habiéndose listado los posibles esquemas, se enumerarán diversos criterios que permitan definir la criticidad de cada tercero por tipo de esquema y nivel de riesgo asociado. Típicamente hay ciertas variables que se recopilan, a título ilustrativo, y se enuncian a continuación:

— País y ciudad de constitución.

— Domicilio fiscal, legal y real.

— Actividad económica.

— Tipo de servicio que brinda.

— ¿Persona física o persona jurídica?

— ¿Quién/es son los propietarios?

— Origen y composición del capital accionario.

— Fecha de inscripción en AFIP y otras agencias de recaudación fiscal provinciales.

— ¿Actuará en nombre de la compañía con terceros?

— ¿Realizará gastos en nombre de la compañía?

— ¿Para prestar el servicio tiene que interactuar con funcionarios públicos?

— ¿Tenemos algún indicio que el tercero puede ser de alto riesgo?

— ¿Creará oportunidades de negocio para la organización con un Oficial o Entidad de Gobierno?

Identificados todos los sujetos alcanzados y evaluada inicialmente la criticidad de cada uno de ellos, con la ayuda del ejercicio sobre los posibles esquemas de corrupción que podrían ocurrir, la organización obtendrá una matriz inicial del riesgo que los terceros y socios de negocio no actúen conforme a los principios y valores de ella.

III. Conozco quiénes pueden ser mis socios de negocio más riesgosos: ¿por dónde empezar?

Habiendo hecho un primer ejercicio de evaluación de terceros, lo que sabemos a esta altura es que seguramente serán mucho más exhaustivos los controles sobre aquel con un riesgo alto, que con otro de riesgo bajo. Consecuentemente, la organización tiene que establecer el nivel de profundidad con el cual se analizará a cada uno, y en cuáles circunstancias. En otras palabras, qué actividades de control se diseñarán y ejecutarán al momento de comenzar a trabajar con ese tercero, durante el intercambio comercial, cuando interactúa con otro tercero —por ejemplo una oficina pública—, y al momento del pago. Evidentemente, cada industria, cada organización, cada región y cada tercero o socio de negocio, seguramente tendrá sus

particularidades sobre qué controlar, cómo y cuándo. Sin embargo, sin ánimo de convertirse esto en una guía detallada, se mencionan a continuación algunas actividades habituales.

Podríamos empezar diciendo que el objetivo de control es tener un cierto grado de aseguramiento que el proveedor comparte los mismos valores, principios y que actuará de manera ética y transparente a la hora de brindarnos el servicio para el cual lo contratamos. Para ello, es importante recopilar información sobre quién es, conocerlo. De la misma forma que si uno necesitara realizar un arreglo en su casa, no dejaría entrar a cualquiera para que lo lleve a cabo. Seguramente le interesará saber quién es, y mejor si viene recomendado de alguien conocido por usted. En el caso del programa de integridad, nos estamos refiriendo a una analogía similar. Antes de permitirle al tercero ingresar a nuestro ecosistema de negocios, queremos tener visibilidad sobre qué hace, hace cuánto lo hace, cómo lo hace, con quiénes lo hace, qué dicen de él en el entorno donde se desarrolla, cómo ha sido su conducta, etc. En resumidas palabras, queremos conocer su trayectoria, antecedentes y relaciones. Todo aquél que quiera ser parte deberá responder a una cierta cantidad de preguntas, que lo podríamos denominar cuestionario de conozca a sus socios de negocios, y las respuestas podrían tener carácter de declaración jurada. A modo de ejemplo, se listan algunas preguntas sugeridas que podrían incluirse. Las mismas son meramente orientativas del espíritu del mencionado cuestionario. Vale hacer una aclaración antes de avanza, la cantidad y diversidad de temas a abordar en el cuestionario variará en función del riesgo que hayamos asignado al sujeto que lo responderá.

— ¿Tiene su propio Código de Conducta y / o políticas y procedimientos relacionados con la lucha contra el soborno y el cumplimiento de leyes contra la corrupción?

— ¿Tiene un canal de denuncias?

— ¿Tiene algún familiar o se relaciona con alguna persona que sea empleado o trabaje con/ en una entidad de gobierno?

— ¿Son sus empleados, directivos o dueños actualmente Oficiales de Gobierno o están relacionados con alguna Entidad de Gobierno? ¿Y en el pasado?

— ¿Trabaja, es empleado o está asociado actualmente a algún Oficial o Entidad de Gobierno? ¿Y en el pasado?

— ¿Deberá usted obtener alguna licencia, permiso o aprobación exclusiva de un Oficial o Entidad de Gobierno como parte de los servicios a prestar?

— Describa a su entidad, incluyendo la naturaleza de su negocio y objetivos de la empresa. Proporcionar el contexto para mostrar cómo la compañía se distingue de sus competidores y describir cuál considera que es su nicho.

— ¿Cuáles son los principales servicios prestados y qué porcentaje de la empresa se dedica a cada uno? Si la respuesta a la pregunta anterior es diferente de los servicios que su compañía propone brindar, explique el por qué y describa con qué recursos se dedicará a la contratación propuesta.

— Indique los productos y / o servicios que su entidad representa, comercializa o fabrica.

— Identifique al menos tres empresas con las que la entidad ha tenido una relación de negocios durante los tres últimos años. Proporcionar datos de contacto de las personas dentro de cada empresa que están dispuestas y son capaces de informar sobre la trayectoria de su entidad.

— La entidad, ¿ha sido objeto de sanciones por incumplimiento de regulaciones gubernamentales?

— ¿Algún empleado o funcionario ha sido suspendido o sancionado de alguna manera que le impida trabajar con cualquier oficina del gobierno?

— ¿Se encuentra su entidad, o cualquier miembro de su equipo directivo, bajo investigación por algún hecho de corrupción, lavado activos o defraudación a la administración pública?

— ¿Tiene algún ex empleado del gobierno, que trabaje o haya trabajado en un área que po-

dría afectar la relación comercial y que actualmente realiza tareas de asesoría o consultoría para su entidad?

Una vez completado el cuestionario por el candidato a formar parte del ecosistema de negocios, analizadas las respuestas, y en función al nivel de riesgo inicial que tenía asignado, se procederá en ciertos casos a efectuar una revalidación de la información proporcionada. Esta actividad se la denomina de diferentes maneras: informe de antecedentes, inteligencia corporativa, etc. (en inglés es conocida como *background information check*). El Oficial de Ética y Cumplimiento, el área de investigaciones, o una empresa especializada contratada a tales efectos, procederá a recopilar información sobre el candidato. Existen diferentes niveles de profundidad, desde analizar datos existentes en diversos sitios de información pública, registros públicos, agencias de gobierno, internet, hasta entrevistarse con el propio candidato e individuos vinculados. También los anillos de relaciones a investigar pueden variar: desde analizar únicamente a la organización candidata (en el caso que el candidato sea una persona jurídica) hasta analizar a cada uno de los accionistas y miembros del directorio y las empresas donde participan y sus familiares de primer y segundo grado de consanguinidad.

Teniendo el informe de antecedentes, el Oficial de Ética y Cumplimiento evaluará los resultados de la revalidación y se ajustará el nivel de riesgo del candidato. En esta instancia, puede solicitarse información adicional al tercero, para que éste aclare ciertas dudas o inconsistencias. A partir de aquí, puede suceder que se recomiende aceptar al candidato sin más comentarios, aceptar al candidato pero con un plan de seguimiento o acciones de monitoreo en particular, o no aceptar al candidato. Es importante que el responsable o usuario que solicitó la incorporación del candidato sea involucrado en todo el proceso. Al final del día, él es quien tiene la necesidad de interactuar con terceros para llevar adelante sus tareas y cumplir con los objetivos que le fueron impuestos. La no aceptación de un candidato puede impactar negativamente en la operación, como así también que el responsable del proceso exija la aceptación de un candidato a toda costa, puede dañar la reputación de la organización al igual que también sufrir las sanciones que la propia ley 27.401 tiene preestablecidas. Esta es una de las tensiones más importantes que deberá administrarse, entre el riesgo de tener problemas de continuidad de la operación versus el riesgo de ser actor o cómplice de un hecho de corrupción.

Este proceso de evaluación de cada tercero, es un ejercicio que las organizaciones tienen que realizar con cierta periodicidad. Por supuesto, será realizado al momento de comenzar el vínculo, pero también será necesario revalidarlo luego de transcurrido un tiempo. No hay un plazo sugerido, pueden ser 18 meses, 24 meses, 36 meses o más, estará atado al riesgo asignado.

¿Es suficiente la recolección de información sobre el tercero? En ocasiones no lo es, y ahí es cuando una segundad actividad toma relevancia para controlar su integridad y trayectoria: la auditoría de cumplimiento del tercero o socio de negocio. Esta actividad a veces es responsabilidad del Oficial de Ética y Cumplimiento, de Auditoría Interna, de área de legales, o de un equipo multidisciplinario. La organización espera que aquellos con mayor exposición a riesgo de incumplimiento desarrollen e implementen ciertas políticas y procedimientos para prevenir la corrupción. Para lograrlo, la empresa definirá lo que podemos denominar pilares de ética y cumplimiento que espera sus socios de negocio compartan, y evaluará si efectivamente los cumplen. Inicialmente, la organización ideará un programa que denominaremos de transparencia, y acordará con esos terceros su inclusión, alcance, objetivos y plazos. Transcurrido un cierto tiempo, éste tercero recibirá la visita para evaluar las actividades implementadas y alinear sus prácticas de negocio. Como resultado, existirán oportunidades de mejora que el tercero se comprometerá a resolver y que será objeto de verificación en una visita subsiguiente. El alcance, naturaleza y oportunidad de estas auditorías puede variar, pero entre los procedimientos que podrían llevarse a cabo podemos mencionar:

— Entrevistas con propietarios y principales directivos.

— Análisis de políticas y procedimientos tales como código de ética, política de interacción

con funcionarios públicos, política de rendición de gastos, política de tesorería, etc.

— Relevamiento de regalos, donaciones, contribuciones políticas.

— Análisis de registros contables y/o una muestra de transacciones.

— Análisis del funcionamiento del canal de denuncias.

Cabe aclarar, que esta auditoría de cumplimiento, arriba descripta brevemente, es un proceso que requerirá un acuerdo previo con el tercero, y que suele incluirse dentro de los términos y condiciones de los acuerdos de servicios.

El otro asunto no menor es qué hacer con el universo de terceros con el cual las organizaciones ya vienen trabajando. Más aún, si existiese la necesidad de realizar una auditoría de cumplimiento. Tal vez la organización ni dispone de un contrato firmado con el tercero sujeto a revisión. La Ley está vigente y las empresas tienen que demostrar que tienen un programa de integridad que funciona y que debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica. Por lo tanto, la clave es delinear un plan de acción. El punto de partida es definir formalmente cómo será el proceso de evaluación. Identificar, como dijimos, a todos los terceros con los que la organización interactúa y clasificarlos según la criticidad. Luego, armar un cronograma que contemple el plazo que demandará analizar la integridad y trayectoria. Por supuesto, habrá que comenzar por revisar los terceros más riesgosos. Y, por último, monitorear el cumplimiento de dicho cronograma. ¿Cuál será la extensión sugerida de ese cronograma? Más que hacer lo más rápido posible, hacerlo de la mejor manera posible y respetando lo planificado.

IV. Monitorear la actividad con terceros

La organización conoce quiénes integran su ecosistema de negocios, sabe cuáles son más y menos riesgosos, y tiene identificado quiénes trabajan con ellos. ¿Es suficiente? Es más que sabido que los negocios se desarrollan en un entorno dinámico, complejo y volátil. La respuesta a esa pregunta es negativa. Además, dentro de sus atribuciones, es primordial que el Oficial de Ética y Cumplimiento se involucre en el desarrollo normal y habitual del negocio y acompañe a quienes tienen la responsabilidad de llevar adelante la misión de la empresa. Por lo tanto, establecer un sistema de monitoreo de transacciones de ciertos terceros y socios negocios resulta imprescindible, y tendrá un correlato con los resultados de la evaluación y criticidad de cada uno de ellos. No necesariamente todas las transacciones serán motivo de control, y no siempre el nivel de revisión será el mismo. Sin embargo, para aquellas que así lo requieran, la intervención del Oficial de Ética y Cumplimiento tendrá que considerarse en el proceso de contratación y/o pago de un servicio. Por ejemplo, un proveedor identificado como de riesgo alto, solicita que el pago puntual de una de las facturas que presentó, sea realizado a un beneficiario nuevo, o sea transferido a una nueva cuenta bancaria en otro país. En otro caso, un consultor presenta una factura por honorarios que no guarda relación con el servicio que habitualmente presta, o la naturaleza del trabajo realizado no es clara ni precisa. O lo que típicamente sucede, el representante o agente incluye ciertos gastos que realizó en nombre la compañía ante un organismo público, o subcontrató a una persona para realizar cierta tarea específica. Éstos son solo algunos ejemplos que podrían ameritar una instancia de consulta o control adicional o complementario por parte de quien ejerza el rol de ética y cumplimiento.

Adicionalmente a esta actividad de monitoreo descripta en el párrafo precedente, también pueden incorporarse ciertas revisiones *ad-hoc* sobre una población específica de proveedores y/o transacciones, como parte del programa anual de trabajo en materia control de terceros y socios de negocios.

En conclusión, las organizaciones tienen que definir los requisitos que deberán cumplir quienes deseen formar parte de su ecosistema, con un enfoque basado en el riesgo que alguno de ellos no actúe conforme a los principios y valores esperados, ya sea por *motu proprio* o en connivencia con algún empleado de la propia organización. Para ellos es fundamentar conocerlos, definir el proceso para evaluarlos y monitorearlos y asegurarse que a lo largo de la relación que los vincule, actuarán de manera diligente.

V. La tecnología, un aliado clave

Cualquier actividad de control que se diseñe, no puede idearse sin considerar la tecnología disponible hoy en día para ejecutarla. Por fortuna, existen diversas herramientas tecnológicas que facilitarán este proceso en las organizaciones. Desde la simple solicitud de encuestas en línea para que los terceros y socios de negocio completen, la consulta en línea en diversas fuentes de información (ej.: listado de sanciones internacionales), hasta soluciones informáticas que abarcan todo el proceso, desde la identificación y evaluación, hasta el monitoreo de transacciones sospechosas. También han comenzado a desarrollarse modelos de aprendizaje supervisado y aplicación de inteligencia artificial que permita clasificar a los terceros y sus transacciones. Cada organización evaluará el nivel de inversión y dedicación de recursos para comprobar la integridad y trayectoria de los socios de negocios. Al final del día, la clave es desarrollar un modelo de control que funcione y vaya madurando con el transcurso del tiempo y los cambios de la organización y el entorno donde se desenvuelve.

La importancia de la identificación de los beneficiarios finales en el *compliance*

POR **ANDRÉS KNOBEL** (*)

I. Introducción

Las personas y entidades integrantes del sistema financiero, y especialmente aquellos que se configuran como sujetos obligados a cumplir con las regulaciones anti-lavado de activos, deben llevar a cabo medidas de debida diligencia y conocimiento del cliente para asegurarse de que no están asistiendo, facilitando o siendo parte de actividades relacionadas con el lavado de activos, corrupción, evasión fiscal o financiamiento del terrorismo, entre otros.

Una de las formas de evitar verse involucrado en actividades relacionadas con la criminalidad económica, y por ende, uno de los elementos centrales de estas medidas de debida diligencia, consiste en "conocer al cliente" en sentido no sólo literal, sino exhaustivo. Por ejemplo, ¿el cliente es quien dice ser? ¿Puede justificar el origen de los fondos que utiliza, transfiere y deposita? ¿Ha pagado impuestos por los ingresos que obtiene? ¿Se trata de un funcionario público o persona expuesta políticamente, aumentando el riesgo de que esté implicado en un caso de corrupción? ¿Tiene negocios en sectores donde es común la informalidad y el uso de dinero en efectivo, como restaurantes, espectáculos deportivos o discotecas, aumentando el riesgo de estar lavando dinero proveniente del narcotráfico?

Cuando el cliente es una persona física, responder estas preguntas puede ser un desafío, pero alcanzable al fin. Sin embargo, cuando el cliente es una persona jurídica, esto puede volverse más difícil aún, si no imposible. No sólo porque puede haber poca información sobre la persona jurídica, especialmente si se trata de una constituida en el exterior, sino principalmente porque la persona jurídica puede estar actuando como una pantalla para esconder a una persona física involucrada en actividades ilegales. Aunque la entidad que opera como cliente tenga una apariencia de legitimidad, puede estar siendo utilizada por un funcionario público corrupto, terroristas, lavadores de dinero, personas intentando eludir sanciones impuestas por Estados nacionales o las Naciones Unidas, etc. Por este motivo, uno de los elementos centrales de las medidas de diligencia debida consiste en conocer al cliente "profundamente", y lograr mirar a través de la persona jurídica (*look-through*), para lograr identificar a sus "beneficiarios finales", o sea a los individuos (personas físicas) quienes verdaderamente tienen un control efectivo o se benefician de la persona jurídica que actúa como cliente.

El término habla de beneficiario "final" o a veces llamado "último" (*ultimate beneficial owner*) porque la persona que debe identificarse no (sólo) es el titular directo (*legal owner*) de una entidad (ej. un socio o accionista), sino principalmente el individuo final de la cadena,

(*) Abogado y consultor de Tax Justice Network. Se especializa en registración de beneficiarios finales, regímenes de fideicomisos *offshore* e intercambio automático de información bancaria. Ha sido consultor del Banco Inter-Americano de Desarrollo y del Partido Verde del Parlamento Europeo. Estudió en la Universidad de Buenos Aires (intercambio en Columbia University en Nueva York) y tiene una Maestría en Derecho y Economía de la Universidad Di Tella (intercambio en Humboldt Universität en Berlín).

aquél que verdaderamente controla a la entidad, aunque lo haga indirectamente a través de otras entidades o personas interpuestas.

La obligación de identificar al "beneficiario final" y de llevar a cabo medidas de diligencia debida no sólo se refiere a mitigar los riesgos con respecto a los clientes directos de la empresa, sino también a todas la otras partes que pueden estar relacionadas con el negocio, incluyendo socios comerciales y proveedores. Incluso si la empresa terceriza el servicio de *compliance*, no puede ignorar su responsabilidad última en asegurarse de que no se está favoreciendo o siendo parte de una actividad ilegal de lavado de activos o financiamiento de terrorismo. Esto no se trata solo de una cuestión legal y las posibles consecuencias administrativas, civiles o penales. El mero involucramiento con personas relacionadas a actividades ilegales puede tener un enorme costo reputacional para la empresa, que también debe considerarse.

II. Beneficiario final: concepto, detalles y obstáculos

El Grupo de Acción Financiera (GAFI) que establece las 40 Recomendaciones anti-Lavado de Activos y contra el financiamiento del terrorismo define en su Glosario:

> *Beneficiario final se refiere a la(s) persona(s) natural(es) que finalmente* posee o controla a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica.*
>
> **La referencia a "que finalmente posee o controla" y a "control efectivo final" se refiere a las situaciones en las que la titularidad/control se ejerce mediante una cadena de titularidad o a través de otros medios de control que no son un control directo* (1).

En otras palabras, como se mencionó arriba, el beneficiario final es siempre un individuo y quien verdaderamente controla o se beneficia de una persona jurídica, aún si el control es indirecto (a través de otra persona o de una cadena de entidades).

Por ejemplo, si las sociedades A y B son los socios (dueños) de la sociedad C, los socios, accionistas o titulares directos de las acciones de la sociedad C serán A y B (llamados en inglés los *legal owners*), mientras que el o los beneficiarios finales (*beneficial owners*) de la sociedad C serán las personas naturales que controlan o se benefician de C a través de A y B. Si el señor Juan Pérez es el único socio (accionista) de A y de B, él será a su vez el beneficiario final de la sociedad C. Juan Pérez seguirá siendo el beneficiario final de C, aún si ejerce el control sobre A y B a través de las sociedades D y E. En definitiva, para identificar al beneficiario final siempre hay que solicitar información hasta llegar a una persona natural.

No obstante, el mero hecho de hallar a una persona natural no significa que éste sea un beneficiario final. Siguiendo con el ejemplo anterior, el sujeto obligado pudo haber identificado al señor Pérez como el único socio persona física que era dueño de C, a través de las sociedades A, B, D y E. Sin embargo, el Sr. Pérez podría ser un testaferro o accionista nominal (*nominee shareholder*). Aunque en la Argentina la figura del socio oculto está prohibida, en muchos países —especialmente los de tradición anglosajona del *Common Law*— es muy común que existan accionistas nominales profesionales, cuyo trabajo es simplemente prestar su nombre para que el beneficiario final no necesite ser identificado, por ejemplo, en el registro de socios. Dado que el beneficiario final es quien verdaderamente tiene el control o se beneficia de la entidad, nunca un testaferro o accionista nominal podría ser considerado beneficiario final. En tal caso, el sujeto obligado debería averiguar a quién está representando el Sr. Pérez, e identificar a esa persona como el beneficiario final de la sociedad C.

Siguiendo con los obstáculos, las Guías del GAFI sobre Beneficiarios Finales publicadas en 2014 (2) explican que el control del beneficiario

(1) *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf*; 1/04/2018.

(2) *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf*; 1/04/2018.

final puede ejercerse por otros medios más allá de la propiedad o titularidad de las acciones o participaciones sociales. Por ejemplo, puede haber sociedades con diferentes tipos de acciones, algunas con derechos económicos (ej. a los dividendos) y otras con derecho a voto. El beneficiario final de tal sociedad tal vez conserva pocos derechos económicos o pocas acciones, pero sin embargo puede tener todos o una gran mayoría del poder político dentro de la entidad para poder controlarla (ej. tiene sólo el 10% de las acciones, pero son las única acciones con derecho a voto). Más complicado aún resultaría el caso si el beneficiario final ni siquiera aparece en los registros de la sociedad, sino que éste ejerce su control mediante la influencia o las relaciones familiares sobre alguno de los socios que sí aparecen en el registro de la entidad. Dependerá del sujeto obligado obtener suficiente información de la entidad para determinar, más allá de las personas que aparezcan en los papeles y registros de la entidad, quién tiene verdaderamente el control o se beneficia en última instancia de la entidad.

Otro obstáculo que puede estar combinado con los anteriores, lo constituyen los títulos o acciones al portador. Si una sociedad emitió acciones al portador, el socio o dueño será quién tenga tales acciones en papel en un momento dado. Esto vuelve directamente imposible conocer al socio, o peor aún al beneficiario final, excepto que las acciones al portador estén inmovilizadas con un custodio (de lo contrario, el socio y, ergo, el beneficiario final, podrían cambiar a cada segundo, mientras las acciones al portador pasan de mano en mano). Por eso, las entidades que pueden emitir acciones al portador constituyen uno de los mayores riesgos para identificar al beneficiario final. Aunque las acciones al portador están prohibidas en la Argentina, nada quita que una sociedad argentina tenga en su cadena de titularidad (como dueñas) a sociedades del extranjero constituidas en países donde sí se permiten las acciones al portador.

El último factor que puede perjudicar la identificación del beneficiario final es que una sociedad C tenga una cadena de titularidad muy larga (ej. que C sea propiedad de la sociedad A, que es propiedad de B, que es propiedad de D, etc.). Peor aún, si las diferentes sociedades de la cadena están constituidas en diversos países, incluyendo paraísos fiscales o jurisdicciones donde se permitan los accionistas nominales, las acciones al portador o donde las entidades no tengan que registrarse o inscribir a sus socios o no tengan que actualizar esta información.

En cambio, la situación más sencilla que puede presentarse, es que el socio de la sociedad C sea una persona natural residente en el país, el Sr. López, quien ejerce el control directamente. En tal caso, el Sr. López sería tanto socio/accionista (*legal owner*) de C así como su beneficiario final.

III. Beneficiarios finales según el tipo de vehículo jurídico

Independientemente del concepto de beneficiario final, el GAFI establece los mecanismos que deben seguir los sujetos obligados para identificar al beneficiario final según si el cliente es una persona jurídica o un fideicomiso (denominado por el GAFI como "estructura jurídica").

Para las personas jurídicas, especialmente sociedades de capital, el GAFI establece una prueba en cascada (no opciones alternativas) que deben seguir los sujetos obligados para determinar quién es el beneficiario final:

> *(i.i) La identidad de las personas naturales (de haber alguna —ya que las participaciones en la titularidad pueden ser tan diversas que no haya personas naturales (ya sea actuando individualmente o en conjunto)— que ejerzan el control de la persona jurídica o estructura jurídica mediante la titularidad) que al final son las que tienen una participación mayoritaria en la titularidad* en una persona jurídica; y*
>
> *(i.ii) en la medida en que exista una duda dentro de (i.i) acerca de si la(s) persona(s) con la participación mayoritaria en la titularidad es (son) el (los) beneficiario(s) real(es) o si la persona natural ejerce el control mediante las participaciones en la titularidad, la identidad de las personas naturales (de haber alguna) que ejercen el control de*

la persona jurídica o estructura jurídica a través de otros medios.

(i.iii) Cuando no se identifique a ninguna persona natural bajo (i.i) o (i.ii) anteriores, las instituciones financieras deben identificar y tomar medidas razonables para verificar la identidad de la persona natural relevante que ocupa el puesto de funcionario administrativo superior.

** Una participación mayoritaria en la titularidad depende de la estructura de titularidad de la sociedad mercantil. Se puede basar en un umbral, ej.: toda persona que posea más de cierto porcentaje de la sociedad mercantil (ej.: 25%).*

En otras palabras, primero debe determinarse quién tiene el control por tener una participación mayoritaria del capital de la entidad (el GAFI sugiere que puede usarse un umbral, por ejemplo del 25%. La Argentina, según las resoluciones de la Unidad de Inteligencia Financiera —ver debajo— usa un umbral del 20%. Otros países como Uruguay usan umbrales aun más bajos). Si ninguna persona física tiene directa o indirectamente por lo menos el 20 o 25% del capital (según el umbral que se establezca), entonces debe pasarse a la segunda opción y buscar quién tiene el control por otros medios (ej. por votos, o alguna otra forma de influencia sobre las decisiones de la entidad). Si nuevamente no puede identificarse a nadie, entonces debe registrarse a la persona natural que ocupa el puesto de funcionario administrativo superior (*senior manager*), como por ejemplo el CEO o gerente o presidente de la entidad.

Cabe destacar que algunas ONG (3) relacionadas a la transparencia critican la postura del GAFI por entender que el umbral del 25% (o peor, "más del 25%") es demasiado alto y ergo, muy fácil de eludir, solicitando que se identifique como beneficiario final a cualquier individuo que posea el 5% o 10%, o mejor aún, a cualquiera que tenga por lo menos una acción. Cabe destacar que los sujetos obligados no tienen la obligación de identificar al beneficiario final de las empresas que cotizan en bolsa, siempre y cuando el regulador ya requiere obtener esa información [postura que también es criticada por las mencionadas ONG (4)].

El GAFI establece al respecto:

Cuando el cliente o el propietario de la participación mayoritaria es una sociedad mercantil que cotiza en una bolsa y está sujeta a requisitos sobre la divulgación (ya sea por normas de la bolsa o producto de la ley o medios coercitivos) que imponen requerimientos en cuanto a asegurar una transparencia adecuada del beneficiario final o se trata de una filial de propiedad mayoritaria de una sociedad mercantil como ésta, no es necesario identificar y verificar la identidad de ningún accionista o beneficiario final de dichas sociedades mercantiles (5).

La otra crítica de las ONG (6) es con respecto a identificar al funcionario administrativo superior como beneficiario final, cuando no se puede hallar a ninguna persona física con control, por propiedad u otros medios. En tal caso, proponen que se identifique a los mayores accionistas (aún si ninguno pasa el umbral) o que no se permita establecer relaciones con esa sociedad. Alternativamente, el sujeto obligado debería considerar a tal entidad de alto riesgo (por no haber podido hallar a un beneficiario final) y el funcionario administrativo superior debería ser identificado como tal, y no como beneficiario final, para indicar el riesgo que representa la entidad.

A diferencia de las reglas para personas jurídicas, con respecto a los fideicomisos y estructuras similares, el GAFI establece que debe identificarse a:

(ii.i) Fideicomisos —la identidad del fideicomitente, el(los) fiduciario(s), el protector (de haber alguno), los beneficiarios o clases de beneficiarios—, y cualquier otra persona natural que*

(3) Ver por ejemplo: *https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN2016_BO-EUAMLD-FATF-Part1.pdf*; 1/04/2018.

(4) *https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2017/04/TJN2017_BO-Registry-ChecklistGuidelines-Apr.pdf*; 1/04/2018.

(5) Ídem nota 1.

(6) Ídem nota 3.

ejerza el control eficaz final sobre el fideicomiso (incluyendo mediante una cadena de control/titularidad);

(ii.ii) Otros tipos de estructuras jurídicas —la identidad de las personas en posiciones equivalentes o similares—.

** Para el(los) beneficiario(s) de fideicomisos que son designados por características o por clases, las instituciones financieras deben obtener suficiente información sobre el beneficiario para convencer a la institución financiera de que podrá establecer la identidad del beneficiario en el momento del pago o cuando el beneficiario intente ejercer los derechos con los que está investido* (7).

La mayor diferencia entre personas jurídicas y fideicomisos es que para los últimos no se debe aplicar ninguna regla en cascada ni umbrales. Directamente todas las partes del fideicomiso (fiduciantes, fiduciarios, protectores, beneficiarios, fideicomisarios) y cualquier otra persona con control sobre el fideicomiso debe ser identificada como beneficiario final del fideicomiso.

Es importante notar qué debe hacerse cuando en la cadena de titularidad de una entidad (ej. la sociedad C) hay también fideicomisos, o viceversa. Aunque el GAFI no lo establezca explícitamente, siguiendo la lógica, deberán combinarse las reglas. Si una persona jurídica es parte del fideicomiso (ej. si el fiduciante es una sociedad comercial), deberá identificarse como beneficiario final del fideicomiso a los individuos que controlan a tal sociedad-fiduciante, por ejemplo mediante el 20% de las acciones o por otros medios. También se deberá identificar como beneficiarios finales a los individuos que son o controlan al fiduciario, protector, beneficiario, etc. hasta que todas las partes del fideicomiso hayan sido identificadas). Del mismo modo, si un fideicomiso es el único dueño de una sociedad comercial C, el beneficiario final de la sociedad comercial C serán todas las partes del fideicomiso: el fiduciante, el fiduciario, el protector, los beneficiarios, etc., independientemente del umbral de porcentajes o del control por otros medios que cada uno de ellos ejerza sobre la sociedad comercial.

(7) Ídem nota 1.

IV. Los beneficiarios finales en la opinión pública

Aunque no todos conozcan el significado del término "beneficiario final", el tema ciertamente se volvió central en la opinión pública. Desde la lista Falciani de la cuentas del HSBC (8), las revelaciones como los Panamá Papers (9) y los Paradise Papers (10) no hablan de otra cosa más que del beneficiario final: quiénes son los individuos, ya sea presidentes, primeros ministros, jugadores de fútbol, cantantes, empresarios, etc. que tienen cuentas bancarias en el extranjero, o que están relacionados a sociedades o fideicomisos offshore.

Ya no se trata de una discusión entre expertos de lavado de dinero, técnicos de organismos internacionales y activistas de ONG de transparencia. La discusión, y el costo reputacional, se volvieron una cuestión central de la opinión pública, independientemente de que pueda probarse la violación directa de una ley o que se llegue a una sentencia condenatoria en el ámbito judicial. El mero hecho de que funcionarios públicos y otros individuos recurran a estructuras opacas y complejas de típicos paraísos fiscales – correctamente – genera sospechas en la opinión pública, y lo mismo debería suceder con los agentes encargados de *compliance*.

La necesidad de debida diligencia no se circunscribe a las pequeñas empresas fantasma (s*hell companies*) de paraísos fiscales. Aunque debe hacerse un análisis de riesgo, no debe creerse que éste desaparece sólo por tratarse de organizaciones internacionalmente reconocidas, de empresas listadas en una bolsa de comercio o de empresas que ya sufrieron escándalos y que era de esperar que mejoraran sus mecanismos internos. Así lo demuestran ejemplos como el *FIFA Gate* (11), el Lava-

(8) h*ttps://www.lanacion.com.ar/1766878-cuentas-filtradas-de-suiza-un-argentino-encabeza-la-lista;* 1/04/2018.

(9) *https://www.icij.org/investigations/panama-papers/*; 1/04/2018.

(10) *https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/*; 1/04/2018.

(11) *https://www.nytimes.com/2015/12/03/sports/fifa-scandal-arrests-in-switzerland.html*; 1/04/2018.

jato (12) o las últimas sanciones contra el banco HSBC (13) por su involucramiento en lavado de activos del narcotráfico mexicano o por facilitar la elusión de sanciones impuestas por Estados Unidos contra Irán, respectivamente.

V. Los beneficiarios finales en los organismos internacionales

Lo que empezó como un tema relacionado con el lavado de dinero, se empezó a extender a cada vez más ámbitos y organismos internacionales, generando obligaciones no sólo para los sujetos obligados sino también para los Estados.

Como se mencionó arriba, el GAFI en sus 40 Recomendaciones, según la última reforma de 2012, establece las medidas de debida diligencia que deben llevar a cabo las instituciones financieras y sujetos obligados, incluyendo la identificación del beneficiario final. En 2014 el G20 estableció los Principios de Alto Nivel sobre Beneficiarios Finales (14), comprometiéndose a cumplirlos para servir de ejemplo y en 2016 le pidió al GAFI y al Foro Global dependiente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) propuestas para mejorar la implementación de estándares de transparencia, incluidas las relativas a los beneficiarios finales. En otras palabras, el tema de beneficiarios finales dejó de ser una cuestión exclusiva del lavado de dinero (y del financiamiento del terrorismo), extendiéndose también a la cuestión fiscal, ej. la evasión de impuestos, bajo la órbita del Foro Global. Este organismo evalúa el marco legal de los países en relación al estándar para obtener e intercambiar información fiscalmente relevante —de un modo similar a las evaluaciones mutuas del GAFI—. Desde el 2016, el Foro Global (15) evalúa también a los países con respecto a la disponibilidad de información sobre beneficiarios finales. Con relación a la corrupción, el tema de beneficiarios finales fue uno de los puntos centrales de la Reunión Anticorrupción (16) celebrada en el Reino Unido en 2016, y es uno de los requisitos del estándar de transparencia para el sector de minería e hidrocarburos de la Iniciativa de Transparencia del Sector Extractivo (EITI) (17). La transparencia de beneficiarios finales es también propuesta por la iniciativa de Gobierno Abierto (18) (*Open Government Partnership*).

Con respecto a las obligaciones para instituciones financieras y sujetos obligados, el GAFI (19) ha realizado un análisis de la implementación y supervisión de obligaciones sobre beneficiarios finales, en particular sobre los profesionales intermediarios (abogados, contadores y proveedores de servicios fiduciarios y corporativos) y está realizando un proyecto junto con el Grupo Egmont (grupo que nuclea a las unidades de inteligencia financiera de diferentes países) sobre el uso abusivo de personas jurídicas, fideicomisos e intermediarios. Sobre la base de estos análisis, el GAFI está desarrollando Guías para el análisis basado en riesgo para abogados, contadores y proveedores de servicios fiduciarios y corporativos.

La obligación de obtener información sobre beneficiarios finales también es exigida por el Estándar de Reporte Común (20) (CRS por sus siglas en inglés) para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras, establecido por la OCDE. El CRS, publicado en 2014, exige a las instituciones financieras, ej. bancos, ciertas entidades de inversión y aseguradoras, identificar y reportar información sobre beneficiarios finales (denominados "personas controlantes") en aquellos casos donde el

(12) *https://elpais.com/tag/operacion_lava_jato/a*; 1/04/2018.

(13) *https://www.telegraph.co.uk/business/2017/02/21/hsbc-profits-slump-volatile-year/*; 1/04/2018.

(14) *https://www.ag.gov.au/CrimeAndCorruption/AntiCorruption/Documents/G20High-LevelPrinciplesOnBeneficialOwnershipTransparency.pdf*; 1/04/2018.

(15) *https://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/publications/terms-of-reference.pdf*; 1/04/2018.

(16) *http://ukanticorruptionpledgetracker.org/pledges/beneficial-ownership-of-foreign-companies/*; 1/04/2018.

(17) *https://eiti.org/beneficial-ownership*; 1/4/2018.

(18) *https://www.opengovpartnership.org/theme/beneficial-ownership*; 1/04/2018.

(19) *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF-G20-FM-CBG-March-2018.pdf*; 1/04/2018.

(20) *http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/*; 1/04/2018.

titular de una cuenta financiera sea una entidad (incluyendo un fideicomiso) clasificado como "pasivo". En otras palabras cuando el titular, por ejemplo, de una cuenta bancaria sea una sociedad comercial con ingresos mayoritariamente pasivos (ej. intereses, dividendos o regalías), el banco deberá identificar y reportar a los beneficiarios finales de tal sociedad comercial.

En 2018, luego de una consulta abierta, la OCDE publicó el Modelo de Reglas Obligatorias de Reporte de Esquemas para eludir el CRS y de Estructuras Offshore Opacas (21). Estas reglas obligan a instituciones financieras e intermediarios (ej. abogados, contadores, proveedores de servicios fiduciarios y corporativos) a que informen todos los esquemas desarrollados o promocionados desde 2014 (sí, es retroactivo) que tengan el efecto de eludir el reporte de información según lo establece el CRS. La obligación exige reportar también cualquier tipo de estructura opaca offshore que tenga el efecto de ocultar al beneficiario final de una entidad que deba ser identificado y reportado de acuerdo al CRS.

VI. Los beneficiarios finales en los ámbitos nacionales y regionales

El tema de los beneficiarios finales establece exigencias para los Estados, lo cual tiene un impacto en las obligaciones para los sujetos obligados. El GAFI y el Foro Global dependiente de la OCDE exigen que los países aseguren la disponibilidad de información sobre los beneficiarios finales de personas jurídicas y fideicomisos, y que esta información sea accesible tanto para autoridades locales como para su intercambio con autoridades extranjeras. Aunque los países pueden optar por diferentes formas de asegurar la disponibilidad de esta información (por ejemplo, exigiéndole a los sujetos obligados a que obtengan y conserven esta información), la comunidad internacional ha empezado a establecer registros oficiales de beneficiarios finales.

En 2015 la Unión Europea estableció la 4ta Directiva Anti-Lavado de Activos (22), requiriendo en su art. 30 la inscripción en registros nacionales de los beneficiarios finales de personas jurídicas, y en su art. 31, lo mismo para algunos fideicomisos. Las Directivas de la Unión Europea representan un piso mínimo de transparencia, obligatorio para los Estados miembros de la unión. Sin embargo, los países pueden implementar mayor transparencia aún. El Reino Unido (23), por ejemplo, estableció un registro público, online, gratuito y en formato de datos abiertos para las sociedades comerciales y algunas sociedades de personas constituidas en el país. Dinamarca (24) también estableció un registro público de beneficiarios finales, al igual que otros países de Europa (que ni siquiera estaban obligados por la 4ta Directiva), como Noruega (25) y Ucrania (26).

La mayoría de los países de la Unión Europea aprobó leyes estableciendo registros oficiales de beneficiarios finales en 2017 (los países tenían hasta Junio de ese año para cumplir con la 4ta Directiva). Estos registros no necesitaban ser públicos, aunque sí debían ser accesibles tanto para autoridades locales como para sujetos obligados a cumplir con regulaciones anti-lavado. También se debía otorgar acceso a cualquier persona que pudiera demostrar un interés legítimo.

Sin embargo, a raíz de los escándalos de los Panamá Papers y luego, de los Paradise Papers, la Comisión Europea publicó una propuesta de reforma a la 4ta Directiva, que —de ser apro-

(21) *http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.pdf*; 1/04/2018.

(22) *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2015_141_R_0003&from=ES*; 1/04/2018.

(23) *https://www.gov.uk/government/publications/guidance-to-the-people-with-significant-control-requirements-for-companies-and-limited-liability-partnerships*; 1/04/2018.

(24) *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=96d7e5a3-b02f-47a5-8930-8fb6fadde3ea*; 1/04/2018.

(25) *http://www.internationalinvestment.net/products/others-debate-public-beneficial-ownership-registers-norway-tax-authorities-publish-details-residents-equity-holdings/*; 1/04/2018.

(26) *https://openownership.org/news/ukrainian-beneficial-ownership-data-now-available/*; 1/04/2018.

bada— se constituiría como la 5ta Directiva. En Diciembre de 2017, el Consejo y el Parlamento Europeo (las otras instituciones de la Unión Europea necesarias para aprobar la reforma), acordaron un nuevo texto (27) sobre la base de la propuesta de la Comisión, que seguramente será aprobada en 2018, estableciéndose así la 5ta Directiva Anti-Lavado de Activos. Lo novedoso de la reforma, en relación con los beneficiarios finales, es que establece registros públicos para los beneficiarios finales de personas jurídicas. Con respecto a los fideicomisos, exige la registración de cualquier fideicomiso administrado o con un fiduciario residente en la Unión Europea, o para cualquier fideicomiso con operaciones en la Unión Europea o que adquiera inmuebles allí. La información sobre beneficiarios finales de fideicomisos será restringida a autoridades locales y sujetos obligados, y para cualquiera que demuestre un interés legítimo.

Con respecto a los sujetos obligados, si bien la propuesta de enmienda a la 4ta Directiva (que de ser aprobada se convertiría en la 5ta Directiva) les otorga acceso a los registros de beneficiarios finales de personas jurídicas y fideicomisos, el texto también prohíbe a los sujetos obligados basarse sólo en los registros oficiales como fuente de información sobre los beneficiarios finales de sus clientes (28). Incluso, la Directiva les exigirá a los sujetos obligados, reportar a los registros oficiales en caso de que descubran que la información sobre beneficiarios finales contenida allí no coincide con los datos que ellos obtuvieron al determinar los beneficiarios finales de sus clientes (29).

En América Latina, los países también han empezado a establecer nuevas regulaciones sobre beneficiarios finales. Tanto Costa Rica (30) como Uruguay (31) aprobaron leyes en 2017 para establecer registros oficiales para personas jurídicas y fideicomisos. Aunque la información por ahora no será de acceso público, tanto autoridades locales como sujetos obligados tendrán acceso a esa información.

En Argentina, la res. 7/2015 (32) de la Inspección General de Justicia (IGJ), en su art. 518 establece el requisito de informar anualmente a los beneficiarios finales en los trámites registrales que se hagan ante la IGJ. También la Comisión Nacional de Valores, en su res. 687/2016 (33) exige a las entidades que cotizan en bolsa informar a sus beneficiarios finales.

Con respecto a las entidades financieras y los sujetos obligados, la res. 30-E/2017 (34) de la Unidad de Inteligencia Financiera, establece que el sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo debe incluir la obligación de identificación, conocimiento continuado y conservación de la información sobre los beneficiarios finales de sus operaciones.

VII. Conclusión

El tema de los beneficiarios finales ha cobrado enorme relevancia en el ámbito internacional en relación con el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, la evasión fiscal y la corrupción. Los nuevos organismos y estándares internacionales imponen nuevas medidas de transparencia tanto para los Estados (que deben asegurar la disponibilidad de la información sobre beneficiarios finales) como para los sujetos obligados (que deben poder identificar a los beneficiarios finales de las entidades con las que operan).

(27) *http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/20/money-laundering-and-terrorist-financing-presidency-and-parliament-reach-agreement/*; 1/04/2018.

(28) Según el nuevo párr. 8º del art. 30. Ver detalles: *http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15849-2017-INIT/en/pdf*; 1/04/2018.

(29) Según el nuevo párr. 4º del art. 30 (ver nota anterior).

(30) *http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83186&nValor3=106701&strTipM=TC*; 1/04/2018.

(31) *https://www.impo.com.uy/bases/decretos/166-2017*; 1/04/2018.

(32) *http://www.jus.gob.ar/media/2951604/resolucion_general_07-15_actualizada.pdf*; 1/04/2018.

(33) *http://www.cnv.gob.ar/leyesyreg/CNV/esp/RG-CRGN687-17.htm*; 1/04/2018.

(34) *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/275996/norma.htm*; 1/04/2018.

La disponibilidad de la información sobre beneficiarios finales de personas jurídicas y fideicomisos en registros centrales facilitaría la tarea por parte de los sujetos obligados a llevar a cabo medidas de *compliance*, especialmente si éstos tienen acceso al registro, ya sea especialmente o porque los registros están online y abiertos al público en general. De todas formas, es probable que los sujetos obligados no puedan basarse exclusivamente en la información contenida en los registros oficiales, sino que deban cerciorarse de que determinaron al beneficiario final correctamente.

Para la determinación del beneficiario final es importante considerar los factores de riesgo, como la existencia de una larga cadena de titularidad con entidades constituidas en muchos países diferentes, especialmente si incluyen a paraísos fiscales donde existen las acciones al portador o los accionistas nominales, o donde las entidades no necesitan registrar a sus propietarios ni actualizar esta información; también debe considerarse si la cadena de titularidad incluye a vehículos jurídicos distintos (ej. personas jurídicas y fideicomisos), en cuyo caso debe combinarse las reglas para identificar a todos los beneficiarios finales relevantes.

VIII. Bibliografía

FATF, "FATF Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors", Financial Action Task Force, marzo 2018, disponible en: *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF-G20-FM-CBG-March-2018.pdf*.

FATF, "Transparency and Beneficial Ownership", Financial Action Task Force, octubre 2014, disponible en: *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf*.

Knobel, Andrés, "Regulación sobre beneficiarios finales en América Latina y el Caribe", Banco Inter-Americano de Desarrollo, noviembre de 2017, disponible en: *https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8646/Regulacion-sobre-beneficiarios-finales-en-America-Latina-y-el-Caribe.PDF?sequence=4&isAllowed=y*.

Knobel, Andrés, "Technology and online beneficial ownership registries: easier to create companies and better at preventing financial crimes", Tax Justice Network, junio 2017, disponible en: *https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2017/06/Technology-and-online-beneficial-ownership-registries-June-1-1.pdf*.

Knobel, Andrés - Meinzer, Markus - Harari, Moran, "What should be included in Corporate Registries? A Data Checklist Part 1: Beneficial Ownership Information", Tax Justice Network, abril 2017, disponible en: *https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2017/04/TJN2017_BO-Registry-ChecklistGuidelines-Apr.pdf*.

Knobel, Andrés y Meinzer Markus, "Drilling down to the real owners – Part 1. 'More than 25% of ownership' & 'unidentified' Beneficial Ownership: Amendments Needed in FATF's Recommendations and in EU's AML Directive", Tax Justice Network, mayo 2016, disponible en: *https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN2016_BO-EUAMLD-FATF-Part1.pdf*.

Knobel, Andrés y Meinzer Markus, "Drilling down to the real owners – Part 2. Don't forget the Trust: Amendments Needed in FATF's Recommendations and in EU's AML Directive", Tax Justice Network, junio 2016, disponible en: *https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2016/06/TJN2016_BO-EUAMLD-FATF-Part2-Trusts.pdf*.

OECD, "Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures", OECD, marzo 2018, disponible en: *http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.pdf*.

OECD, "Terms of Reference to Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information on Request for Tax Purposes", Global Forum, 2016, disponible en: *https://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/publications/terms-of-reference.pdf*.

Los procesos de verificación (*due diligence*) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3º y 23, inc. VII de la ley 27.401)

POR **MARIELA INÉS MELHEM** (*)

I. Introducción

En el contexto de la normativa anticorrupción, sea nacional o extranjera, las fusiones y adquisiciones presentan riesgos legales y comerciales. La responsabilidad sucesiva de la persona jurídica resultante o absorbente resulta en responsabilidad penal y/o civil (administrativa) por delitos cometidos por la sociedad a fusionar, escindir o adquirir. Una de las herramientas para detectar y mitigar tales riesgos son los procesos de verificación o auditoría o *due diligence* (1) a través de los cuales el potencial adquirente —preferiblemente previo a concluir la transacción— analiza la información financiera, contable, comercial, fiscal, legal, laboral, etc. relevante de la sociedad a fusionar o adquirir. Los procesos de verificación permiten al potencial adquirente verificar pasivos declarados e identificar riesgos y pasivos contingentes no declarados por el vendedor, detectar y mitigar riesgos legales, hacer una valuación económica y financiera adecuada de la sociedad a fusionar, absorber o adquirir, acordar pagos de indemnizaciones, depósitos en garantía por determinadas contingencias, e inclusive decidir sobre la viabilidad o no de la inversión.

Adicionalmente, los procesos de verificación o auditoría son herramientas frecuentemente utilizados para detectar incumplimientos normativos, por ejemplo, riesgos vinculados a delitos económicos y financieros (corrupción, lavado de activos, defensa de la competencia, tributarios, etc.). Tales procesos se conducen en el marco de operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas como así también como herramienta de los programas de cumplimiento (*compliance*) que las empresas han adoptado como resultado de una obligación de fuente legal, requerimiento de una autoridad gubernamental o bien voluntariamente a fin de mitigar, y bajo algunas jurisdicciones extranjeras para eximirse de, responsabilidad por incumplimientos normativos.

En los últimos años, estos procesos y prácticas se han incrementado significativamente como consecuencia de la sanción de nuevas leyes anticorrupción en América Latina (2) y la intensi-

(*) Miembro de las prácticas de Derecho Comercial, Fusiones y Adquisiciones y de Cumplimiento Normativo y Anticorrupción de Mitrani, Caballero & Ruiz Moreno. Con anterioridad se desempeñó como asociada senior de Bruchou, Fernández Madero, Lombardi & Mitrani (1999-2007), fue asociada del departamento corporativo de BakerBotts, LLP, oficina de Nueva York (1998-1999) y abogada invitada del Departamento de Derecho Comercial Internacional de Vinson & Elkins LLP, Houston (Programa de verano, 1998).

(1) En el plano jurídico la debida diligencia se refiere a la medida de prudencia y cuidado razonable que tanto una persona jurídica como natural debieran tener, y ordinariamente ejercitar bajo circunstancias particulares.

(2) Ley 12.846 y dec. 8420/2013 de la República Federativa de Brasil, ley 20.393 de la República de Chile (2009), Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción de México (2016); ley 1778 de Anti-soborno de Colombia (2016), entre otras.

ficación de la aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*"Foreign Corrupt Practices Act", FCPA*) de los Estados Unidos de América y la Ley Anticorrupción (*"UK Bribery Act")* del Reino Unido.

Los procesos de verificación en materia anticorrupción han sido reconocidos bajo o por la normativa extranjera, las autoridades de aplicación de jurisdicciones maduras, las Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial, etc., como una herramienta de detección, prevención, mitigación e inclusive de exención de responsabilidad en determinados supuestos por ilícitos cometidos en forma previa a la transacción de adquisición o fusión.

En línea con la normativa internacional, las cuales son citadas expresamente en el primer borrador (3) de la ley 27.401 como antecedentes de leyes consolidadas en materia anticorrupción (4), la ley 27.401 contempla en su art. 3º, la responsabilidad penal "sucesiva" de la persona jurídica resultante o absorbente en casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria (5). Por su parte, la ley menciona los procedimientos de verificación en los procesos de transformación societaria y adquisiciones dentro de los elementos que deben contemplar los programas de integridad (inc. VII, art. 23).

A menos de dos meses de la entrada en vigencia de la ley 27.401, ciertamente no existen antecedentes jurisprudenciales que aborden el tema de la responsabilidad sucesiva de la persona jurídica resultante o absorbente ni la eventual responsabilidad del adquirente en determinados supuestos —que veremos más adelante— por las infracciones cometidas por la entidad fusionada o adquirida previo a la adquisición o fusión, ni del alcance o relevancia que las autoridades judiciales le darán a los procesos de verificación.

La ley 27.401 no establece expresamente que los procesos de verificación realizados en el contexto de las transacciones de fusiones y adquisiciones son eximentes de responsabilidad, no obstante, la interpretación de diversas disposiciones de la ley —que analizaremos más adelante— nos lleva a concluir que la implementación de tales procesos como parte del programa de integridad constituyen atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica adquirida y la adquirente resultante o absorbente. En consecuencia, tales procesos deberían ser valorados positivamente por las autoridades al momento de determinar las sanciones aplicables.

Analizaremos brevemente la temática bajo FCPA siendo la normativa extranjera más consolidada en el tema, para luego tratar la temática bajo el derecho argentino.

II. Responsabilidad sucesiva bajo la FCPA

Bajo la normativa de los Estados Unidos de América, la FCPA (6) establece por una parte responsabilidad civil (administrativa) de la sociedad controlante respecto de los actos de sus subsidiarias, sea porque dirigió o bien participó directamente en la conducta inapropiada. Por otra parte, la sociedad controlante podría re-

(3) Presentado por el Poder Ejecutivo Nacional con fecha 20/10/2016 ante el Congreso de la Nación Argentina.

(4) Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE.UU. (1977), Ley Anticorrupción del Reino Unido (2010), ley 12.846 y dec. 8420/2013 de la República Federativa de Brasil (2013), ley 20.393 de la República de Chile (2009), ley orgánica 1/2015 del Reino de España (2015), etc. que establecen como factores mitigantes, y en algunos casos eximentes, de responsabilidad la adopción e implementación de programas de cumplimiento que contengan procedimientos internos para prevenir, detectar, y en su caso, reportar y cooperar en la investigación de conductas corruptas.

(5) Ley 27.401, art. 3º: "Responsabilidad sucesiva. En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente. Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

(6) Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE.UU. Guías denominadas "*Foreign Corrupt Practices Act, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*" emitidas por la División Penal del Departamento de Justicia y la División de Aplicación de la Comisión Nacional de Valores de los EE.UU. (*U.S. Securities and Exchange Commission*).

sultar responsable por la conducta ilícita bajo la interpretación que presume la existencia de una relación de agencia entre ambas, y donde agencia implica "control", lo cual hace presumir que la controlante conoce y dirige las acciones de su subsidiaria.

Al mismo tiempo la FCPA establece la responsabilidad sucesiva por parte de las entidades adquirentes resultantes o absorbentes (domiciliadas en los, o que cotizan en bolsas de los Estados Unidos de América, inclusive los "*American Depository Receipts*"), en las transacciones de fusiones y adquisiciones de empresas por delitos cometidos en el pasado por las empresas fusionadas o absorbidas (7), sean nacionales o extranjeras, cuando éstas estaban sujetas a la FCPA. La responsabilidad sucesiva se extiende tanto a responsabilidad de fuente civil como penal, sin perjuicio de que la responsabilidad sucesiva se evalúa caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias fácticas de cada transacción.

En forma consistente con las Guías de FCPA (2012) emitidas conjuntamente por el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores de los Estados Unidos de América, ambas agencias han reiterado su recomendaciones (8) a las empresas que se involucran en operaciones de fusiones y adquisiciones, entre otras, a fin de que (1) en el marco de los procesos de *due diligence* realicen verificaciones de cumplimiento de la normativa anticorrupción; (2) asegurarse que las sociedades adquiridas implementen el código de conducta y demás políticas anticorrupción del adquirente; (3) se provea tan pronto sea posible capacitación a los directores, funcionarios, y empleados de la sociedad adquirida en materia de normativa anticorrupción y las políticas asociadas del adquirente, y cuando resulte aplicable, dicha capacitación se extienda a agentes y socios comerciales; (4) se lleven a cabo auditorías específicas de cumplimiento de la FCPA post-cierre de la transacción sobre las empresas adquiridas y (5) reporten a las autoridades cualquier pago inapropiado descubierto como parte del proceso de verificación o *due diligence*.

Si bien los factores arriba mencionados no se establecen como eximentes de responsabilidad, ambas agencias gubernamentales han reconocido, que su implementación es valorada positivamente, y en circunstancias particulares, las mismas pueden considerar no iniciar acciones legales. En particular, en lo que refiere a los procesos de *due diligence* realizados con carácter previo a la adquisición o fusión, las autoridades lo consideran como una evidencia del compromiso con el cumplimiento normativo anticorrupción. Detectadas e identificadas las irregularidades, a fin de que se considere una atenuación de la responsabilidad, las autoridades consideran sumamente importante que tales incumplimientos se investiguen y remedien. En algunos casos tales incumplimientos pueden ser mitigados vía una auto-denuncia a las autoridades o bien se puede utilizar el proceso de consulta del Departamento de Justicia.

Tal como reflejado en las Guías de FCPA (2012), la realización de procesos generales de verificación previo a la adquisición o fusión no resultan suficientes para mitigar la responsabilidad del adquirente, sino las autoridades requieren la realización de auditorías específicas de cumplimiento de la FCPA post-cierre de la transacción.

III. Responsabilidad sucesiva bajo el Derecho Argentino

En forma consistente con los principios de responsabilidad sucesiva de la persona jurídica transformada (arts. 74 y subsiguientes) y resultante o absorbente (arts. 82 a 87), ya establecidos bajo la Ley General de Sociedades 19.550 (9), la ley 27.401 establece en el primer párrafo del art. 3º que la responsabilidad de la persona

(7) Departamento de Justicia, Comunicado de prensa sobre la opinión del Departamento de Justicia sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, nro. 03-01, 15 de enero de 2003.

(8) Departamento de Justicia, Comunicado de prensa sobre la opinión del Departamento de Justicia sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, nro. 14-02, 7 de noviembre de 2014: *http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2014/14-02.pdf.*

(9) Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la ley 26.994 BO 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1 de agosto de 2015, texto según art. 1º de la ley 27.077 BO 19/12/2014.

jurídica se transmite a la persona jurídica resultante o absorbente en casos de transformación, fusión, absorción, escisión u cualquier otra forma societaria.

La responsabilidad sucesiva resulta en una suerte de garantía para impedir que frente a determinadas modificaciones societarias como la transformación, escisión, disolución o fusión las personas jurídicas procuren eludir su responsabilidad.

En el caso de la *transformación,* una sociedad de un tipo societario pasa a ser sociedad de otro tipo (10), la sociedad no pierde su individualidad jurídica, ni implica la disolución de la primera sociedad y la constitución de otra nueva sino que la personalidad de la sociedad transformada se conserva sin solución de continuidad, pues la transformación no importa relación de sucesión, sino simplemente de continuidad de la sociedad preexistente, así como que las deudas y responsabilidades respecto de terceros de la sociedad perduran *de iure* en la sociedad transformada (11). Por lo tanto, no se trataría en sentido lato de una "sucesión a la sociedad transformada" dado que se trata de la misma sociedad que una vez transformada en otro tipo societario "continúa" en el sujeto en el que se ha transformado manteniendo sus derechos y obligaciones preexistentes a la transformación, no hay una transferencia del patrimonio social. (12)

En el supuesto de la *fusión* (13) la nueva sociedad o la sociedad "incorporante" adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios. La doctrina ha reiterado que no hay duda sobre la responsabilidad sucesiva en los casos de fusión de sociedades ya que en la misma se produce una confusión absoluta y total de los patrimonios para integrarse en una única individualidad social que se crea *ad hoc*. La transmisión del patrimonio en su totalidad (activo y pasivo) de una sociedad incorporada por fusión pasa a la nueva sociedad o sociedad absorbente (14). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado que la fusión significa una sucesión a título universal de todos los derechos y obligaciones; no implica la liquidación de las sociedades absorbidas y no hace fenecer las responsabilidades pendientes en la medida en que las sociedades fusionadas sobreviven en la realidad jurídica y económica, transformadas e integradas en la empresa absorbente (15). La sociedad "incorporante" como sucesora debe afrontar las obligaciones y responsabilidades por delitos y contravenciones cometidas por la sociedad absorbida (16).

A diferencia de los supuestos de transformación y fusión, en los supuestos de escisión (17) bajo los incs. (I) y (II) del art. 88 de la LSC, la sociedad no se disuelve, sino que hay una transmisión parcial de su patrimonio sea para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad. Bajo estos supuestos donde no hay una disolución de la persona jurídica escindente pareciera que la intención del legislador ha sido hacer responsable en forma solidaria a la sociedad escisionaria-adquirente. En cambio, bajo el supuesto de escisión-división contemplado bajo el inc. (III) del art. 88 de la

(10) Ley General de Sociedades, art. 74: "Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones".

(11) CCiv. Com. Rosario, sala II, 25/3/64, Errepar, II, Sociedades, 019.001.001, 1.

(12) Verón, Alberto V., *Sociedades Comerciales Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. I, 2007.

(13) Ley General de Sociedades, "Art. 82. — Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas".

(14) Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 250.

(15) Fallos 323:574.

(16) CNCom., sala E, 18/8/1999, JA 2000-III-837; CNCom., sala D, 30/11/2000, DSE, sep. 2001, p. 319, nros. 68 y 69.

(17) Ley General de Sociedades, art. 88: "Hay escisión cuando: I.— Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; II.— Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; III.— Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades".

LSC, la sociedad se disuelve sin liquidarse y transfiere la totalidad de su patrimonio a otras sociedades, aplicándose las mismas consideraciones de la fusión en cuanto a la responsabilidad sucesiva.

Por otro lado, bajo el segundo párrafo del art. 3º de la ley 27.401 se establece que "subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos". Si bien la redacción de este párrafo no resulta del todo clara, entendemos que la intención del legislador ha sido mantener la responsabilidad penal de la persona jurídica aun en los supuestos donde si bien en apariencia o en forma encubierta la persona jurídica fue disuelta, la realidad evidencia que la persona jurídica continúa "de hecho" su actividad económica y se mantiene la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados. La sociedad mantiene su actividad a través de otra sociedad. Esta sociedad podría considerarse como una "sociedad de hecho" (en la anterior denominación previo a la reforma del Cód. Civ. y Com.) y que actualmente quedaría capturada bajo la "Sección IV. De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos de la Ley General de Sociedades". Abona nuestra interpretación el hecho de que bajo la ley anticorrupción del Reino de España, ley orgánica 1/2015 —una de las fuentes normativas de la ley 27.401— contiene una previsión similar sobre el tema al tratar el tema de la responsabilidad sucesiva pero ciertamente con un lenguaje más preciso que el reflejado en nuestra ley (18).

IV. Responsabilidad del adquirente en las transferencias de acciones y activos bajo el Derecho Argentino

Fuera de los supuestos mencionados en el punto III arriba, respecto de los cuales la ley establece la responsabilidad penal sucesiva de la sociedad resultante o absorbente o escisionaria, la ley 27.401 no aborda el tema de la responsabilidad solidaria del adquirente en los supuestos de adquisición de acciones o cuotas o activos.

A priori entendemos que no ha sido intención del legislador imponer responsabilidad solidaria al adquirente por los delitos cometidos por la sociedad o la persona titular de los activos adquiridos, ya que de haber resultado una intención diferente, tratándose de una responsabilidad de garantía de índole extraordinaria, debió haberse regulado expresamente. Prueba de ello sería que cuando el legislador ha tenido intención de establecer la responsabilidad solidaria del adquirente por actos ilícitos, la ha establecido en forma expresa como, por ejemplo, bajo la ley 11.683 de Procedimiento Tributario (art. 8º inc. e) (19); la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (art. 228 (20)) y la ley 11.867 Transferencia de Fondos de Comercio (art. 11), que será objeto de análisis debajo.

(18) España, ley orgánica 5/2010, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, el Cód. Penal en su actual art. 130 pasa a ser el apart. 1º de dicho artículo y se le añade un apart. 2º, con el siguiente contenido: "2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. *No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos"*.

(19) Establece que responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, los sucesores a título particular, en el activo y pasivo de empresas o explotaciones que las leyes tributarias consideren como una unidad económica susceptible de generar íntegramente el hecho imponible, con relación a sus propietarios o titulares, si los contribuyentes no hubiesen cumplido la intimación administrativa de pago del tributo adeudado.

(20) Establece que "El transmitente y el adquirente de un establecimiento serán solidariamente responsables respecto de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión y que afectaren a aquél".

El Cód. Civ. y Com. mantiene la regla de la simple mancomunación al establecer que la solidaridad no se presume y debe surgir de la ley o del título constitutivo de la obligación (art. 828 Cód. Civ. y Com.).

No obstante, no escapa a nuestra la atención que la ley 27.401 en el art. 23, inc. VII al referirse a los elementos integrantes de un programa de integridad incluye la llamada "debida diligencia" en los procesos de transformación societaria y *adquisiciones* en forma genérica, sin detallar a qué clase de adquisiciones se refiere.

Si bien una primera interpretación podría resultar que el legislador pretendió capturar los supuestos de "adquisición" derivadas de fusión, absorción o escisión del art. 3º solamente, cabría también una segunda interpretación que pudiera resultar en que se pretendió capturar otras adquisiciones, incluyendo compraventa de acciones o cuotas o activos. Por las razones que expondremos abajo, pensamos que no hay tal responsabilidad solidaria del adquirente en los siguientes supuestos de adquisiciones de sociedades y activos:

(i) *Compraventa de acciones o cuotas*. Bajo este supuesto no puede hablarse de responsabilidad sucesiva por delitos cometidos por la empresa adquirida ya que una vez concluida la transferencia, la sociedad adquirida continúa existiendo con todo su activo y pasivo, produciéndose solamente un cambio en su propiedad accionaria (socio, accionista o cuotapartista). Asimismo, tampoco puede existir solidaridad del adquirente dado que no existe disposición legal que establezca la solidaridad del adquirente bajo los contratos de compraventa de acciones o cuotas, aplicándose el principio del art. 828 del Cód. Civ. y Com. referido arriba.

(ii) *Compraventa de activos*. De igual forma que mencionado en el caso de compraventa de acciones o cuotas, tampoco existe disposición legal que establezca la solidaridad del adquirente bajo los contratos de compraventa de activos, aplicándose el mismo principio sentado por el art. 828 Cód. Civ. y Com. Existen excepciones que podrían derivarse de situaciones de fraude a la ley, simulación ilícita o mera continuación de la entidad vendedora en la sociedad adquirente de los activos (por fusión o escisión).

(iii) *Transferencia de Fondo de Comercio*. La responsabilidad penal de la persona jurídica cedente del fondo de comercio no se transmite al cesionario-adquirente. Ello obedece a lo siguiente: (a) La ley 11.867 no comprende en el fondo de comercio a los créditos y a las deudas (21). De practicarse la transferencia del fondo de comercio, el adquirente no pasa a ser titular de los créditos y deudas, salvo que exista un pacto expreso acordado por las partes y no haya oposición de los acreedores; (b) La solidaridad del cesionario-adquirente prevista bajo la ley 11.867 aplica en caso de que se omita o transgreda el régimen especial de publicación, oposición y embargo para los acreedores contra el establecimiento sea satisfecho como requisito previo al perfeccionamiento de la transferencia con respecto a ellos. Solamente el incumplimiento o el cumplimiento irregular de este procedimiento trae aparejada la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario (adquirente); (c) la solidaridad prevista en materia laboral en el supuesto de transferencia de un fondo de comercio se encuentra regulada expresamente en la Ley de Contrato de Trabajo, en los arts. 225 al 230; y (d) la solidaridad del cedente-adquirente en materia impositiva y previsional viene impuesta por la art. 8º inc. d. de la ley 11.863.

Por lo tanto, cuando el legislador ha tenido intención de crear la responsabilidad solidaria de la persona jurídica adquirente del fondo de comercio, lo ha previsto de manera expresa y por ende cuando no lo hace, no cabe inferirla, máxime siendo materia penal. Conclusión que se ve reforzada a la luz del principio establecido bajo el art. 828 del Cód. Civ. y Com.

V. Programa de Integridad y los procesos de verificación (*due diligence*) en el contexto de la ley 27.401

La ley 27.401 prevé que las personas jurídicas podrán adoptar un programa de integridad destinado a prevenir, detectar y sancionar irregularidades o delitos que pudieran ocurrir o cometerse en el marco de la gestión de sus negocios.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 5/5/2009, "Shell Cía. Argentina de Petróleo SA c/ Cañas Adolfo Julián y Otro s/ Cobro sumario de sumas de dinero", LL Online 70053875.

El programa de integridad resulta de importancia crítica para las empresas en tanto (i) es uno de los requisitos indispensables para que, en caso de incurrir en alguno de los delitos mencionados, la persona jurídica pueda mitigar su responsabilidad y, sumado a otras condiciones previstas en la Ley, eximirse de la pena; (ii) es imprescindible y condición necesaria, contar con un programa de integridad en los términos que marca la ley para que la persona jurídica pueda contratar con el Estado Nacional; y (iii) su cumplimiento es tenido en cuenta como uno de los parámetros para la graduación de la pena, de modo tal que si la persona jurídica no cuenta con un programa, tal circunstancia puede determinar penas más elevadas.

En función de las premisas de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401, el programa de integridad deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, con su dimensión y su capacidad económica, por lo que es especialmente recomendado diseñar el programa de forma inteligente, evitando la regulación insuficiente o la regulación en exceso.

El art. 23 la ley 27.401 establece los tres componentes mínimos que el programa de integridad debe contener: (a) un código de ética o de conducta, o políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en la ley; (b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; y (c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores, empleados y terceros o socios de negocios.

Tras lo cual el mismo art. 23 enumera una serie de elementos y acciones que deja a discreción de la entidad jurídica incorporar, todos las cuales resultarán mitigadoras de responsabilidad (22). Las características del programa de prevención descripto en la Ley no se alejan sustancialmente de los precedentes internacionales y reflejan, en general, los criterios que han adoptado en los últimos años las compañías multinacionales sujetas a la *FCPA* y a la *UK Bribery Act*.

Aquí, en particular, nos vamos a detener en el inc. (VII) del art. 23 de la ley 27.401 que refiere como elemento del programa de integridad la "debida diligencia" durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones.

La ley 27.401 no provee detalles específicos acerca de lo que debe ser revisado a fin de actuar con la "debida diligencia" en el marco de los procesos de transformación societaria o adquisiciones. Se limita a mencionar la necesidad de verificar irregularidades, la existencia de hechos ilícitos o la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas. La razón principal reside en el hecho de que cada transacción es única y los riesgos deben evaluarse en función de las circunstancias particulares de la misma. Por lo tanto, la Ley deja a criterio del potencial adquirente determinar los factores de riesgo a analizar caso por caso.

(22) Ley 27.401, art. 23: "Contenido del Programa de Integridad. ...Asimismo podrá contener los siguientes elementos (I) El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; (II) El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; (II) Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; (IV) Una política de protección de denunciantes contra represalias; (V) Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; (VI) Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial (conocidos regularmente como procesos de debida diligencia o *due diligence*; (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; (lX) Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad; y (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 rija la actividad de la persona jurídica".

En el contexto de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (las "Directrices OCDE EMN) (23), la "diligencia debida" (traducción textual del texto en español de la OCDE) se entiende como el proceso a través del cual las empresas identifican, previenen y mitigan los impactos adversos reales y potenciales, y explican cómo se abordan estos impactos. La "diligencia debida" es una parte integral de los sistemas de toma de decisiones y de gestión de los riesgos, además de ser un proceso continuo, proactivo y reactivo. Las Directrices OCDE EMN recomiendan aplicar la diligencia debida basada en riesgos. Es decir, que la naturaleza y el alcance de la diligencia debida dependerán del riesgo de impactos adversos derivados de una situación particular. Todas las empresas, independientemente de su tamaño y la naturaleza de sus operaciones, deben aplicar la diligencia debida.

En el marco de las operaciones de adquisición o fusión, la realización de un proceso de verificación previamente a la adquisición o con posterioridad no resulta una obligación legal sino una decisión de negocios. Los procesos de verificación o *due diligence* son componentes de los programas de cumplimiento y su uso se ha globalizado en el área de cumplimiento normativo (*compliance*), mayormente debido al reconocimiento que las legislaciones más consolidadas les han dado como procesos que mitigan, y en determinadas situaciones, eximen de responsabilidad al adquirente y la empresa adquirida.

A diferencia de otras áreas que también son sometidas a procesos de investigación o auditoría (por ejemplo, las contables, ambientales, fiscales, financieras, etc.) los procesos de verificación en materia de cumplimiento de la normativa anticorrupción tienen relevancia no solo por tratarse de un área que conlleva una responsabilidad penal para la persona jurídica y para a las personas naturales involucradas en el delito, sino también por las penas a las que ambas quedan expuestas. Más allá de que las multas —dependiendo del monto del beneficio indebido obtenido, el tamaño y la capacidad económica de la empresa a adquirir—, pueden resultar económicamente muy gravosas, una condena en esta materia expone a un daño a la imagen y reputación difícil de cuantificar.

Asimismo, para una empresa que presta servicios públicos o cuya actividad principal está ligada a las contrataciones con el Estado, la pérdida de beneficios o la suspensión de los derechos para participar en concursos o licitaciones estatales puede conllevar la pérdida de las ganancias de la compañía si se obtuvieran gracias a conductas corruptas.

En cuanto al alcance de la revisión o auditoría a llevar a cabo, existe abundante literatura y recomendaciones al respecto, siendo digno de especial mención las prácticas y recomendaciones emitidas por organizaciones internacionales tales como la OCDE (24), las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Foro Mundial Económico (25) y la norma ISO 37.001 (26), entre otras.

No obstante, el alcance o contenido del proceso de verificación dependerá de varios factores, entre ellos el nivel de exposición al riesgo de corrupción que presenta la sociedad a adquirir.

Como parte del análisis de riesgo, es fundamental crear el perfil de riesgo de la empresa a adquirir, teniendo en cuenta principalmente los siguientes elementos, (i) el nivel de corrupción de los países donde opera, incluyendo sus operaciones y la de sus subsidiaras y terceros, tales como, socios comerciales; (ii) la estructura y complejidad de sus operaciones; (iii) si la industria donde opera es altamente regulada (iii)

(23) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, http://www.oecd.org/investment/mne/16975360.*pdf*. Son el conjunto más amplio de recomendaciones que existe en la actualidad en el tema de conducta empresarial responsable (CER) abordada por los gobiernos para empresas multinacionales (EMN) que operan en o desde los países miembros de la OCDE.

(24) Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUCDD), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Banco Mundial (BM), *Anti-corruption Ethics and Compliance Handbook*, 2013.

(25) World Economic Forum, *Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence*, Ginebra, 2013.

(26) International Standard ISO 37001, *Sistemas de gestión anti-soborno*, 2016.

la interacción frecuente con funcionarios públicos, incluyendo las relaciones con clientes estatales; (iv) el uso de intermediarios comerciales tales como agentes comerciales y aduaneros, distribuidores, representantes, consultores, proveedores logísticos, para el desarrollo de sus operaciones, y el vínculo de estos con funcionarios públicos; (v) la implementación previa de códigos de conducta y políticas anticorrupción; (vi) la existencia de investigaciones o condenas previas por corrupción, la reputación y trayectoria de la sociedad a adquirir.

Ciertamente el alcance puede ampliarse dependiendo de la información que se vaya obteniendo a medida que se avanza en el proceso de verificación. En cuanto a la forma de recolección de esta información, no solo se recomienda el uso de cuestionarios y listados de requerimiento de información sino a su vez la realización de entrevistas presenciales con los funcionarios de las áreas más expuestas de la sociedad a adquirir.

Por otro lado, si bien el riesgo comercial puede ser mitigado contractualmente mediante la asunción expresa responsabilidad e indemnidad amplia por el vendedor a favor del adquirente, tales previsiones contractuales no reparan ni eximen de responsabilidad a la sociedad a adquirir como tampoco del daño reputacional en caso de una sentencia condenatoria.

VI. Concluido el proceso de verificación e identificadas conductas ilícitas, ¿cuál debería ser el curso de acción a seguir? ¿Hay forma de mitigar o eventualmente eximir de responsabilidad?

Concluido el proceso de verificación del negocio a adquirir y sospechada la comisión de actos penados por la ley (27), el adquirente podría enfrentar algunos de los siguientes dilemas:

(a) Discontinuar las negociaciones, dando por terminadas las negociaciones.

(b) Avanzar con la operación —asumiendo el riesgo reputacional y la responsabilidad penal contingente pero acotando el daño patrimonial— (i) solicitando indemnidades en el contrato de adquisición y/o corregir el precio en esa operación, y modificar el valor de canje en la fusión, (ii) requiriendo declaraciones y garantías específicas del vendedor vinculadas a normativa anticorrupción, y (iii) previendo un depósito (*escrow*) o retención del pago del precio en garantía de las obligaciones e indemnidades asumidas contractualmente; y

(c) No comprometer la facultad de autodenunciar la conducta a las autoridades para lograr lenidad, tomando en cuenta que la ley 27.401 prevé como factor atenuante de las penas previstas en el art. 7º, la denuncia espontánea a las autoridades.

A los fines de eximirse de la responsabilidad impuesta por la ley 27.401, su art. 9º exige concurran simultáneamente tres condiciones: (1) implementación previa a la comisión del delito de un programa de integridad; (2) la denuncia espontánea del delito a las autoridades como consecuencia de una actividad de investigación interna y (3) la devolución del beneficio indebido que se hubiere obtenido.

Entonces de la interpretación de la ley 27.401 se puede afirmar lo siguiente:

(i) los procesos de verificación encarados en el marco de las transacciones de adquisición y fusión son aptos para atenuar la responsabilidad del adquirente en los supuestos de responsabilidad sucesiva, pero no eximentes de responsabilidad. Ello considerando que el texto aprobado por el Congreso eliminó la propuesta del primer proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, que establecía de igual forma la responsabilidad sucesoria (en su art. 5º), pero además excluía expresamente la responsabilidad de la persona jurídica resultante o absorbente cuando se hubiesen adoptado las diligencias adecuadas para conocer la situación económica y legal de la entidad en los términos del art. 31, inc. (k) del texto de ley proyectado, es decir, encarando procedimientos de verificación durante los procesos de reorganización (cuyo inciso contenía los mismos términos del actual inc. VII del art. 23 de la ley 27.401);

(27) Cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional (arts. 258 y 258 Bis del Cód. Penal); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del Cód. Penal); concusión (art. 268 del Cód. Penal); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 incs. 1º y 2º del Cód. Penal) y/o balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del Cód. Penal).

(ii) la denuncia espontánea a las autoridades resulta un factor atenuante de responsabilidad sucesiva (bajo los supuestos del art. 3º) cuando la misma no se da en forma simultánea con el resto de las condiciones del art. 9º de la ley 27.401. De darse en forma simultánea las condiciones del art. 9º, la sociedad resultante o absorbente estaría exenta de responsabilidad.

(iii) la empresa implemente un programa de integridad que contemple los elementos del art. 23 de la ley, incluyendo corrección de las irregularidades y vulnerabilidades en los procesos internos, y que fueran detectados en los procesos de verificación.

Las acciones de mitigación, e inclusive de integración de la empresa adquirida en el programa de integridad del adquirente, de existir, serán asimismo considerados a los fines de determinar la voluntad y predisposición de la persona jurídica en pos del cumplimiento de la ley, a fin de evitar el riesgo de ilícitos futuros, y evaluar la posibilidad de atenuación de la responsabilidad ante supuestos de reincidencia.

Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones

POR **MARIANO JOAQUÍN FERNÁNDEZ** (*)

I. Propósito

Este artículo tiene como objetivo principal, ahondar en el entendimiento del impacto de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas específicamente en lo referido a la responsabilidad sucesiva, regulado en la mencionada norma en el art. 3º, donde se indica "Responsabilidad Sucesiva. En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente".

Hablando en términos más llanos, esto significaría responsabilizar en forma hereditaria a una persona jurídica por hechos de corrupción que pudieran haber sido realizados en sus antecesoras al haber sido adquiridas por la primera.

Pero en realidad, la modificación de forma societaria siempre fue uno de los *modus operandi* para disimular y ocultar la trazabilidad de hechos y operaciones fraudulentas y ese pareciera ser el propósito detrás de este artículo, ya que justamente en su segundo párrafo, complementa la idea agregando que "Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

Si de por si no es sencillo entender la responsabilidad penal en cabeza de una persona jurídica, más complejo puede resultar entender cómo se hereda corrupción de una empresa a otra; sin embargo nuestro aporte será enfocado en los procedimientos sugeridos para evitar encontrarnos con la desagradable sorpresa de una herencia omitida que implique penas y sanciones no buscadas.

II. Transformación societaria y debida diligencia

En el proceso de transformación, fusión, absorción, o escisión, los riesgos fundamentales que hay que tratar de evitar son los que se derivan de las consecuencias de las sucesiones de empresas por posibles pasivos ocultos o contingencias en las áreas contable, financiera, comercial, fiscal, legal, laboral y medioambiental, entre otras. Antes de llevar a cabo cualquier proceso, es importante que adquirentes conozcan a fondo cuál es la realidad de la empresa sobre la que se va a actuar (empresa "Target"),

(*) Contador Público Nacional (Universidad Nacional de Tucumán). MBA (Universidad Argentina de la Empresa). Gerente a cargo del departamento *Business Risk Management* de SMS San Martín Suarez y Asociados. 15 años de experiencia en Auditoría Externa, Auditoría Interna, Sarbanes Oxley, Gestión de Riesgos, Cumplimiento y Dirección de Proyectos en consultoras y empresas nacionales e internacionales. Miembro de las comisiones profesionales del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto Argentino de Auditoría Interna (IAIA) e Instituto para el Desarrollo Empresarial Argentino (IDEA) en áreas de anticorrupción, auditoría interna, gobierno corporativo, lavado de activos y financiación del terrorismo.

para impedir adquirir deudas ocultas o contingencias previas por las que posteriormente tengan que responder.

Realizar un proceso de auditoría, específicamente un proceso de "debida diligencia" (o *due diligence*) es uno de los elementos clave para el éxito de una operación de transformación societaria o adquisición y su función es la de "demostrar integridad" en las áreas o aspectos que se desee indagar. Específicamente en lo concerniente a procedimientos de debida diligencia anticorrupción, debería poder demostrarse que la empresa a ser adquirida o absorbida cumple con la normativa anticorrupción, teniendo en cuenta que su incumplimiento implicara responsabilidad sucesiva en cabeza de la adquirente.

Cuando se habla de transformación, fusión, absorción, o escisión, se suele pensar en grandes empresas. No obstante, también sucede en empresas de menor envergadura. Las pequeñas y medianas compañías, por sus peculiaridades, tienen mayor dificultad para dotarse de herramientas anticorrupción, por lo que debe también pensarse en procesos de debida diligencia cuando ellas son la empresa target.

Los motivos para llevar a cabo las fusiones y adquisiciones pueden ser variados, dependerá del sector, de las empresas, de los intereses de los gestores, o de los accionistas. Normalmente, los principales motivos para realizar estas operaciones son: la creación de valor para el accionista mediante la generación de sinergias positivas; oportunidades de mejora de la gestión, obtener mayor poder de mercado; búsqueda de economías en escala; diversificación de producto y/o mercados; e internacionalización.

Se pretende exponer, de un modo claro y directo, el proceso mediante el cual las compañías adquirientes pueden desarrollar un programa adecuado de debida diligencia llegado el momento de emprender alguna acción de transformación societaria, incluyendo el análisis de aspectos de corrupción. Contemplar los riesgos e impactos de la corrupción desde el principio es una buena práctica que puede ayudar a forjar la reputación, tanto de cara a los clientes heredados, como a los nuevos y también a los socios comerciales, proveedores y accionistas que bogaron por la unión o modificación social.

III. Sujetos de análisis

Recordemos inicialmente que de acuerdo al art. 1º, la ley 27.401 resulta "aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:

a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional.

b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

c) Concusión.

d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

e) Balances e informes falsos agravados"

Lo cual ya nos aclara tanto el objeto —los delitos tipificados— como los sujetos —las personas jurídicas en general— que de acuerdo al art. 148 del Cód. Civ. y Com.: "Son personas jurídicas privadas:

a) Las sociedades;

b) Las asociaciones civiles;

c) Las simples asociaciones;

d) Las fundaciones;

e) Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;

f) Las mutuales;

g) Las cooperativas;

h) El consocio de propiedad horizontal:

i) Toda otra contemplada en disposiciones de este código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento."

Lo que nos posiciona ante un vasto universo de sujetos que podrían modificar su constitución jurídica social a lo largo de su vida, no limitándose a grandes empresas con fines de lucro. Valga esta aclaración para aquellos que analicen formas de asociación o colaboración y que

a primera vista, por reducir el término persona jurídica a sociedad comercial, considere que el análisis de antecedentes de corrupción no merece ni tiempo ni recursos.

IV. Proceso de debida diligencia anticorrupción

Un procedimiento de debida diligencia puede ser aplicado por diferentes motivos y a diferentes sujetos. El punto es indagar, medir e informar sobre el estado actual de un área de análisis. En lo referente a una investigación anticorrupción, el diagnóstico puede ser realizado tanto dentro o fuera de la organización y en diversas situaciones como ser:

— Diagnóstico organizacional de áreas internas de la compañía: Contrataciones y licitaciones, compras, comunicación corporativa, directorio.

— Análisis reputacional de socios clave del negocio: representantes de ventas, distribuidores, despachantes de aduanas, subcontratistas socios de *Joint Venture*, gestores, consultores profesionales, intermediarios, proveedores.

— Transformación societaria en sus diversas formas: fusiones, escisiones, absorciones, uniones, etc.

Es tal la importancia y eficiencia que ha demostrado la realización de un proceso de *due diligence*, que el mismo ha sido también incluido al texto legal como parte del contenido facultativo de los denominados "Programas de Integridad" que son aquellos que, junto a otros componentes podrían llegar a actuar como eximentes de responsabilidad penal en la medida en que la empresa los tenga implementados y cuya violación hubiese exigido un esfuerzo en la comisión de delitos. El art. 23. Punto VII de la ley 27.401 menciona que un programa de integridad podrá contener elementos para realizar "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".

El diagnóstico de aspectos relacionados con la corrupción anterior a encarar un proceso de transformación, fusión, absorción, o escisión, podría ser organizado en las siguientes áreas de análisis:

a) *Análisis reputacional y antecedentes*: recorrido histórico de la compañía en base a fuentes internas y externas que proporcionen opiniones sobre el actuar de la firma target en ética, transparencia y forma de hacer negocios.

b) *Entendimiento de la organización*: en cuanto a sus procesos, áreas y departamentos, estructura y organización, toma de decisiones, sistemas de gestión, comunicación e información y recursos disponibles y aplicados a la prevención de corrupción.

c) *Políticas y procedimientos*: existencia de reglamentos y manifestaciones fehacientes, manuales y guías que indiquen formas de proceder en situaciones particulares y otros medios que determinen los comportamientos esperados.

d) *Comunicación y difusión*: la existencia o inexistencia de canales para notificar y difundir la posición de la empresa frente a los hechos de corrupción y los medios de comunicación, información y denuncia disponibles para todos los interesados en informar hechos controvertidos.

e) *Compromiso de la Alta Gerencia*: cómo se manifiestan los líderes formales de la organización respecto de su posición frente a la corrupción y los medios y guía que proveen para la conducción de los negocios.

f) *Función de* compliance: la existencia o no de un área de la sociedad cuyo propósito sea velar por el cumplimiento normativo interno y externo, sus recursos, autonomía, rango organizacional y capacitación para el cuidado del capital reputacional.

g) *Relación con terceros*: formalización de la contratación, designación y monitoreo de las funciones delegadas a terceras partes
y el análisis de los riesgos inherentes derivados de las relaciones con personas ajenas a la organización.

h) *Relación con el Estado*: aspecto indispensable de análisis dado que la corrupción legislada en aquella en la que la persona jurídica se relaciona con un funcionario público, en sus dife-

rentes formas y que implique la realización de actos inapropiados en favor de un beneficio o ventaja indebida.

IV.1. Conocimiento previo de la compañía Target

El conocimiento anticipado de la compañía target tiene dos principales objetivos: por una parte evitar heredar responsabilidades penales de la que se adquiere, pero también detectar si la rentabilidad de la empresa target está asociado a sobornos o prácticas corruptas. Aquí ya puede vislumbrase que el impacto no sería solo reputacional sino también económico financiero.

El análisis inicial será diferente para todas las compañías, ya que se encuentran diferencias significativas dependiendo el sector, el tamaño y la forma de hacer negocios de cada una. Lo anterior significa que la compañía deberá informar sobre su situación actual, de qué decisiones se toman y por quiénes son tomadas; también de cómo son informadas hacia el exterior, un factor clave para generar confianza. Esto se logra en la medida en que la empresa responda a las demandas de información de grupos de interés sobre la forma de manejarse bajo estándares éticos, de tal forma que los criterios que se siguen, al tomar una decisión, puedan presentarse con claridad a las personas o entidades que tengan derecho e interés en conocerlos.

A modo de ejemplo se exponen algunos de los requerimientos de información, análisis, evaluación y control que se pueden realizar inicialmente a las compañías target. Los mismos deben ser consensuados entre ambas partes y adaptados de acuerdo a las características de cada compañía:

1. Realizar un análisis de la creación de la compañía: accionistas, antigüedad, forma constitutiva elegida, intereses, etc.

2. Conciencia de la compañía respecto de las consecuencias negativas de no prevenir la corrupción (riesgo legales, comerciales, operativos y de reputación).

3. Recorrido histórico sobre los hechos destacables de la misma, a través de la memoria de sus Estados Contables.

4. Búsqueda de noticias relacionadas con la empresa, en medios gráficos, digitales y audio-visuales.

5. Revisión a través de Base de Datos Comerciales.

6. Confirmación de la existencia de cualquier tipo de denuncia que recaiga sobre la entidad.

7. Análisis de la antigüedad de la cartera de clientes y proveedores de la empresa, tanto en el mercado en general como con la empresa en particular.

8. Adherencia de los socios comerciales a las normas de la empresa referidas a ética y transparencia, corrupción y aspectos relacionados con la reputación.

Con el fin de evitar la responsabilidad subsidiaria, un adquirente debe identificar y tratar adecuadamente cualquier “indicio” de posibles incumplimientos legales o prácticas corruptas enquistadas en la empresa, a fin de garantizar detección, interrupción y subsanación de cualquier irregularidad previo a la formalización de la transformación, fusión, absorción, o escisión. Lo indicios más comunes de esta índole podrían estar relacionados a los regalos o donaciones que se puedan dar, ya sea en forma de efectivo o especies como ser regalos, viajes, préstamos, gastos de formación y educación, promesas de un futuro empleo, etc.

La realización de una auditoría inicial de la compañía target antes de la firma del contrato que produzca la transformación, fusión, absorción o escisión, permitirá igualmente que la potencial compradora u adquiriente pueda valorar nuevamente una operación o darla por terminada si se detectan problemas o situaciones de riesgo significativo en materia de corrupción y no se puedan neutralizar los altos costos y/o riesgos reputacionales asociados.

Como valor agregado al diagnóstico de la auditoría inicial, se puede utilizar el informe de los hallazgos a fin de fijar pautas a seguir por la target en el proceso de transición hacia medidas de prevención y cumplimiento más estrictos; la remediación de dichos hallazgos ayudará a protegerse contra futuras responsabilidades y asegurar que el proceso de auditoría posterior a la

transformación complemente adecuadamente el trabajo previo. Es decir que durante todo el proceso de debida diligencia, no se deben perder de vista los objetivos generales, entre los que se incluyen:

— Identificar los riesgos en materia de corrupción derivados de una operación de transformación;

— Confirmar las manifestaciones contractuales sobre prevención de la corrupción;

— Determinar la viabilidad y el costo de implementar medidas de cumplimiento e integridad adecuadas después de la adquisición;

— Evaluar si es necesario realizar ajustes en las políticas, procedimientos, contratos, mercados y relaciones con los terceros en los que opera.

Ahora bien, si después de realizada la evaluación pertinente de riesgos existentes en empresa target se concluye que existe un riesgo alto difícil de mitigar, evitar o transferir, o se evidencia en la auditoría algún tipo de incumplimiento grave, respecto a lo estipulado por la normativa vigente y aun así el comprador opta por realizar la operación, dicho comprador se expone a las consecuencias legales y reputacionales derivadas de la ley y de las buenas prácticas de negocios.

Ejemplos de hallazgos que pueden darse en el transcurso de la auditoría previa y pueden indicar una señal de alerta —*red flag*— y exigirán un análisis más profundo:

— Investigaciones existentes en materia de corrupción.

— Infracciones anteriores o denuncias relativas a la integridad empresarial u otras infracciones de la normativa local o internacional aplicable, incluyendo impositivas, aduaneras y cambiarias.

— El uso de agentes o terceros a quienes se les paga comisiones y honorarios inusualmente altos sin estar debidamente detallados o documentados, o que exigen condiciones de pago inusuales, tales como pago en efectivo, o solicitan que los pagos se hagan a un tercero o en cuentas localizadas en jurisdicciones con las que no hay vinculación alguna.

— El uso de agentes o terceros que parecen carecer de calificaciones necesarias para llevar a cabo las tareas encomendadas

— La relación o el uso habitual y frecuente de contactos políticos o del gobierno en lugar de empleados o personal capacitado para realizar dichas funciones.

— El empleo o contratación cualquier persona por razón de sus vínculos personales, familiares o profesionales con funcionarios público.

— Aportes de/a partidos políticos inusuales o frecuentes.

— Pagos efectuados a terceros de escasa reputación en el sector o que residen fuera del país de destino de los productos o servicios a suministrar.

— Ausencia de políticas, formación, programas de cumplimiento o códigos de conducta anticorrupción.

— Ausencia de contratos escritos con agentes o socios comerciales, particularmente en los que pudieran existir vínculos con funcionarios públicos y reguladores.

— Cualquier manifestación errónea o ausencia de colaboración de la target en el proceso de debida diligencia.

Es fundamental que en el proceso de auditoría el potencial comprador no se base únicamente en la información proporcionada por la target o por partes interesadas. En particular, deben verificarse de forma independiente los datos y relaciones comerciales y de poder e influencia relevantes de la target tales como los contratos de consultoría y agencia, estructura de capital, intereses de los socios o de clientes clave del negocio y cualquier información sobre pagos y desembolsos a terceros fuera del giro habitual del negocio.

Es importante destacar que si bien es cierto que este proceso de auditoría previa, puede requerir una inversión significativa, esta será

probablemente inferior que los posibles costos derivados de litigios, daños reputacionales y pérdida de negocio que pueden derivarse de una investigación por parte de las autoridades por hechos de corrupción.

A la hora de determinar el alcance un programa de trabajo de *due diligence* anticorrupción para un proceso de transformación societaria, debe considerarse también que la ley menciona en su art. 5º que "La acción penal respecto de las personas jurídicas prescribe a los seis (6) años de la comisión del delito". Esto indica que la acción de revisión adecuada, sería la de revisar libros, registros, actos, hechos y relaciones de hasta 6 años de antigüedad como mínimo sugerido.

IV.2. Posterior a la adquisición e incorporación

Después de realizar la firma y materialización del contrato producto de transformación, fusión, absorción o escisión la compañía deberá:

1. Asegurarse que las sociedades adquiridas o absorbidas cumplan tan pronto como sea posible, el código de ética y cualquier otra política y procedimiento del comprador, así como cualquier otra ley que resulte de aplicación.

2. Impartir a los administradores, directivos y empleados de la sociedad o negocios adquiridos o absorbidos e incluso a los agentes y socios comerciales, formación sobre la ley de responsabilidad penal, y otras leyes anticorrupción que resulten de aplicación, así como el código de ética y políticas y procedimientos de cumplimiento de la compañía.

3. Llevar a cabo una auditoria especifica de todas las empresas adquiridas o absorbidas (con un alcance más profundo respecto a la inicial).

4. Comunicar al área de *Compliance* o similar, cualquier pago irregular detectado durante el proceso de auditoría de las entidades adquiridas o absorbidas.

Hay que tener en cuenta que la detección de una infracción de la legislación durante el proceso de auditoría puede exigir modificaciones específicas que den lugar a una renegociación o a que se disparen cláusulas específicas del contrato respecto de la solidaridad por eventuales delitos.

En el escenario donde el comprador haya decidido continuar con un proceso de adquisición a pesar de haber detectado incumplimientos, es importante que dicho comprador continúe esforzándose después del cierre para subsanar cualquier infracción y sus efectos. La importancia de la auditoría post-cierre y cumplimiento normativo será el interés en asegurar que el negocio adquirido esté libre de conductas irregulares que puedan poner en peligro el valor del negocio en el futuro.

En consecuencia, los compradores actuarían con prudencia si se aseguran de que cualquier programa de cumplimiento normativo puesto en marcha con posterioridad a la transformación, fusión, absorción, o escisión, cumple con los requisitos que a continuación se describen:

— Un código de ética escrito con claridad y concisión y accesible para todos los empleados y para todos aquellos que hacen negocios en nombre de la compañía;

— Un protocolo para analizar, monitorear, evaluar y hacer frente a los riesgos de delitos de corrupción especialmente orientado a la interacción con el sector público;

— Capacitación periódica y concientización para todos los administradores, directivos, empleados, y agentes y socios comerciales;

— Procedimientos y manuales para evaluar el riesgo de hacer negocios con terceros así como la vigilancia del cumplimiento por parte de terceros;

— Un alto ejecutivo a quien se le asigne la responsabilidad de supervisar la ejecución y gestión del programa de cumplimiento normativo que igualmente tenga la autonomía y recursos necesarios para garantizar una efectiva ejecución;

— Medidas disciplinarias consistentes y rápidas, aplicadas de un modo inmediato tras las infracciones e incentivos para impulsar un cambio cultural orientado a la ética y transparencia.

— Procedimientos y manuales para informar de forma confidencial acerca de las infracciones o las irregularidades, así como mecanismos para llevar a cabo investigaciones eficientes, responsables y debidamente financiadas.

De lo expuesto anteriormente podemos entender un poco más la importancia de emprender procedimientos de debida diligencia anticorrupción, cuando un comprador lleva a cabo una operación de transformación, fusión, absorción, o escisión ya sea para poner valor al intangible que está adquiriendo, como para mejorar los procedimientos de prevención y detección de la corrupción en la adquirida y también como para concientizar sobre los incumplimientos y omisiones que eran parte de todo adquirido. La revelación de estos hechos y el trabajo de subsanación actuarán como mitigadores de posibles investigaciones judiciales y acusaciones penales derivadas de hechos cometidos en administraciones anteriores.

La autodenuncia y otras exenciones de pena

POR **NICOLÁS DURRIEU** (*)

I. Introducción

El art. 9º de la ley 27.401 permite que la persona jurídica pueda eximirse de pena y responsabilidad administrativa por los hechos de corrupción cometidos por sus dependientes o terceros, cuando se autodenuncie. El instituto se funda en la necesidad de brindarle a las entidades de existencia ideal un incentivo para que contribuyan con la investigación de las autoridades sin temor a represalias.

La autodenuncia por sí sola no bastará ya que deberá cumplir con los cuatro requisitos que enumera la propia ley: Que se realice de manera espontánea (inc. a), como consecuencia de una "actividad propia de detección e investigación interna" (inc. a), que la entidad haya tenido un programa de integridad adecuado previamente a la ocurrencia del hecho (inc. b), y por último, pero no menos importante, que se devuelva la totalidad del beneficio obtenido (inc. c).

Como suele ser costumbre, no siendo esta la excepción, la letra de la ley resulta imprecisa en sus conceptos, generándose así algunos interrogantes que podrían disuadir a las empresas de utilizar el beneficio. ¿Se pierde la espontaneidad si existía una denuncia que no conocía? ¿La detección del hecho en base a información de un tercero es considerada como propia? ¿Cómo demuestro que mi programa de cumplimiento era adecuado? ¿Cuál sería el beneficio obtenido? ¿Procede en el caso que concurra otro delito que no se encuentra dentro de los enumerados en el art. 1º de la ley? Estas y muchas otras preguntas intentaré contestar en este artículo, remitiéndome cuando corresponda, a otros artículos del presente suplemento que lo tratan en específico.

Cabe destacar que este tipo de eximición de pena no resulta ajena a nuestro ordenamiento jurídico ya que la recientemente derogada ley 24.769 sobre delitos tributarios, establecía un instituto similar en su art. 16 (1). Por tal motivo,

(*) Socio de Durrieu Abogados. Abogado por la Universidad Católica Argentina. Magister en Derecho Internacional con un certificado en Derecho de Seguridad Nacional por la Universidad de Georgetown y en Derecho Penal por la Universidad Austral (tesis pendiente). Trabajó en la justicia nacional criminal, fue consultor en la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC) e instructor en la oficina de sumarios del ex Ministerio de Economía y Finanzas de la Nación. Realizó diversos cursos en la especialidad: certificado de la Asociación Argentina de Ética *y Compliance* (AAEC) y el programa "*Compliance* para Especialistas" del IAE, Universidad Austral. Actualmente es miembro de la Comisión de *Compliance* y Lavado de Activos del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

(1) De hecho, la incorporación de la autodenuncia espontánea en el marco de la ley 27.401 se basó en el art. 16 de la ley 24.769, la cual fue introducida cuando el proyecto fue revisado por la Cámara de Senadores, en base a una propuesta de quien suscribe, en el artículo titulado "Régimen de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: Análisis de algunos aspectos penales del proyecto", publicado en el sitio de internet *abogados.com.ar* el día 11/08/2017. (Ver en: *http://www.abogados.com.ar/regimen-de-responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica-analisis-de-algunos-aspectos-penales-del-proyecto/20220*). La misma fue compartida con los senadores y sus asesores, quienes elaboraron la redacción que finalmente fue sancionada.

me fundaré en la jurisprudencia penal que ya existe para intentar de responder los interrogantes expuestos.

Por último, también se hará mención a otras causas establecidas por la ley que tienen como resultado no aplicarle una sanción a la entidad de existencia ideal, aunque por diferentes fundamentos: 1.- El rechazo expreso de los actos ilícitos cometidos por terceros; 2.- La inexistencia de beneficio; 3.- La amnistía y 4.- La prescripción.

II. La incorporación de las exenciones en el debate parlamentario

El 8 de noviembre de 2017 el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.401 sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ) por hechos de corrupción, tras haber sufrido varias modificaciones el proyecto original que había sido presentado por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) (2).

Cabe recordar que luego de varios meses de debate y contribuciones de los distintos sectores interesados en la ley, el PEN presentó en el Congreso un proyecto en el que le atribuía a las personas jurídicas responsabilidad penal como consecuencia de defecto en la organización empresarial. Es decir, que a fin de responsabilizar a la persona jurídica por hechos de sus dependientes o terceros, era necesario que se demostrara que no se había autorregulado de manera adecuada para prevenir el ilícito que en definitiva se cometió. Esta postura se basa en el principio de culpabilidad o atribución subjetiva del hecho, sea por culpa o dolo, propia del derecho penal para las personas físicas (3). Ello porque se entiende que la obligación de la persona jurídica es de medios y no de fines, por lo que de ocurrir un ilícito dentro de su ámbito de competencia, no necesariamente sería responsable si realizó de manera diligente todo lo que se encontraba a su alcance para su evitación, bajo el baremo de un "buen hombre de negocios". En fin, de lo que se habla es de gestionar los riesgos de manera de reducir sus posibilidades de ocurrencia, pero no de evitarlos ya muchas veces escapa a las posibilidades de la persona.

No obstante, la Cámara de Diputados de la Nación le realizó modificaciones substanciales al proyecto presentado por el PEN, estableciendo una atribución objetiva o vicarial estricta de responsabilidad de la persona jurídica. Es decir, se responsabilizaba a la entidad por los hechos de sus dependientes y de terceros de manera automática, aunque se haya organizado adecuadamente. Esta decisión se basó en seguir el mismo modelo que ya existe en el resto de los delitos que admiten la responsabilidad penal de la persona jurídica (4). Asimismo, se consideró que resultaría peligroso dejar a la discreción de los fiscales y jueces evaluar si un programa de cumplimiento era adecuado o no, con la consecuente posible exoneración de la responsabilidad penal. Por último, se consideró que no podía dejarse impune un hecho de corrupción bajo ninguna circunstancia.

Cuando el proyecto pasó a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación se morigeraron las reformas introducidas por la cámara baja con el fin de intentar equilibrar los extremos entre la necesidad de sancionar los hechos de corrupción y el incentivo en la colaboración de las empresas. Entre ellas, se introdujo el actual art. 9º que ya fuera mencionado, basado en la experiencia que se tenía con el art. 16 de la ley 24.769 sobre delitos tributarios. Es decir, se

(2) Luego de varios meses de trabajo, en octubre de 2016 el PEN presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación el proyecto, el cual fue aprobado pero con modificaciones sustanciales el 05/07/2017. El día 27/09/2017 el Honorable Senado de la Nación modificó en gran medida el proyecto, el cual fue aceptado en su totalidad el 08/11/2017 por la cámara de origen.

(3) El principio de culpabilidad se basó en el derecho penal clásico sobre las personas físicas. Por tal motivo, soy de las personas que considera que dicho principio no puede predicarse de igual manera a la persona jurídica ya que éstas resultan ser ficciones de la realidad económica que el hombre ha creado. Por tal motivo, a mi criterio, como respuesta superadora es necesario aplicar el llamado "derecho penal administrativo" o el "derecho penal de segunda generación" desarrollado por el Dr. Jesús María Silva Sánchez en su obra *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, 2001.

(4) Cabe destacar que la responsabilidad penal de la persona jurídica también se encuentra regulada para otros delitos, aunque por diferentes normas a la aquí tratada. Ejemplo: lavado de activos (art. 304 Cód. Penal), *insider trading* (art. 313 Cód. Penal), evasión tributaria (art. 14 de la ley 24.769), penal cambiario [art. 1º, inc. f) de la ley 19.359] y contrabando (art. 887 del Cód. Aduanero), entre otros.

incorporó la posibilidad que la entidad quede eximida de pena al autodenunciar la conducta ilícita bajo ciertas condiciones. Esto resultaba fundamental para incentivar a que se denuncien estos hechos, ya que de lo contrario la empresa no iba a colaborar si de todas maneras iba a ser sancionada, sobre todo si se tiene en cuenta la baja detección y posibilidad de detección de los hechos de corrupción. Al respecto, recordemos que los procesos penales por hechos de corrupción demoran en promedio al menos 14 años, y tan solo una ínfima parte de ellos llega a una condena ya que muchos terminan por prescripción (5).

Además, se pensó que la autodenuncia era una demostración objetiva de que el programa de integridad se encontraba implementado de manera adecuada en la entidad, sin tener que recurrir a la discrecionalidad del juez o fiscal.

Por otro lado, en el segundo párrafo del art. 2º la ley extiende expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de terceros cuando fueren ratificados expresa o tácitamente por la empresa. Es una disposición que proviene del proyecto sancionado por la cámara bajar. Si bien estaba pensado para incluir expresamente a la corrupción cometida por terceros, que es la vía que mayor se utiliza por las empresas, podría generar injusticias mal aplicado.

Asimismo, el último párrafo del artículo nro. 2 establece una exención de responsabilidad para el supuesto en el cual la persona física que cometió el delito "hubiera actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella". Esta exención proviene también del proyecto de la cámara baja. Como se analizará más adelante, difícilmente se aplicará este eximente, aunque de ocurrir, la persona jurídica se convertiría en víctima y con el derecho de accionar por el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 4º del CP).

Por todo lo señalado, considero que la nueva ley establece un modelo de responsabilidad objetiva atenuada o mixta, ya que se establecen normativamente exenciones de punibilidad o responsabilidad de la persona jurídica basadas en su conducta.

III. La naturaleza jurídica de las exenciones y otras consideraciones

Las vías de escape a la sanción penal como excepción al principio de legalidad, no resultan nuevas para nuestro ordenamiento jurídico. Estas pueden estar motivadas por el legislador con distintos objetivos y su naturaleza puede diferir pese a que sus consecuencias pueden resultar similares.

Cuando el art. 9º de la ley 27.401 comienza diciendo que "quedará eximida de pena (...) la persona jurídica" en tales o cuales circunstancias, está considerando a este instituto como una excusa absolutoria. Son tales, aquellas causas sobrevinientes al hecho que excluyen la pena por cuestiones de política-criminal, manteniendo el injusto o delito (acción, típica, antijurídica y culpable para la dogmática clásica). Como señala Zaffaroni: "Se trata de causas personales que excluyen sólo la penalidad de la conducta y que se establecen por puras consideraciones político-penales" (6).

Quizás para el común de las personas no quiere decir mucho ya que los efectos suelen ser similares a la de una exención de responsabilidad o extinción de la acción: en todas ellas el hecho queda impune.

No obstante, en términos éticos difiere la excusa absolutoria del resto ya que la reprochabilidad o sanción moral del hecho queda incólume, pero por una cuestión de conveniencia política-criminal el Estado desiste de sancionarla. En términos coloquiales puede decirse que se "perdona" la pena, pero no se "olvida" que la conducta sigue siendo un delito (7).

A modo de ejemplo, existen otras causas absolutorias en nuestro ordenamiento jurídico además de la mencionada del art. 16 del régimen penal tributario, tales como el indulto (art. 68 del CP) que actúa sobre la pena. Otro

(5) Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) de 2014.

(6) Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal*, ed. 2, Ed. Ediar, p. 560.

(7) Ello suponiendo que la pena no es un elemento del delito, como alguna doctrina minoritaria lo entiende.

claro ejemplo que suele citarse es la eximición de pena para los delitos patrimoniales entre cónyuges o hermanos convivientes (art. 185 del Cód. Penal). En este caso, el Estado ha renunciado a la potestad de sancionar los actos ilícitos a fin de preservar la convivencia en la familia.

Por otro lado, el art. 4º de la ley 27.401 establece otras dos modalidades de terminación del proceso, aunque con una naturaleza distinta ya que no trata sobre la pena sino sobre la antijuricidad de la conducta en el caso de la amnistía y sobre la acción en el caso de la prescripción por el paso del tiempo.

En cuanto a la amnistía, es una potestad del Congreso de la Nación que al encontrarse regulada por la Constitución (8) no puede omitirse mediante ley especial.

Esto lleva a colación las reiteradas moratorias o blanqueos fiscales que con claros fines recaudatorios han eximido al Estado su perseguibilidad a quienes se adhieran. En este caso el legislador ha optado por otorgarle naturaleza de amnistía al instituto (9), lo cual transforma en atípica a la conducta. Es decir, que el hecho no solo que no es punible, sino que directamente no es considerado un delito.

En cuanto a la prescripción de las conductas, se trata de la extinción de la acción por el transcurso del tiempo. En el caso de la ley 27.401 se establece una excepción a los principios generales del Código Penal ya que se establece 6 años como único plazo para cualquier delito de la ley (art. 5º). Ello se diferencia del plazo establecido para las personas físicas que dependerá del delito que se trate, ya que se establece en base a la pena máxima del delito en cuestión (art. 62 del Cód. Penal).

Ahora bien, una cuestión que fue materia de discusión, es si como sociedad debemos brindarle impunidad a aquellos que han delinquido, más allá de la conveniencia política o recaudatoria que haya. Al respecto, el magistrado Marcos Grabivker ha dicho que "estos institutos solo alientan al incumplimiento de las normas, premiando a quien las transgrede y desincentivando a quien las cumple" aunque refiriéndose a las amnistías fiscales o extinción del delito tributario por pago (10).

Esta observación estuvo presente en la discusión parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación. En aquella ocasión se entendió que no podía premiarse a las sociedades involucradas en hechos de corrupción, máxime cuando la Argentina ha ratificado tratados internacionales que la obligarían a sancionarlos (11). Es más, algunos fallos aislados han considerado el carácter imprescriptible de aquellos delitos (12).

Por el otro lado, en cuanto al instituto del art. 9º de la presente ley, además de los beneficios concretos que tendría la justicia al obtener información de primera mano sobre el ilícito, cabe destacar que el proceso penal continuará y el delito seguirá punible, para las personas físicas involucradas.

En fin, en un caso asimilable al que se encuentra bajo estudio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: "...la acción penal pública no puede renunciarse. El art. 14 de la ley 23.771 instituye una excepción a dicho principio, basada en razones de política legislativa —cuyo acierto o conveniencia es materia ajena

(8) Art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional.

(9) El art. 46, inc. b) de la ley 27.260 establece que "la liberación de las acciones penales previstas en este artículo equivale a la extinción de la acción penal prevista en el inc. 2º del art. 59 del Código Penal".

(10) Grabivker, Marcos, *Institutos de Derecho Penal Tributario. Introducción*, Carolina Robiglio (dir.),Ad-Hoc, 2017, p. 29.

(11) La Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

(12) La Sala II de la Cámara Federal de La Plata declaró la imprescriptibilidad de los "delitos de corrupción" en autos "M. D. M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55, CP2" (nro. FLP 3290/2005) el 6 de octubre de 2016. Con fundamentos similares, el magistrado Juan Carlos Gemignani ha votado en reiteradas oportunidades por la imprescriptibilidad en cada uno de sus fallos en la Cámara Federal de Casación Penal. Ejemplo, en la causa "Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación" (Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV), 24 de abril de 2014. También así lo piensan autores como Gil Domínguez, Andrés, "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional", publicado en LA LEY 2016-A, 574. Cita online: AR/DOC/4338/2015.

a la competencia del Tribunal— que permite extinguir la acción penal cuando se satisfaga la pretensión del organismo administrativo..." (Fallos 320:1962).

IV. La autodenuncia espontánea

El art. 9º indica que la entidad estará exenta de responsabilidad y consecuentemente de pena, cuando además de la implementación de un programa de integridad adecuado (inc. b) y de la devolución del beneficio obtenido (inc. c), la entidad haya denunciado el hecho de manera "espontánea" a las autoridades, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna (inc. a).

Si bien existen algunos antecedentes internacionales en materia *antitrust* o defensa de la competencia, y que en breve también lo tendría nuestro ordenamiento jurídico (13), resulta novedoso en cuanto respecta a la exoneración de la pena para los hechos de corrupción. Los antecedentes provienen de nuestro propio ordenamiento jurídico, ya que el actualmente derogado art. 16 de la ley 24.769 sobre delitos tributarios (14) regulaba la extinción de la acción penal por pago espontáneo.

1) Denuncia a raíz de "una actividad propia de detección e investigación interna". En primer lugar, la norma habla que la investigación debe generarse a raíz de "una actividad propia de detección", limitándolo así a mecanismos internos de la empresa como una auditoría o un canal de denuncias. No obstante, ello no quita que se permita obtener dicha información a través de terceros, siempre y cuando sea a través de los canales establecidos que la sociedad tenga constituidos, de acuerdo a su programa de cumplimiento. Para ello, si bien no es obligatorio, cobra especial relevancia contar con una línea de denuncias anónimas abierta a terceros (punto III del art. 23).

Resulta conducente traer a colación el reciente informe de 2018 de la Asociación de Examinadores de Fraude Certificados (ACFE), el cual indica que el 49% de los fraudes de la región se detectan a través de información provista empleados o terceros, aumentando significativamente su detección cuando se establecen canales de denuncia (15). Las auditorías internas se encuentran por debajo del 14% de los hechos detectados.

En las fusiones y adquisiciones será fundamental el *due diligence* previo para detectar un hecho de corrupción y eventualmente denunciarlo de conformidad con el instituto bajo análisis. Recordemos que el art. 3º de la ley establece la responsabilidad sucesiva, es decir, que la sociedad adquirente será responsable por los hechos de corrupción cometidos por su adquirida.

La investigación, así como la producción de las pruebas, deberá siempre tener en miras su posible judicialización, máxime cuando se trata del art. 9º de la ley 27.401. Por tal motivo, resultará fundamental que un especialista en la rama del derecho penal al menos controle su desarrollo, ya que en definitiva serán los jueces y fiscales penales quienes ponderarán los estándares de su admisibilidad.

Ahora bien, una vez que se tiene conocimiento del hecho, la entidad seguramente deba actuar rápidamente, por lo que es recomendable contar con los protocolos de investigación y actuación ante estos casos a fin de tenerlos aceitados. El tiempo resultará esencial ya que puede perderse la espontaneidad al aparecer la

(13) Recientemente el Senado de la Nación modificó el proyecto antimonopolios o de la defensa de la competencia, incorporando como novedad la figura del arrepentido para detectar carteles y, en la medida en que aporten pruebas que permitan sancionar a quienes se presten a esas maniobras, tendrán como beneficio la exención o reducción de sanciones administrativas y civiles para las empresas que adhieran al programa. Fuente Clarín: *https://www.clarin.com/politica/senado-aprobo-cambios-ley-defensa-competencia-volvera-diputados_0_ryYU5Br2M.html*.

(14) El art. 16 de la ley 24.769, actualmente sustituido por un nuevo régimen penal tributario según la ley 27.430, decía: "*El sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él*".

(15) *http://www.acfe.com/report-to-the-nations/2018/*.

noticia en los medios o realizarse una denuncia ante las autoridades.

Por el otro lado, deberá tomarse el tiempo suficiente como para analizar debidamente si lo que se trata es un hecho de corrupción, ya que por el solo hecho de autodenunciarse podría traer consecuencias negativas en los mercados, en el caso de ser una empresa que cotice en la bolsa.

Una cuestión no menor es que la autodenuncia podría involucrar a la alta gerencia de la empresa, con lo cual allí se testeará la independencia o no de los investigadores y de aquellos que toman las decisiones (ej. Oficial de Cumplimiento o el Directorio local o del *holding*). También debería realizarse de tal manera, para que, en caso de no haber involucramiento de la alta dirección, se la blinde ante una investigación judicial.

2) Información a brindar. Una incógnita a la cuestión antes mencionada, es el grado de exactitud e información que deberá brindarse ante las autoridades públicas. Ya que realizar una profunda investigación será en detrimento de preservar la espontaneidad deseada. Una nota periodística o un tercero que busque una recompensa de acuerdo al instituto del "informante" establecido por la ley 27.319 (16), podrán quitarle la espontaneidad a la denuncia.

El artículo no nos brinda información al respecto, pero resulta lógico que debería versar sobre las condiciones de lugar y tiempo del hecho, los autores y partícipes involucrados y sobre el recupero de los activos.

Estas pautas son propias de toda denuncia, y si observamos más adelante en la ley, concuerdan con los requisitos del acuerdo de colaboración eficaz del art. 16: "...revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito".

De todas maneras, deberá limitarse a lo que la empresa pudo determinar en base a la investigación interna que realizó. Ciertamente, habrá información que escapará de las facultades de una investigación privada llevada a cabo legalmente, por lo que eventualmente debería solicitársele a la justicia que realice otras medidas de prueba (ej., relevar el secreto bancario a fin de determinar los beneficiarios últimos del soborno y el destino final de los activos ilícitos).

No obstante, ello no impide que, a fin de evitar perder la espontaneidad, pueda realizarse la denuncia y eventualmente ampliarla con la información que se obtiene en el mientras tanto. Al respecto, cabe recordar que la jurisprudencia actual ha dicho que "...no existe norma que impida la investigación privada paralela a la judicial..." (17).

Es preciso aclarar que la entidad o sus empleados, no están obligados a denunciar ante las autoridades públicas un hecho de corrupción. De acuerdo al art. 177 del código procesal penal de la nación (18), entre otras normas más, solo los funcionarios tienen dicho deber (19).

3) En donde realizar la denuncia. Otra cuestión a tener en cuenta es ante cual organismo

(16) Hay que tener si bien no abarca los delitos de la ley 27.401, un tercero podría recurrir a la figura del "informante" de la ley 27.319. Según la resolución IF-2017-20113088 del 13/09/2017 por el Ministerio de Seguridad que la reglamenta, se establece una retribución por información sobre el ilícito, con hasta un 5% o $10.000.000 de lo que se recupere de los activos. De no investigarse y denunciarse a tiempo el hecho, un empleado podría hacerlo ante las autoridades y así dejar sin efecto el beneficio de la espontaneidad. Dicho testigo podría obtener mayores beneficios de ampararse en la ley 25.764 que establece un programa para su protección.

(17) Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, Skanska SA s/ recurso de casación, 13/04/2016, cita online: AR/JUR/11485/2016.

(18) "Art. 177.- Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional".

(19) La mayoría de la jurisprudencia entiende que el funcionario público tiene la obligación legal de denunciar aquellos hechos que se encuentren dentro de su ámbito de competencia directa. Es decir, no tendrá dicho mandato un empleado administrativo del ministerio de finanzas que observa un robo en la vía pública.

debe realizarse la denuncia ya que la norma no lo especifica. Entiendo que la sociedad cumpliría al denunciarlo ante cualquier autoridad pública que tuviera competencia en la materia. Sin duda las autoridades por excelencia serán los fiscales o jueces con competencia en la materia, que para el caso que se trate de un hecho de corrupción que implique a funcionarios públicos nacionales será federal y en el caso que sean provinciales será la justicia ordinaria.

No obstante, también considero como posible la denuncia ante la policía y los organismos de contralor de la sociedad. Ejemplo de ello será la OA o la CNV para los casos en que la persona jurídica cotice en la bolsa y el BCRA para el caso que sea una entidad financiera.

4) Delitos en los que tiene efectos. Uno de los mayores impedimentos que se observa para la empresa de formular una autodenuncia, es el hecho que, en la mayoría de los casos, el delito de corrupción concurre con otros que no se encuentran abarcados por la ley 27.401.

En esos casos, se desincentivaría a que una sociedad se autodenunciaría si de todas maneras se continuara la investigación por otro delito. Recordemos que los delitos abarcados por la ley se circunscriben a unos pocos establecidos en el Título XI del Código Penal denominado "Delitos contra la Administración Pública" (20).

Del análisis de los delitos incorporados como generadores de responsabilidad penal de la persona jurídica, se advierte que no se incluyeron todos los delitos que suelen vincularse directamente con la corrupción y que se encuentran tipificados en los tratados internacionales mencionados con anterioridad.

Al respecto, no se encuentran abarcados los delitos de cohecho menor (art. 259 del Cód. Penal) (21), malversación de caudales públicos (arts. 260 y 262 del Cód. Penal) ni de peculado (art. 261 del Cód. Penal). Parecería que hubiera sido más fácil incluir a todos los delitos incluidos en el título "Delitos contra la administración pública" como estaba previsto en el proyecto original presentado por el PEN.

Tampoco se incluyeron otros delitos que, si bien no son actos de corrupción, se encuentran íntimamente relacionados con ellos, como ser los delitos de defraudación contra la administración pública (art. 174, inc. 5º del Cód. Penal), asociación ilícita (art. 210 del Cód. Penal) y lavado de activos (arts. 304 y 305 del Cód. Penal).

Por otra parte, considero que hubiera sido conveniente armonizar nuestra legislación ya que nos encontramos con diferentes regímenes de RPPJ dispersos en leyes especiales y en el propio Código Penal que no tienen un equivalente al art. 9º de la ley 27.401, estableciendo incluso criterios de atribución diferentes que pueden perjudicar su debida aplicación (22).

(20) 1.- Delito de cohecho y tráfico de influencias nacional (art. 258 del Cód. Penal) o transnacional (art. 258 bis). 2.- Delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas prevista en el art. 265 del Cód. Penal que tiende a evitar cualquier parcialidad o interés económico del funcionario, en los contratos y operaciones que intervenga la Administración. 3.- Delito de concusión establecido en el art. 268 del Cód. Penal que castiga al funcionario público que convirtiere en provecho propio o de un tercero, las previas exigencias abusivas que hubiera efectuado de una contribución, derecho o dádiva. 4.- Delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios previsto en los arts. 268 (1) y 268. 5.- Por último, se incluye al nuevo delito de balance e informes falso agravado que se incorpora a través del art. 37 de la ley como art. 300 bis del Cód. Penal y que castiga con una pena mayor y multa cuando esas conductas fueran realizadas con el fin de ocultar la comisión de los delitos de cohecho nacional o transnacional.

(21) El delito sanciona a los llamados "agradecimientos" o "dádivas", es decir, a la entrega de dinero o bienes en consideración del oficio del funcionario. Cabe destacar que el dec. 1179/2016 reglamentó el art. 18 de la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, definiendo claramente la prohibición de los regalos de "agradecimiento", con las excepciones motivadas por costumbre diplomática o por cortesía.

(22) Al respecto, la OCDE ha dicho en su informe de Argentina que: "*They also recommend that Argentina consider harmonising its corporate liability provisions so that a single regime of liability covers foreign bribery and related offences such as money laundering and false accounting*".

Ver al respecto lo establecido para el delito de lavado de activos (art. 304 del Cód. Penal), financiamiento del terrorismo (art. 306 del Cód. Penal), *insider trading* (art. 307 del Cód. Penal) y agiotaje y falsedad de libros societarios (art. 309 del Cód. Penal), intermediación financiera no autorizada (art. 310 del Cód. Penal), cohecho privado financiero (art. 312 del Cód. Penal), evasión tributaria (art. 14 de la ley 24.769), cambiario [art. 1º,

Afortunadamente, actualmente se encuentra en proceso de redacción un nuevo Código Penal, el cual unifica la dispersión antes mencionada y ampliaría a otros delitos la responsabilidad de la persona jurídica que no existían hasta el momento, tal como es el caso de los delitos de trata de personas o ambientales.

5) La espontaneidad de la denuncia. El término "espontáneo" puede definirse negativamente como lo hacía el art. 16 de la ley 24.769 —actualmente reemplazada por la ley 27.430—, es decir, que la denuncia tendrá dicha calidad cuando no se motive como consecuencia de una denuncia, inspección o requerimiento de alguna autoridad pública (23). Aunque se desprende de su comparación con la ley 27.401, que éstas deberán estar relacionadas directamente —y no indirectamente— con el hecho de corrupción a denunciar (24).

Asimismo, cabe destacar que el art. 9º de la ley bajo análisis, no solo exime de pena a la entidad, sino que también de responsabilidad administrativa al indicar que "quedará eximida de pena y *responsabilidad administrativa la persona jurídica*" (el destacado me pertenece). Ello resulta una mejora de lo que sucedía con la autodenuncia del art. 16 de la ley 24.769, ya que solo se limitaba a la exención de la sanción penal por delitos tributarios, pero no así a las sanciones de carácter administrativo. Estas últimas deben establecerse especialmente mediante decreto del PEN, de acuerdo a lo que establece el art. 113 de la Ley de Procedimiento Fiscal, lo cual genera complicaciones prácticas.

Una de las grandes incógnitas es que la entidad sepa que tiene o no la espontaneidad requerida por el art. 9º. Por ejemplo, actualmente la empresa no se entera de las denuncias penales, ya que, de conformidad con los códigos procesales, el fiscal no tiene obligación de notificarle la formación de la causa al imputado. Dependiendo del proceso en particular, será ante la determinación de los hechos o directamente en el llamado a indagatoria. Comúnmente el imputado también sabe de su existencia cuando se llama a prestar declaración testimonial a los empleados, cuando es indagado o cuando hay un allanamiento.

Ahora bien, técnicamente el conocimiento debiera ser directo y fehaciente, ya que a diferencia con el art. 16 de la ley 24.769 y el art. 113 de la Ley de Procedimiento Fiscal, el art. 9º de la ley en cuestión no comprende la vinculación de hechos indirectos. Consecuentemente, entiendo que en principio se perdería la espontaneidad cuando la entidad fuere allanada ya que pudiera surgir de la carátula o de lo que estuvieran buscando o que el juzgado o algún organismo de contralor le solicitara información sobre dicho hecho en particular. Repito nuevamente, dichos requerimientos deberían estar vinculados directamente con el hecho y para quitarle su espontaneidad. y es el fiscal quien tiene que demostrar un nexo causal. Sin lugar a dudas cuando el hecho surja en los medios también se perdería la espontaneidad deseada.

En fin, surge imperativo que se defina claramente cuándo hay presentación espontánea y cuándo no lo hay, a fin de brindar previsibilidad jurídica ya que de lo contrario obstaría a la aplicación del instituto. Quien debiera realizarlo es la Oficina Anticorrupción en su calidad de órgano rector en la materia, y de acuerdo con las facultades conferidas por el decreto reglamentario 277/2018 para emitir guías y lineamientos en la materia. También podría realizarlo el

---

inc. f) de la ley 19.359], contrabando (art. 887 del Cód. Aduanero) y estupefacientes (art. 27 de la ley 23.737).

(23) CS, "*...una presentación será espontánea siempre que no se produzca a raíz de una inspección, observación o denuncia del organismo recaudador. Éste es el supuesto al que se refiere el art. 73 de la ley 25.401 en su párrafo primero...*" (Fallos 327:3937).

Cámara en lo Penal Económico, Sala A, causa 1488/2016/2/CA1 de fecha 09/03/2018: "*...los imputados habían tomado conocimiento de la existencia de la deuda administrativa y del procedimiento legal aplicable al caso a través de las intimaciones cursadas con anterioridad a las fechas de los pagos efectuados, motivo por el cual no se encontraría cumplido el requisito de la espontaneidad en el pago, exigido por el art. 16 de la ley 24.769*" y causa 44/2017/2/CA1 del mismo tribunal de fecha 28/11/2017: "*Que en el caso consta que los pagos a los que se refiere el imputado se realizaron con posterioridad a la intimación del fisco y a la presentación de la denuncia que dio inicio a la causa. Que, en esas condiciones, la regularización de la deuda no puede considerarse espontánea y, por ende, la extinción de la acción penal por aplicación del art. 16 de la ley 24.769 no resulta procedente*".

(24) Ello se desprende porque a diferencia del art. 16 de la ley 24.769, el art. 9º de la ley 27.401 no especifica si el acto jurídico precedente a la denuncia tiene que estar "directa o indirectamente" relacionado.

ministerio público fiscal mediante resoluciones generales de actuación para todos sus agentes fiscales.

6) Un programa de cumplimiento previo. En cuanto a los restantes requisitos del art. 9º, es decir tener un programa de integridad adecuado previamente a la comisión del hecho (inc. b) me remito a los demás artículos que con mayor profundidad abarcan el tema. Solo cabe hacer mención que un programa de cumplimiento adecuado abarca el inc. a, es decir la detección e investigación de los hechos de corrupción que se cometen dentro del ámbito de competencia de la entidad.

7) El inc. c: devolución del beneficio obtenido. El art. 9º no establece que debe ser concomitante con la denuncia el beneficio obtenido. Al respecto, cuando habla que a fin de eximirse de pena la persona jurídica es necesario que los requisitos "concurran simultáneamente", se refiere a la procedencia del instituto, pero no impide que difiera en el tiempo la devolución. Ello resultará lógico ya que será de difícil determinación *a priori* el beneficio obtenido o intentado. Es más, en los casos complejos el pago debería estar supeditado a lo que en definitiva determine la pericia de los peritos oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en el caso que sea federal).

No obstante, no cabe dudas que para que proceda el sobreseimiento por esta causa absolutoria, no sólo se exige que "...El sujeto obligado [...] regularice espontáneamente su situación..." sino, además, aquel debe dar "...cumplimiento a las obligaciones evadidas..." (en este caso el beneficio obtenido) ya que la cancelación parcial del mismo no puede constituir un "... cumplimiento de las obligaciones..." (25).

Si bien la determinación del beneficio obtenido escapa a este artículo por ser una materia contable, pueden hacerse algunas apreciaciones sobre la conveniencia de la norma en haberse basado sobre el beneficio y no en el monto involucrado (en este caso en el cohecho) como lo venía haciendo el Código Penal en otros delitos (ej. lavado de activos), ni en los ingresos brutos de la empresa, como estaba en el proyecto de la cámara baja y del PEN.

Al fijarse el cómputo sobre la ganancia obtenida y no sobre lo efectivamente pagado, se evita que la empresa realice un análisis costo-beneficio del soborno, incorporando lo pagado al monto que eventualmente tuviera que abonar como multa si fuere detectado.

El proyecto presentado por el PEN, así como su media sanción por la Cámara de Diputados, establecían multas de 1% a 20% de los ingresos brutos anuales del ejercicio anterior a la comisión del hecho, basándose en lo establecido por la ley antisoborno brasilera 12.846 del año 2013 (inc. 1º art. 6º).

Ello fue fuertemente criticado por las cámaras empresarias debido a que resultaba inconstitucional por violar al principio de proporcionalidad (26) ya que se basaban en un periodo fiscal anterior que no guardaba relación alguna con el hecho ilícito. También estaría en contra de los tratados internacionales que establecen que la sanción debe ser eficaz, proporcional y disuasiva (27), lo cual se agravaría por las demoras constatadas en llegar a una sentencia, según consideró la OCDE, en el documento emitido referido a la fase 3 bis del "Reporte sobre la implementación de la Convención Anticorrupción de la OCDE en la Argentina" emitido en marzo de 2017 (28).

En fin, la sanción establecida sobre el beneficio obtenido o intentado es la mejor opción

(25) Cámara en lo Penal Económico, Sala B, causa 865/2013 de fecha 18/11/2016.

(26) Surge del art. 28 de la CN, el cual establece que la intervención pública debe ser idónea, indispensable y proporcionada para llegar a los fines queridos. Conf. Yaccobucci, Guillermo J., "El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal", 2004, SAIJ: DACF040067.

(27) Art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2004.

(28) "*The Corporate Liability Bill in its current form, if enacted, would impose a fine between 1-20% of a legal person's annual revenues in the year before the offence is committed. However, sanctions that are linked to the company's revenues before the offence took place may not necessarily be effective, proportionate and dissuasive. This concern is magnified given the delay in cases reaching the sentencing stage...*". Ver en: *http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf.*

ya que guarda proporcionalidad con el daño cometido y se evita la ponderación costo-beneficio antes mencionada.

V. Otras eximentes

V.1. El beneficio obtenido

En general, la responsabilidad penal de las personas jurídicas esta limitado a los delitos cometidos por los empleados y terceros de la empresa en su interés o beneficio (art. 2º).

No obstante, el último párrafo del art. 2º de la ley establece que "la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella". Similar disposición tenía el proyecto del PEN así como el de la cámara baja.

La norma tiene por fin preservar los casos en donde la empresa fuera víctima del ilícito, pudiendo a su vez accionar contra su empleado infiel por el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7º del Cód. Penal). No sancionar a la persona jurídica cuando de alguna manera es víctima del delito, puede ser beneficioso en términos político-criminales para el Estado. En primer lugar, promueve a la empresa a revelar y cooperar con la justicia lo ocurrido dentro de su organización. Por otro lado, evita la injusticia de penalizar a sus propietarios e interesados, quienes ya han sufrido las pérdidas por los actos del empleado.

De constatarse dicha situación, la conducta resultaría atípica por falta de uno de sus elementos objetivos que es el de la obtención de un beneficio.

Aunque en la práctica difícilmente se dé esta circunstancia. Si bien el beneficio producto de la corrupción pudo haber sido principalmente para la persona física, en la mayoría de los casos también lo será para la empresa, aún de manera indirecta. Al respecto, en dichas circunstancias la jurisprudencia de los EE.UU. ha resuelto por la responsabilidad de la sociedad (29).

El estándar suele ser interpretado de manera restrictiva por los tribunales de EE.UU. ya que, de lo contrario, podría llevar a que los directivos de las corporaciones puedan incentivar indirectamente a que se realicen de manera encubierta estas maniobras. Al tener una óptica restrictiva, promueve indirectamente a que los accionistas y la gerencia prevengan este tipo de conductas (30).

La jurisprudencia de los EE.UU. han establecido diversas formas de beneficios directos o indirectos para la empresa, en donde de constatarse cualquiera de ellas produce la responsabilidad de la persona jurídica (31). En términos genéricos, es suficiente que la conducta criminal "contribuyó con el negocio del empleador" (32).

Por otro lado, recordemos que la ley 27.401 sanciona no solo el beneficio sino también la intención de su obtención, lo cual genera diversos problemas para su determinación. Este mismo modelo es el adoptado en los EE.UU.

Por tal motivo, en los casos en que no se hubiera concretado el beneficio, una prueba importante para desvincularlo de la empresa es la de comparar los actos del empleado con los actos de la sociedad (33). El resultado de esa comparación es obtenido analizando el pro-

(29) La Corte de Apelaciones por el Distrito de Columbia, en United States v. Sun-Diamond Growers of California, 138 F.3d 961 (D.C. Cir. 1998). En el caso, fondos de la sociedad había sido usados ilegítimamente para la campaña de un funcionario público. La sociedad argumentó que los individuos involucrados habían actuado en contra de los intereses de la sociedad, no solo porque fueron hurtados sino porque no les trajo beneficio alguno. No obstante, la corte entendió que el funcionario público beneficiario de los fondos ilícitos, de alguna manera podía influir en sus decisiones a favor de los intereses de dicha sociedad. Con lo cual, se determinó que el potencial beneficio que la sociedad podría obtener coexistía con el hecho que también era víctima del fraude del empleado.

(30) Corporate Benefit Limitations on Corporate Criminal Liability, 3.06, en el libro Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, Law Journal Press, 2013.

(31) Ídem.

(32) United States vs. Thompson-Powell Drilling Co., 196 F. Supp. 571, 574.

(33) Standard Oil Co. vs. United States, 307F 2d 120, 128 (5th Cir 1962). Obtenido de Corporate Benefit Limitations on Corporate Criminal Liability, 3.06, en Gruner, Richard, ob. cit.

grama de cumplimiento. Si esta muestra que los actos del empleado fueron contrarios con las políticas de la sociedad y que eran pasibles de sanción disciplinaria, el juez debe concluir que el empleado no tuvo intención de beneficiar a la empresa (34).

V.2. El rechazo expreso de actos de terceros

El art. 2º de la ley 27.401 establece en su párr. 2º que las entidades son responsables por los actos de "...un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita". A *contrario sensu*, la persona jurídica no será responsable por dichos actos si los rechaza expresamente.

El problema se suscita cuando la empresa no tiene conocimiento que el tercero (proveedor, agente, etc.) ha realizado un hecho ilícito en su nombre o beneficio. En ese caso, a mi entender, la persona jurídica sería responsable solo cuando tuviera conocimiento de lo ocurrido, y a pesar de ello, no lo rechazare expresamente. En ese caso el hecho no podría serle atribuido debido al principio de prohibición de regreso (35).

La palabra "ratificar" que utiliza la norma, apoya dicha tesitura. Dicho termino alude a un acto voluntario sobre hechos que se encuentran bajo su conocimiento, indistintamente que se manifiesten de manera tácita o expresa. Es decir, que se requiere el dolo o intensión de que se lleve a cabo el injusto.

Ello no quita que a la persona jurídica pueda atribuírsele el hecho a título de dolo eventual o bajo el concepto de "ceguera deliberada" (36), a lo que en la práctica será la persona jurídica quien deba demostrar el desconocimiento alegado. Para ello será de vital importancia las circunstancias del hecho (gravedad del hecho, tamaño de la empresa, etc.).

La atribución de la responsabilidad por hechos de terceros podría haberse resuelto bajo los principios generales del Código Penal sobre la autoría y participación (arts. 45 y 46 del Cód. Penal), sin tener que recurrirse a una norma expresa al respecto. No obstante, el fin que tuvo el legislador con esta disposición fue la de hacer énfasis en que se encuentran abarcados los casos en donde el soborno se paga a través de terceros que no tienen vinculación formal con la empresa. Al respecto, estudios demuestran que la gran mayoría del cohecho se canaliza a través de ellos.

Aplicarlo para otros casos no queridos por el legislador, llevaría a situaciones contradictorias e ilógicas que vulnerarían los principios básicos de proporcionalidad y culpabilidad. Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "...si bien la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, la misión judicial no se agota con ello, pues los jueces no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma" (Fallos: 327:5295 y el allí citado).

V.3. La amnistía y la prescripción

Como ya fuera mencionado al hablar sobre la naturaleza de las eximentes establecidas por la ley, el art. 4º restringe las causas de extinción de la acción a dos: la amnistía y la prescripción. En cuanto a la primera, como se dijo, es una potestad propia del congreso de la nación que lo que ataca es la antijuricidad de la conducta mediante una norma especial del congreso. Es decir, no solo que se exime de pena, sino que directamente la conducta deja de ser delictiva. En la práctica será de difícil ocurrencia debido a que la Argentina se ha obligado internacio-

(34) Gruner, Richard, op. cit.

(35) El principio de prohibición de regreso lleva a la imposibilidad que se regrese en la imputación delictiva hacia aquellas personas que prestaron un aporte sustancial a la conducta ilícita, pero que lo hicieron dentro del marco del riesgo permitido a su actuación.

(36) Proviene de la doctrina elaborada por la jurisprudencia de los EE.UU. *willful blindness*. Es la descripción de una situación en la cual una persona intencionalmente busca de manera activa u omisiva desconocer ciertos hechos que lo llevarían a descubrir el delito. Ejemplo de ello podría ser no pedirle cierta información al proveedor ya que de hacerlo seguramente se revele el hecho ilícito.

nalmente a investigar y sancionar los hechos de corrupción (37).

En cuanto a la prescripción de las conductas, como ya fuera mencionado, se trata de la extinción de la acción por el transcurso del tiempo. En el caso de la ley 27.401 se establece una excepción a los principios generales del código penal ya que se determina en 6 años como único plazo para cualquier delito de la ley (art. 5º). Ello se diferencia con el plazo establecido para las personas físicas que dependerá del delito que se trate porque se determina en base a la pena máxima del delito en cuestión (art. 62 del Cód. Penal).

VI. Cuestiones procesales

El vehículo jurídico para plantear una causa absolutoria es a través de una excepción de falta de acción de conformidad con el art. 339, inc. 2º del Cód. Proc. Penal de la Nación (38), si se trata de un proceso federal. Dicho nombre puede generar confusiones para el caso de aplicarse el beneficio del art. 9º ya que como se dijo con anterioridad, en realidad no se trata de una extinción de la acción sino de una exención de la pena, al ser una excusa absolutoria. La jurisprudencia no ha hecho diferencia al respecto, con lo cual no habría inconvenientes en su procedencia a través de la vía mencionada.

No habiendo duda acerca de que el hecho cometido se encuadra dentro de los delitos establecidos en el art. 1º (de corrupción pública) y que se cumplen con las condiciones establecidas en el art. 9º, el tribunal debe declarar exenta de pena a la persona jurídica.

El problema consiste en el momento en que debe adoptarse tal decisión. Para Sebastián Soler "la circunstancia de que sea una mera causa de impunidad no significa que, no existiendo partícipes, deba instruirse proceso y llevarlo a sentencia. Esto importa una fea confusión acerca del objeto de un proceso, que no es otro que el de comprobar un hecho punible. Desde el momento en que se ha establecido la imposibilidad de la aplicación de una pena, el proceso debe sobreseerse sea cual sea el estado o grado en que la causa de encuentre" (39). En un sentido opuesto, Jiménez de Asúa invocó un viejo fallo de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital según el cual la oportunidad procesal de declarar la existencia de la excusa es la del dictado de la sentencia definitiva (40).

Cabe recordar que la cuestión se complica más en relación a la ley 27.401. De acuerdo al art. 4º el proceso penal continúa con respecto a las personas físicas a pesar que quede exenta la persona jurídica. Asimismo, quizás podría ser importante para la persona jurídica seguir vinculada al proceso a pesar de la procedencia de la excusa absolutoria, ya que podría querer que se la sobresea por la cuestión de fondo a fin de evitar ser responsable civilmente.

Sin embargo, a pesar de las elucubraciones que podamos realizar sobre el particular, la jurisprudencia es conteste en que procede el sobreseimiento una vez constatada la falta de punibilidad del hecho por una causa absolutoria (41).

VII. Conclusión

La exención de sanción penal y responsabilidad administrativa establecida por el art. 9º de la ley 27.401 es un salvoconducto necesario para que la empresa se anime a revelar ante las autoridades un hecho de corrupción cometido dentro de su ámbito de competencia.

Como política-criminal resulta acertada ya que la información contribuirá con el avance de

(37) La Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

(38) Art. 339 del Cód. Proc. Penal: "*Durante la instrucción, las partes podrán interponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento: ... 2º) Falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida, o no pudiere ser proseguida, o estuviere extinguida la acción penal*".

(39) Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, TEA, Buenos Aires, 1988, p. 182. Citado por Marco Antonio Terragni.

(40) Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* t. VII, Losada, Buenos Aires, 1977, p. 164. Citado por Marco Antonio Terragni.

(41) Conf. Cámara en lo Penal Económico, Sala A, causa 743/2016/1/CA2 de fecha 13/03/2018.

la investigación de la justicia en la búsqueda de la verdad material, que es de interés primordial de la sociedad.

No obstante, el alcance de varios de sus términos resultan difusos por lo que lamentablemente entiendo que desincentivará su utilización. Por tal motivo, será necesario que la Oficina Anticorrupción o el Ministerio Público Fiscal dicten guías y lineamientos para acotar la discrecionalidad de su aplicación, generando así una mayor previsibilidad para las empresas.

Aproximación teórica al acuerdo de colaboración eficaz

POR **FRANCISCO J. CROCIONI** (*)

The Law teaches us how to disagree...
if you take it personally, you are
in the wrong line of work.
Drew Faust (1)

I. Introducción

Para quienes actuamos diariamente en la escuela de la realidad tribunalicia, uno de los instrumentos previstos por la nueva Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas despierta cierto interés, al que podríamos llamar *privilegiado*, al compararlo con el resto de sus camaradas normativos flamantemente creados fruto de la sanción de la ley 27.401, la cual pareciera haber puesto fin a una de las más elaboradas y tradicionales discusiones jurídicas en nuestro Derecho Penal en derredor de la formula *Societas delinquere non potest* y en el marco de la cual a lo largo de los años han intervenido juristas de renombre que ciertamente enriquecieron el debate sobre la materia en torno a nuestro derecho penal.

De redacción sencilla, aunque —a nuestro modo de ver— no siempre precisa en punto a los términos seleccionados, intuimos que la norma tenía destino de Código Penal unificado (cuyo proyecto actualmente se encuentra en proceso de elaboración) antes que de ley especial independiente. Los cinco artículos dispuestos por el legislador para definir las reglas en derredor de las cuales tendrán lugar los pactos entre empresa y Fiscalía vienen a complementar un panorama procesal de actualidad que se muestra receptivo del arrepentimiento del imputado y su voluntad de colaboración con el proceso penal en el marco del cual se encuentra investigado, a la vez que asistimos a una nueva instancia en la implementación de lo que llamamos en un trabajo anterior el *Proceso penal de los acuerdos.*

Comenzando a dejar de lado los debates académicos que mantuvieran en años pasados juristas de renombre como Jiménez de Asúa, Roxin, Bacigalupo y Zaffaroni entre tantos otros, nuestro régimen legal ha incorporado una herramienta que deberá ser puesta a prueba por aquellos que cuentan con la obligación legal de representar el interés público en la persecución de los delitos que afectan bienes jurídicos colectivos y al mismo tiempo será controvertida por quienes en el marco del ejercicio de las actividades económicas propias de la vida empresarial moderna decidan atravesar las barreras del *deber ser* y adentrarse en el mundo

(*) Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Penal (UBA). Secretario del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 9 de la Capital Federal. Editor Responsable de la Revista de Derecho Penal y Criminología y del Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal (Thomson Reuters La Ley).

(1) La cita corresponde al discurso brindado por la Profesora Drew Faust, actual Presidenta de la Universidad de Harvard, en el marco del acto por la celebración de los doscientos años de existencia de la Facultad de Derecho de esa Universidad, el cual tuvo lugar el pasado 26 de octubre de 2017 en el *Sanders Theatre* y del cual participaran los actuales Jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos Neil Gorsuch, Elena Kagan, Anthony M. Kennedy, Stephen G. Breyer y John Roberts Jr. junto con el ya retirado David H. Souter.

de aquellos actos jurídicamente reprochables desde la óptica del Derecho Penal (2) (3) (4) (5).

(2) El análisis de los archivos de las clásicas ediciones de la Revista Jurídica La Ley bajo su formato de tomos en los cuales se compilaban artículos doctrinarios, comentarios de jurisprudencia y sentencias a texto completo, da cuenta de que en el año 1988, el inigualable Profesor español Luis Jiménez de Asúa, publicó un trabajo donde analizaba las diferentes alternativas que existían en derredor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas. El trabajo en cuestión, el cual entendemos sumamente recomendable debido al celo científico aplicado al repasar las posiciones de autores alemanes, italianos, franceses, españoles, cubanos y argentinos, explica: "El tema viene desde sus comienzos con una valla difícil de saltear. La Revolución francesa, las grandes conquistas modernas, hicieron que las viejas fórmulas que imponían a la pena carácter personal se asentaran definitivamente en la práctica. Sólo al individuo que delinque es posible sancionarle con una pena o con una medida asegurativa de tipo detentivo; sólo al sujeto que ofrece peligro para la sociedad, es necesario encerrarle o poner sobre él una sanción corporal. De aquí venían ya los obstáculos, insuperables al parecer, para exigir la responsabilidad a las sociedades, a una persona moral; es decir a una entidad no natural [...] entre los penalistas más afamados, que afirman la responsabilidad penal de las corporaciones está Franz Von Litz que en el texto de su Tratado y también en una larga nota, combate el axioma *Societas delinquere non potest*, y afirma la responsabilidad de la persona social, creyendo que, de la misma manera que esa sociedad contrata y dentro de los contratos puede realizar acciones leoninas, fraudulentas y dolosas, también puede realizar acciones criminales. A su entender, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo es posible sino 'conveniente' porque 'jurídicamente' las condiciones de la capacidad de obrar de las sociedades en materia penal no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el Derecho civil o el Derecho Público. A juicio mío es ahí donde está toda la quiebra del sistema de Franz Von Litz, que nos lanza a un verdadero error [...] Por nuestra parte, quisiéramos demostrar —tal vez demostrar sea excesivo—, intentar la demostración de que no podemos edificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por múltiples razones totalmente vinculadas a la dogmática de nuestro Derecho, voy a dar por sabida la afirmación de la personalidad de las penas, de esta gran conquista que sólo tiene auténtica validez después de la Revolución francesa: la pena únicamente ha de decretarse contra el que delinque y sólo alcanza a la persona que comete la infracción. En aquella famosa frase de Savigny, de que no es posible la responsabilidad penal sin que exista una identidad del delincuente y del condenado, hallamos quizá una razón filosófica para no poder admitir la responsabilidad de las personas jurídicas. Pero es en el ámbito dogmático, estrictamente técnico del Derecho penal, donde veremos que es imposible hacerlo. Y permítaseme que argumente con alguna extensión. El delito, cualquiera que sea la definición que aceptemos, es un acto antijurídico y culpable. No sólo es imposible que edifiquemos la noción del delito sin que éste se oponga a la norma de cultura, sino que no podemos hablar de él sin que el hecho injusto tenga un nexo anímico con el sujeto; es decir, que sea imputable [...] si para castigar un hecho es preciso que sea imputable y antijurídica la conducta, es obvio que no habiendo sujeto imputable, capaz de dolo, no hay delito. Esto no lo duda en absoluto jurista alguno, a no ser que quiera marchar por los caminos de una originalidad excesiva, como los neokelsenianos argentinos, que niegan todas las características del delito y sólo ven en él un conjunto, muy grato por cierto, a los nacionalsocialistas de Alemania. El caso es que nos encontramos con que en la definición del delito se exige lo antijurídico y lo culpable. Como lo antijurídico es eminentemente objetivo, no cabe duda de que podemos pensar, con Binding, que las sociedades pueden realizar actos antijurídicos; pero cuando llegamos a la culpabilidad, cuando tratamos de definir lo que es el dolo, vemos que la noción de éste no puede resumirse en una fórmula demasiado sencilla y tenemos que buscar sus elementos. No es posible afirmar que una persona ha realizado un acto con dolo si en él no concurren dos grupos de elementos esenciales: el intelectual y el afectivo. El intelectual consiste en que el sujeto capte dentro de su conciencia el hecho, tal y cual es, con todas las circunstancias del tipo que el Cód. Penal ha definido, y que además, conozca la significación de su acto. Es decir que para que el sujeto que actúa perpetre una acción dolosa, es preciso que conozca las circunstancias de hecho, y al mismo tiempo la significación antijurídica de su conducta [...] En suma: sin el dolo, con sus elementos intelectuales y afectivos, no hay delito intencional, porque el delito es un acto antijurídico y culpable. Pues bien, yo invito a que se defina el dolo en la persona social, con la seguridad de que fracasará de la manera más ruidosa, quien intente tan imposible empeño". (Jiménez de Asúa, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Jurídica Argentina La Ley,* t. 48, p. 1041) Dicho trabajo fue publicado en conjunto con otro titulado "La responsabilidad de las personas jurídicas en las legislaciones positivas" en el marco del cual el autor concluye: "En los más graves delitos a que hemos aludido, apenas es posible que la sociedad actúe como instigadora. La sociedad no puede abordar un barco, no puede matar al padre, no puede asesinar a nadie, ni robar con homicidio. Sólo puede concebirse la ejecución del hecho por instigación de la sociedad. Y ya esa figura aparece como subordinada en la codelincuencia; es decir, como una extensión penal de la subordinación típica, como se dice hoy en la dogmática vigente. Y con esas conclusiones ha de interpretarse el precepto del art. 16. Creo que en ciertos delitos, de los que llaman los alemanes 'de propia mano', como el perjurio; y en los 'delitos especiales', como los de los funcionarios, sería difícil construir formas de instigación. Pero repitamos, que con esas limitaciones, la responsabilidad penal colectiva tiene que ser generalizada, como vemos por el resultado de la interpretación sistemática que hemos hecho del Código de Defensa Social. No nos cansaremos, sin embargo de aconsejar, dentro del criterio extensivo, un cierto espíritu de prudencia para que los tribunales, acusadores y abogados sean auténticos auxiliares de la justicia (Ver *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 48, p. 1106).

(3) El notable catedrático alemán, explica en la que entendemos su más importante obra: "Tampoco son acciones conforme el Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues dado que les falta una sustancia psíquico espiritual no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo órganos humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica. Esto suena a obviedad, pero no lo es. Dado que existe la necesidad de volver a privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos y que también en otros aspectos se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU. Y también es verdad que el Derecho alemán conoce la multa contra personas jurídicas y agrupaciones de personas como 'consecuencia accesoria' de delitos o de contravenciones administrativas que se hayan cometido al actuar por personas jurídicas o agrupaciones de personas (s 30 owiG). Por tanto, en el Derecho contravencional son posibles sanciones, en su caso, incluso sin concurrir una 'acción'. Y aquí podemos dejar de lado —dada la distinta concepción y estructura del Derecho contravencional— la muy discutida cuestión de si ello es justificable, pues en todo caso, en Derecho penal hay que recurrir a otros medios para combatir criminalidad económica; en la medida que no baste a efectos de prevención general privación de ganancias mediante la confiscación y el comiso (ss 73 ss.), habrá que intervenir con penas privativas de libertad contra los órganos y gestores responsables. No obstante, en los últimos años y siguiendo una tendencia internacional también se ha vuelto a encender vivamente en Alemania la discusión sobre qué sanciones se pueden imponer por el comportamiento de las corporaciones. El trasfondo de la discusión es el interés por poder combatir más eficazmente los delitos económicos o medioambientales, pero también p.ej., el lavado de dinero dentro de la criminalidad organizada; pero aún no está nada cómo se debería hacer, pues las propuestas formuladas hasta el momento difieren ampliamente unas de otras" (Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Civitas, Madrid, 2015, ps. 238 y 239).

(4) Al respecto, el ex magistrado del Tribunal Supremo español explica: "Más allá de la problemática teórica todavía viva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será una realidad tarde o temprano generalizada en el Derecho Penal europeo continental y probablemente también en el Derecho Penal latinoamericano En Europa la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha difundido rápidamente desde fines del siglo pasado, especialmente después de su introducción en el *Corpus Iuris* (1997/2000) para la Protección de los Intereses Financieros de la UE (art. 14). Actualmente prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas los Códigos Penales de Bélgica, art. 5º (introducido por la ley de 4-5-99); Dinamarca, § 25; Eslovenia, art. 33; Francia, arts. 121-2 y siguientes; Finlandia, Capitulo 5, 8; Portugal, art. 11; Suecia, Capítulo 36, 7. En Holanda la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por el art. 15 de la Ley sobre hechos punibles económicos (WED) de 1950 y en Austria mediante la ley de 23 de diciembre de 2005. Alemania, Italia y la UE aplican a las personas jurídicas sanciones de carácter administrativo, que, en su caso, pueden llegar a tener tanta gravedad como las penas pecuniarias del Derecho Penal. En todo caso es preciso tener presente que no existe una diferencia esencial entre las sanciones administrativas y las penales para las personas jurídicas y que los principios del Derecho Penal —como lo ha establecido el Tribunal Constitucional [español]— tienen una amplia aplicación en el Derecho sancionador administrativo [...] la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tendrá una indudable trascendencia sobre la organización empresarial, en la que se deberá asumir privadamente una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento (*compliance*) y en el asesoramiento y la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados" (Bacigalupo, Enrique, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y prevención de los riesgos de su responsabilidad", *Revista de Derecho Penal,* 2010 - I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 45).

(5) El más importante penalista que tiene nuestro país plantea en su último gran trabajo colectivo sobre la parte general del Derecho Penal respecto de la posibilidad de sanción judicial a las personas jurídicas: "Para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio de poder punitivo sobre personas jurídicas es materia de pura decisión legal. En esta perspectiva puede sostenerse que la acción —o los sujetos— del derecho penal se construyen funcionalmente y, por ende equiparar la constitución y los órganos de la persona jurídica con la toma de decisiones humanas, concluyendo que cuando la persona jurídica decide conforme a sus estatutos no hay problema en admitir que realiza una acción y que hay una culpabilidad por la decisión. Por esta vía se llega a la organicidad, que funda la capacidad penal de las personas en el derecho inglés, que la reconoce desde mediados del siglo XIX (y desde 1889 incluso para sociedades sin personería). En la doctrina británica se sostiene al respecto que, en muchos aspectos, una compañía puede ser asimilada al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un centro nervioso que controla lo que hace. Tiene también manos que usan las herramientas y cumplen las directivas del centro. Algunas personas de la compañía son meros servidores y agentes que no son más que manos para hacer el trabajo y no puede decirse que representan su mente o voluntad. Otras son directores y gerentes que representan la mente y voluntad dirigente y controlan lo que hace. El estado mental de estos gerentes es el de la compañía y la ley lo trata como tal. En definitiva, estas posiciones no parecen alejarse mucho de la vieja teoría orgánica o de la realidad en cuanto a la naturaleza de las personas jurídicas (Gierke) por oposición a la teoría

El tiempo de los proyectos de ley y las discusiones sobre lo que podría ser y lo que sería un régimen penal enfocado en las personas jurídicas ha quedado atrás. Argentina cuenta a partir del pasado 1 de diciembre con una norma que específicamente establece un grupo de delitos en relación a los cuales las empresas pueden ser perseguidas penalmente y declaradas responsables por su comisión recibiendo en consecuencia algunas de las diferentes *sanciones/penas* que el régimen establece. De la mano de dicha realidad, la cual ciertamente implica un interesante cambio de paradigma, aflora la posibilidad de que sea la propia empresa la que decida colaborar con la investigación y celebrar un acuerdo con el Ministerio Público Fiscal, extremo que ciertamente resulta algo novedoso y que motivará todo tipo de análisis y razonamientos por parte de los doctrinarios y también más de una tarde de lectura en aquellos actores del proceso penal (públicos y privados) que deban aplicar esta novedosa figura ante un caso concreto.

Pretendiendo cumplir con el objetivo planteado al momento de delinear este trabajo y bajo la premisa de que cualquier análisis del tema —por el momento— resulta ser meramente teórico, a lo largo de estas líneas realizaremos un breve *racconto* de la historia del debate en torno a la propuesta original enviada por el Poder Ejecutivo respecto del acuerdo de colaboración eficaz para luego adentrarnos en el análisis de los arts. 16 a 21 de la ley, acompañados del relato de un caso ficticio en el marco del cual se pretenden abarcar la mayor cantidad de supuestos previstos por la norma a fin de invitar al lector a reflexionar acerca de los aciertos y las cuestiones a resolver que presenta el nuevo marco jurídico.

II. Proyecto de ley original. Regulación sobre el acuerdo de colaboración eficaz

Por medio del mensaje 127 (6) fechado el 20 de octubre de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso, un proyecto de ley tendiente a establecer un Régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y el cohecho transnacional tipificado en el art. 258 bis del Cód. Penal. De forma complementaria y con el objetivo de darle mayor eficacia y plena aplicabilidad a dicho régimen en los casos específicos de soborno transnacional, se propuso una reforma en materia de aplicación espacial de la ley penal mediante la modificación de los arts. 1º y 77 del Cód. Penal junto con la modificación de artículos específicos de la parte especial del Código de fondo.

De forma específica el proyecto menciona el tema que nos convoca en los siguientes términos: "Con independencia de los mecanismos

de la ficción de Savigny. La mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que no se trata de una mera cuestión legal sino que la persona jurídica es incapaz de acción aunque no faltan quienes fundan el *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*) en la incapacidad de tipicidad o de culpabilidad y aun de pena. La tesis de la incapacidad de acción es sostenible por quienes postulan un concepto de acción que no rechaza totalmente los límites ónticos, por lo cual, dentro del pensamiento penal moderado se sostiene que puesto que falta allí una substancia psíquica espiritual, no puede ésta manifestarse. De cualquier manera, aunque sea la teoría de la incapacidad de acción la correcta, no debe creerse por ello que todos los problemas quedan resueltos. Las leyes pueden imponer sanciones a las personas jurídicas con lo cual sería necesario determinar su naturaleza. Nada impide que el mismo juez penal y en función de la misma ley, pueda ejercer poder coactivo reparador o coacción directa contra personas jurídicas pues no se trataría de penas. En tanto que respecto de éstas, es decir cuando el poder para el que se habilita al juez no sea reparador, resultarían inconstitucionales. El impulso para dotar a las personas jurídicas de capacidad delictiva proviene de corrientes positivistas criminológicas y en general de las que son tributarias de la llamada defensa social, es decir de concepciones de fondo organicista. Posteriormente, se sumaron argumentos de dirigismo estatal; en cambio en la actualidad pesan criterios de diferente signo ideológico, como los que provienen del desarrollo del derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, de criterios de defensa social para la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública). Pero, con todo, los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante, especialmente cuando nada impide que el propio juez ejerza coacción reparadora y coacción directa sobre las personas jurídicas" (Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 427 y 428).

(6) El cual lleva las firmas del Presidente de la Nación, el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Justicia.

previstos para la determinación de la pena correspondiente a la persona jurídica, aun cuando estos toman en cuenta la colaboración voluntaria para su atenuación, en el art. 21 se establece específicamente como mecanismo para la suspensión de la persecución el acuerdo de colaboración eficaz. Así, el proyecto prevé que la persona jurídica bajo proceso y el Ministerio Público Fiscal puedan celebrar un acuerdo, llamado de colaboración eficaz, por medio del cual la primera se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes y/o el recupero del producto o las ganancias de delito, a cambio de la suspensión de la persecución, lo que siempre se hará bajo ciertas condiciones".

"El acuerdo de colaboración es una alternativa de política criminal dirigida a incentivar la cooperación de las personas jurídicas en la detección e investigación del delito, procurando lograr los fines del proceso penal de averiguación de la verdad y aplicación del derecho penal material. Está previsto de forma consistente con las reglas de atenuación de las sanciones, permitiendo la suspensión de la persecución en función de una colaboración eficaz durante la etapa de investigación, hasta la citación a juicio. El instituto responde a la necesidad de obtener pruebas e identificar a los autores individuales del delito".

"La norma propone ciertos resguardos de la persona jurídica que decide colaborar para crear un marco de certeza que permita la revelación de la información relevante sin temor a un uso indebido o que pretenda fines diferentes de los perseguidos por el propio acuerdo, como la confidencialidad de la información suministrada hasta la aprobación del acuerdo, la no utilización de dicha información contra la persona jurídica si el acuerdo finalmente no se consuma y que la celebración del acuerdo no implique reconocimiento de responsabilidad".

Planteados dichos objetivos, la celebración de un acuerdo de colaboración eficaz determinaba, conforme la redacción del art. 6º del proyecto, la posibilidad de extinción de la pena aplicable a la persona jurídica (7). A su vez se preveía de manera específica una serie de supuestos de atenuación de la pena aplicable a la empresa en función de su colaboración con la investigación (8) y complementariamente, cumpliendo con los objetivos delineados en el mensaje de elevación del proyecto, la letra del art. 21 reconocía la posibilidad de resguardar la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de su participación en este tipo de *pactos* (9).

(7) Art. 6º.- Extinción de la acción. La acción penal contra la persona jurídica por los delitos contemplados en la presente ley se extingue: a) por prescripción, de acuerdo a lo previsto para cada delito contemplado en la presente ley; b) por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; c) por cumplimiento de un acuerdo de colaboración eficaz, según lo previsto en la presente ley; Las causales de extinción de la acción penal establecidas en los incs. 6º y 7º del art. 59 del Cód. Penal no son aplicables a las personas jurídicas. La extinción de la acción penal contra las personas físicas autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica.

(8) Art. 19.- Atenuación por colaboración. La sanción de multa que correspondiere a la persona jurídica condenada en función de los criterios previstos en los arts. 17 y 18 será reducida de un tercio a la mitad si la persona jurídica hubiera colaborado voluntariamente: a) antes del inicio del proceso, para poner en conocimiento de las autoridades la existencia de los delitos previstos en esta ley; b) durante el proceso, para aportar información o datos precisos, comprobables y útiles para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de las personas físicas o jurídicas que hubieren participado y/o el recupero del producto o las ganancias del delito. La multa nunca podrá ser inferior al uno por ciento (1%) de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la comisión del delito. Si se aplicara sanción de multa, el Tribunal podrá reducir y aún eximir a la persona jurídica de las sanciones previstas en los incs. b), c), e), f) y g) del art. 16 de la presente ley.

(9) Art. 21.- Acuerdo de colaboración eficaz. El Ministerio Público Fiscal y la persona jurídica podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz por medio del cual ésta se obligue a cooperar, a cambio de la suspensión de la persecución, a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes y/o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el segundo párrafo del art. 23 de la presente. El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio. La celebración del acuerdo de colaboración eficaz no

De acuerdo con el Orden del Día 1367 de la Cámara de Diputados de fecha 15 de junio de 2017, las Comisiones de Legislación Penal y de Legislación General analizaron el proyecto, realizaron modificaciones al mismo (10) y elaboraron un total de cuatro dictámenes, uno de mayoría (11) y tres de minoría (12).

El primero de ellos, en relación con el acuerdo de colaboración eficaz, mantuvo la redacción originaria en punto a la posibilidad de extinción de la acción penal por intervención en este procedimiento. Uno de los artículos que sí recibió modificaciones considerables fue el relacionado con el contenido del acuerdo, el cual conforme el proyecto del Poder Ejecutivo exigía que se establecieran tres o más condiciones para tener por aprobada la colaboración de la empresa con el proceso, supuesto que fue rediseñado por el dictamen de mayoría por una redacción más amplia y detallada (13).

En lo relacionado con la forma en que debía instrumentarse el acuerdo, la publicidad de las condiciones y el control de la utilización de la prueba aportada, el rechazo del acuerdo, el control del cumplimiento del mismo y el destino del dinero obtenido en función del pago de las multas previstas como consecuencia de la firma del mismo, el proyecto no fue observado por las Comisiones. Un aspecto que sí cabe destacar es la inclusión en el texto del proyecto original de un segundo tipo de acuerdo de colaboración, el *acuerdo administrativo previsto por el art. 37 del proyecto actualizado*. En el marco de dicho procedimiento, las personas jurídicas podrían solicitar el acogimiento voluntario a un acuerdo administrativo de colaboración eficaz en los mismos términos previstos en el *acuerdo penal,*

---

implicará reconocimiento de responsabilidad por parte de la persona jurídica.

(10) De la lectura de los antecedentes parlamentarios del proyecto surge que el mismo luego de recibido por la Cámara de Diputados tuvo varias modificaciones en su estructura y contenidos. Entre las principales podemos mencionar la eliminación del art. 2º del proyecto el cual estaba dedicado a la definición de diferentes conceptos normativos (Personas jurídicas; Delitos contra la administración pública; Pequeña y mediana empresa; Contratos asociativos; Contratos de agencia; Contratos de concesión; Contratos de fideicomiso y Programa de integridad).

(11) El cual lleva las firmas de los Diputados María G. Burgos, Daniel A. Lipovetzky, Leandro López Köenig, Eduardo A. Cáceres, Ana I. Copes, Álvaro G. González, Martín O. Hernández, Anabella R. Hers Cabral, Luis A. Petri, Pedro J. Pretto, Fernando Sánchez, Cornelia Schmidt Liermann, Pablo G. Tonelli y Gustavo A. Valdez. Asimismo, los legisladores Ricardo L. Alfonsín y Ana C. Carrizo suscribieron el mismo aunque manifestando su disidencia parcial.

(12) Los Diputados que suscribieron los diferentes dictámenes en minoría fueron los siguientes: en primer lugar un grupo integrado por los legisladores Mónica Litza, Victoria A. Donda Pérez, Gilberto O. Alegre, Vanesa L. Massetani. El Diputado Juan Giordano elaboró un dictamen individual en minoría, lo cual también ocurrió en el caso del Diputado Pablo López.

(13) Mientras que el proyecto preveía en su art. 23: "se establecerán tres (3) o más de las siguientes condiciones, a cuyo cumplimiento quedará sujeta la persona jurídica dentro de un período máximo de tres (3) años, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse, según las circunstancias del caso: a) pagar una multa equivalente al mínimo establecido en el art. 16 inc. a); b) restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; c) realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; d) prestar un determinado servicio en favor de la comunidad; e) aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; f) implementar un programa de integridad en los términos del art. 30 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente" el texto aprobado por mayoría en Comisiones estableció en el art. 22 que: "En el acuerdo se identificará el tipo de información, o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal. Se establecerán las siguientes condiciones: *a)* El pago de una suma de dinero en concepto de medida reparatoria integral que no podrá ser inferior al cero coma uno por ciento (0,1 %) de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la fecha de los hechos que motivan el acuerdo; *b)* La restitución de los bienes o ganancias obtenidos como consecuencia de los hechos reconocidos y/o el valor equivalente. Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso: *c)* Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad; *d)* Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; *e)* Implementar un programa de integridad en los términos del art. 30 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente. La persona jurídica quedará sujeta al cumplimiento de estas condiciones dentro de un período máximo de tres (3) años. De no registrar la persona jurídica ingresos en el período inmediato anterior se procederá del modo previsto en el art. 8º. De no contarse de ninguna base para el cálculo el Ministerio Público Fiscal y la persona jurídica podrán igualmente acordar un monto de medida reparatoria integral acorde a las características del hecho investigado, la colaboración prestada y el acuerdo alcanzado.

aunque en relación con hechos anteriores a la sanción de la ley proyectada. En estos supuestos, intervendría únicamente la Procuración del Tesoro de la Nación o la autoridad equivalente en otros poderes y en las jurisdicciones locales y previo a la suscripción de este pacto, se requeriría a la Procuración del Tesoro de la Nación que cuente con la conformidad de la Sindicatura General de la Nación.

De acuerdo con la versión taquigráfica de la sesión de fecha 28 de junio de 2017, el Orden del Día 1367 fue tratado por los Diputados de forma general a lo largo de una extensa sesión dotada, lamentablemente, de los condimentos propios de la vida política de los últimos años en nuestro país donde el debate jurídico fue relegado por internas personales, descalificaciones y demás cuestiones. A lo largo de las 350 ps. que conforman el documento que reconstruye la sesión, no emergen consideraciones jurídicas de importancia en relación con el acuerdo de colaboración eficaz o su impacto en el marco del proceso penal de acuerdo con los lineamientos del aún vigente y antiguo Cód. Proc. Penal. En el marco de un debate donde se realizaron comparaciones con el sistema de justicia brasileño y el renombrado caso *Odebretch,* el proyecto remitido al pleno por el dictamen de mayoría de las Comisiones de Legislación Penal y de Legislación General fue aprobado en general en esa misma sesión y se difirió para el 5 de julio el tratamiento en particular de la norma. La lectura del debate celebrado a la semana siguiente, recogido en un documento que cuenta con 163 ps. de extensión, da cuenta de que en lo relacionado con el acuerdo de colaboración eficaz el proyecto original remitido desde el Poder Ejecutivo recibió las siguientes modificaciones por la Cámara de Diputados:

a) Se suprimió la posibilidad de cooperación a cambio de la suspensión de la persecución penal, a la vez que se incorporó la necesidad de aportar *datos completos* dentro de la información intercambiada con el Ministerio Público Fiscal, la cual originariamente debía estar compuesta por datos precisos, útiles y comprobables.

b) En cuanto al cumplimiento del acuerdo, se eliminó la satisfacción de tres condiciones obligatorias para su aprobación por parte de la empresa, al definirse que con el cumplimiento de una de ellas bastará y a la vez se modificaron las inicialmente diseñadas (ver *supra* nota 13) incorporándose las siguientes:

— El pago de una suma de dinero en concepto de medida reparatoria integral que no podrá ser inferior al cero coma uno por ciento (0,1%) de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la fecha de los hechos que motivan el acuerdo;

— La restitución de los bienes o ganancias obtenidos como consecuencia de los hechos reconocidos y/o el valor equivalente;

— La persona jurídica quedaría sujeta al cumplimiento de estas condiciones dentro de un período máximo de tres (3) años.

— En cuanto al monto de la reparación que debería abonar la empresa en concepto de multa, de no registrar la persona jurídica ingresos en el período fiscal inmediato anterior, se procedería del modo previsto en el art. 8º y a la vez en caso de no contarse con una base para el cálculo, el Ministerio Público Fiscal y la persona jurídica podrían igualmente acordar un monto de medida reparatoria integral acorde a las características del hecho investigado, la colaboración prestada y el acuerdo alcanzado.

c) Con respecto al destino del dinero generado con motivo del cobro de las multas impuestas a las empresas, el proyecto originario recibió la modificación relacionada con el hecho de que si el delito fuere cometido en perjuicio o fraude de la administración pública provincial, serán éstas las competentes para designar el destino del producto de las multas.

d) Se eliminó el acuerdo administrativo incorporado en marco del trabajo en Comisiones al ser rechazado en el debate en el pleno por no alcanzarse las mayorías necesarias para que el oficialismo pudiera incorporarlo.

La Orden del día 560, de fecha 20 de septiembre de 2017, da cuenta de que la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores trató el proyecto de ley remitido desde la Cámara de Diputados, elaborándose un dictamen que realizó un conjunto de modificacio-

nes, las cuales luego del tratamiento en el recinto con fecha 27 de septiembre de 2017(14), motivaron el reenvío del mismo a la Cámara de origen en atención a la existencia de los siguientes cambios en el diseño de la norma respecto del tema que nos convoca:

a) Se eliminó la posibilidad de que la suscripción del acuerdo de colaboración eficaz permitiera extinguir la acción penal respecto de la persona jurídica y la procedencia de la atenuación de la pena en caso de colaboración efectiva por parte de la empresa.

b) Se eliminó el requisito de datos *completos* en relación la información que la empresa debía aportar al proceso.

c) En relación a las condiciones que debían satisfacerse por medio de la suscripción del acuerdo, se eliminó el pago de una suma de dinero en concepto de medida reparatoria integral no inferior al cero coma uno por ciento (0,1%) de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la fecha de los hechos que motivan el acuerdo y se la reemplazó por la obligación de pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el art. 7º inc. 1º.

d) Se eliminó el requisito de que la persona jurídica quedara sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones dentro de un período máximo de tres (3) años y a la vez, en caso de no registrar ingresos en el período inmediato anterior, se procedería del modo previsto en el art. 8º. De no contarse de ninguna base para el cálculo el Ministerio Público Fiscal y la persona jurídica podrían igualmente acordar un monto de medida reparatoria integral acorde a las características del hecho investigado, la colaboración prestada y el acuerdo alcanzado.

e) Se agregó la posibilidad de que el juez al cual se somete el borrador de acuerdo por parte de la Fiscalía y la empresa pueda *observar* el mismo(15).

(14) Al momento de presentar las mismas en el recinto, el Presidente de la Comisión, Senador Pedro Guastavino, manifestó en punto al trámite brindado por la Cámara de Diputados al proyecto de ley enviado desde el Poder Ejecutivo: "...el 11 de julio de este año nosotros pensábamos que el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados iba a ingresar como corresponde a la Cámara de Senadores. Para ese día citamos, para que nos dé su opinión en el seno de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, al ministro Germán Garavano, que para sorpresa de todos no pudo referirse al proyecto de ley sancionado por la Cámara de Diputados porque llamativamente el proyecto de ley no había ingresado. El 14 de julio recién ingresa el expediente. Los días 1, 2, 8, 9 y 15 de agosto se realizaron —como decía al principio— reuniones de comisión a lo largo de seis jornadas con todos los expositores. El 24 de agosto también hubo un desayuno de trabajo —también muy importante— donde expertos internacionales en la materia como Patrick Moulette, de la OCDE, William Loo, también de la OCDE, Ignacio Castillo Val, de Chile, David Green, de Ucrania y Paul Leder, de los Estados Unidos contribuyeron a enriquecer la discusión con las experiencias vividas en sus respectivos países. Y el 20 de septiembre, como sabemos, dictaminamos en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales [...] El proyecto de ley de Responsabilidad Penal de Personas Jurídica, que fue evaluado por la OCDE, si bien lograba avances en las cuestiones que estaban acordadas en la Convención, también planteó algunas recomendaciones porque no todos los planteos de la OCDE estaban plasmados en el proyecto del Poder Ejecutivo ni tampoco en el proyecto de ley sancionado por la Cámara de Diputados. Entre las observaciones más significativas que planteaba la OCDE se destaca la responsabilidad de personas jurídicas en la falsa contabilidad vinculada a los hechos de corrupción, en la armonización de un único sistema legal de responsabilidad penal para las personas jurídicas que contemplara la totalidad de los casos punibles, incluida la contabilidad falsa, las multas para el soborno en el extranjero y las sanciones previstas para los fraudes contables. Planteaban que había una deficiente tipificación de la figura de soborno o cohecho internacional según lo preveía el art. 258 bis del Cód. Penal. También, según la OCDE, debía eliminarse la vaguedad de la tipificación del art. 258 bis del Código Penal. Además, en la redacción se omitía aclarar que la ventaja ofrecida al funcionario público sobornado fuera indebida. Como puede verse en el dictamen, todos estos puntos planteados por la OCDE han sido plasmados en el texto al que hoy se da tratamiento [...] creo que se ha hecho un trabajo profundo y puntilloso. Se han analizado concienzudamente todas las opciones posibles y se ha trabajado teniendo en cuenta cada una de las propuestas de los señores senadores. Se ha discutido y debatido con una gran participación y, por ello, creemos que se ha llegado a un proyecto de ley realmente muy bueno. No tengo dudas de que el texto elaborado permite que la legislación argentina se alinee decidida y definitivamente con las legislaciones internacionales que prevén las responsabilidades de las personas jurídicas por delitos de corrupción".

(15) Aspecto sobre el que nos detendremos en el siguiente apartado de este trabajo.

f) Se eliminó la posibilidad de publicar las condiciones acordadas entre la empresa y el Ministerio Público y junto con ello la alternativa de que las pruebas obtenidas por el Ministerio Público Fiscal como resultado del acuerdo, así como las diligencias probatorias que se realizaran a partir de la información o datos allí obtenidos puedan ser controlables por las partes y solamente utilizadas en el proceso que motiva la colaboración o en otro conexo.

g) Se realizan modificaciones en la estructura del artículo relacionado con el supuesto de rechazo del acuerdo y la forma en que se eliminarían las pruebas intercambiadas en el marco de la negociación del pacto (16).

h) Se incorpora la posibilidad de que el Ministerio Público o el juez controlen en un plazo no superior a un año, la verosimilitud y utilidad de la información que hubiera proporcionado la persona jurídica en cumplimiento del acuerdo a la vez que se eliminó la posibilidad de que en caso de incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones, se celebre una audiencia ante el juez por medio de la cual se disponga la continuidad, modificación o revocación del mismo. En su lugar se incorporó la potestad judicial de dejar sin efecto el acuerdo de manera directa en caso de incumplimiento demostrado.

i) Se eliminó el art. 28 del proyecto enviado desde Diputados que preveía el destino de los fondos recaudados en concepto de multas.

Con fecha 7 de noviembre y en el marco de la Orden del Día 1795, las Comisiones de Legislación Penal y de Legislación General de la Cámara de Diputados dictaminaron en relación al proyecto remitido desde el Senado a través de un dictamen de mayoría (17) que fue tratado en el recinto en la sesión de fecha 8 de noviembre, ocasión en la cual se votó nominalmente, en general y en particular, el dictamen de mayoría de las Comisiones y se aceptaron las modificaciones introducidas por el Senado en el proyecto de ley obteniendo un total de 144 votos afirmativos, 6 negativos y 31 abstenciones, lo cual perfeccionó el trámite parlamentario a efectos de instaurar en nuestro país la vigencia del régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas por delitos cometidos contra la Administración Pública y el cohecho transnacional luego de poco más de un año del arribo al Congreso Nacional del proyecto de ley original.

A modo de conclusión del presente apartado se desprende que desde el proyecto de ley originario al texto definitivo de la ley 27.401, se han llevado a cabo una serie de modificaciones a la norma que si bien no han afectado de manera expresa su estructura y objetivo principal, sí la han transformado en una norma que cuenta con un mayor consenso internacional en lo relativo con los supuestos delictivos penados (los cuales se encuentran expresamente delineados por medio del art. 1º sin posibilidad de ampliación salvo nuevo trámite legislativo específico) (18) y la prevención de su comisión

(16) El artículo remitido desde la Cámara de Diputado establecía: Art. 26.- Rechazo del acuerdo de colaboración. Si el acuerdo de colaboración eficaz no prosperase o fuese rechazado por el juez, la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación le serán devueltas, sin retención de copias. El uso de dicha información y documentación estará vedado para la determinación de responsabilidad de la persona jurídica, excepto cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido conocimiento de ella de forma independiente o hubiera podido obtenerla a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo" y el aprobado por el Senado estableció: "Art. 20.- Rechazo del acuerdo de colaboración. Si el acuerdo de colaboración eficaz no prosperase o fuese rechazado por el juez, la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas judicialmente, excepto cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo".

(17) El cual lleva las firmas de los Diputados María G. Burgos, Daniel A. Lipovetzky, Luis F. J. Cigogna, Leandro López Koënig, Ricardo L. Alfonsín, Karina V. Banfi, Eduardo A. Cáceres, Ana C. Carrizo, María S. Carrizo, Ana I. Copes, María C. Cremer de Busti, Néstor J. David, Álvaro G. González, Martín O. Hernández, Anabela R. Hers Cabral, Miguel Nanni, Luis A. Petri, Pedro J. Pretto, Olga M. Rista, Fernando Sánchez, Cornelia Schmidt Liermann y Pablo G. Tonelli mientras que los legisladores Juan F. Brügge, Gilberto O. Alegre, Mónica E. Litza y Carla B. Pitiot lo hicieron en disidencia parcial.

(18) En este aspecto, entendemos que teniendo presente la voluntad de modificar el Cód. Penal que ha

junto con las penas aplicables a las empresas, la graduación de las mismas y los supuestos que habilitan su exención. En lo relacionado con el acuerdo de colaboración, la norma finalmente aprobada ha eliminado el beneficio proyectado para aquella empresa que adhiriera a este procedimiento (suspensión de la persecución y atenuación de la pena) así como también la reserva diseñada en punto al no reconocimiento de responsabilidad por parte de la empresa en caso de acceder a colaborar con la investigación. A la vez, se ha rediseñado el punto relacionado con el cumplimiento de determinadas condiciones a fin de tener por probado su *arrepentimiento* y tener por dicho medio acreditada la voluntad de colaboración de la empresa y de reparación del daño causado.

Al mismo tiempo, el juez ya no debe analizar la razonabilidad del acto procesal y se incorpora la potestad de observación del mismo en cabeza del magistrado en caso de que el acuerdo, suponemos, deba ser enmendado para lograr su homologación. Al contrario de lo delineado desde el Poder Ejecutivo, las condiciones convenidas en el marco del acuerdo pasaron a ser secretas y ajenas al público en general extremo que no compartimos en atención a la temática de los delitos en relación a los cuales la norma ha establecido la aplicación de este nuevo régimen de responsabilidad y la posibilidad cierta de que existan funcionarios públicos y decisiones de gobierno o políticas públicas de mediano y alto impacto involucradas con los mismos.

Se ha prescindido de la participación del Magistrado para analizar en el marco de una audiencia específica la continuidad, modificación o revocación del acuerdo en atención a los nuevos elementos que pudieran surgir a lo largo del tiempo y junto con ello se suprimieron las disposiciones relacionadas con el destino que podrá asignarse a los fondos recaudados en función de la imposición de las multas que el régimen establece, aspectos en relación con los cuales también disentimos en atención a que la participación del Juez consideramos que aún en el marco de un modelo procesal acusatorio pleno es necesaria a efectos de que determinados actos de trascendencia para el futuro de la investigación cuenten con su intervención. Por otra parte, considerando el fin social que deberían tener desde el origen los montos generados por pago de multas entendemos que el destino de los mismos debe estar expresamente delineado y no sometido a una cuestión ulterior relacionada con el destino de los mismos a la luz de las emergencias presupuestarias del momento, lo cual podría determinar una asignación distinta a aquella reparatoria que se pretendió delinear.

III. Análisis de los arts. 16 a 21 de la ley 27.401

Tal como indicáramos precedentemente, a fin de intentar aportar también una mirada práctica a este trabajo, en el presente apartado analizaremos los alcances de cada uno de los artículos que regulan, de momento, el acuerdo de colaboración eficaz y junto con dicho estudio, a renglón seguido y utilizando otro tipo de letra, acercamos al lector un caso hipotético en el marco del cual se expone una situación donde los mismos tendrían que ser aplicados a efectos de resaltar aquellos aspectos que entendemos superadores del nuevo régimen y aquellos que no lo son tanto.

> Art. 16.- La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por

---

hecho expresa el oficialismo en el acto de apertura de las sesiones legislativas del año 2018, se podría haber hecho alusión de manera específica a un bien jurídico determinado con la intención de que los términos de la ley 27.401 revistan el carácter de auténtico *régimen especial* destinado a personas jurídicas y en el futuro todos aquellos delitos en el marco de los cuales se encuentren vinculados funcionarios públicos y personas jurídicas se rijan por las disposiciones de esta norma. De manera complementaria y tal como manifestaremos en el siguiente apartado, la observación de las legislaciones comparadas permite acreditar que en el mundo moderno, las personas jurídicas delinquen de manera que se afectan diferentes bienes jurídicos y se involucran en dichos actos sujetos que no siempre reúnen la calidad de funcionarios públicos pero sí se produce un daño a la sociedad que exige del sistema de justicia una respuesta efectiva y contundente sirviendo como ejemplo de los mismos renombrados casos de daños ambientales, manipulaciones de instrumentos financieros, estadísticas y manejo ilegítimo de datos personales por medio de plataformas informáticas, casos todos estos donde no escapa a nuestro ojos el hecho de que tal como plantea Zaffaroni son aquellos que integran los órganos de la empresa quienes cumplen funciones como ejecutantes de las decisiones ilegales y al mismo tiempo involucran a la empresa en sus acciones.

> medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18 de la presente ley.

Una primera aproximación a la presentación normativa del acuerdo de colaboración eficaz nos referencia quienes serán los sujetos legitimados para intervenir en el marco de sus tratativas iniciales. La nómina de participantes luce acotada de manera precisa en cuanto a su solicitante: sólo podrá presentarse ante el Ministerio Público la persona jurídica, representada (de acuerdo con las previsiones del art. 13) por su representante legal o por cualquier persona con poder especial para el caso, otorgado con las formalidades que correspondan al tipo de entidad de que se trate, debiendo designar en cualquier caso un abogado defensor que tendrá a su cargo las diligencias que el régimen procesal penal vigente establezca.

Entendemos que la utilización del término *celebración* enmascara en cierta medida el verdadero objeto del acuerdo y en su lugar podrían haberse elegido otros términos como *pactar, concertar* ó *estipular* para de esa forma hacer mención al verdadero objeto del asunto, a lo que en realidad conforma la disputa en derredor de la cual el Ministerio Público lleva a delante su gestión en el marco de ese expediente: la persona jurídica —investigada y vinculada con hechos que conforman una infracción a la ley penal y por los cuales resulta pasible de ser responsabilizada— está dispuesta a formular determinadas renuncias en pos de la obtención de un resultado que beneficie sus intereses tanto sea en el pleito, en el marco de la vida económica donde desarrolla su actividad o en el ámbito de su comunidad de accionistas, cuotapartistas u obligacionistas para nombrar algunos posibles frentes de tormenta que los litigios de este tipo hemos visto que generan en los casos extranjeros que nutren las páginas de actualidad de los medios del mundo por estos tiempos.

El *pacto* determina derechos y obligaciones de ambas partes de manera específica y sus términos serán fundamentales para posteriormente obtener la homologación judicial requerida. La empresa, debe acercar al proceso *información o datos precisos, útiles y comprobables que permitan esclarecer los hechos investigados* desde la Fiscalía como así también la identificación de sus autores o partícipes. Entendemos que resulta de interés el hecho de que se haya previsto de manera expresa como requisito obligatorio del ofrecimiento a realizar por parte de la empresa el recupero del producto o las ganancias del delito aunque también consideramos que parece acotado el marco de acción en que se evalúa esta posibilidad: la norma individualiza los supuestos de colaboración por parte de la empresa de una manera condicional y nada dice en punto a la obligación que pudiera llegar a tener la empresa de aportar la totalidad de los datos en caso de que la investigación demuestre con contundencia que aquellos datos precisos pueden ser aún más precisos. Tomemos como ejemplo el siguiente caso hipotético, el cual nos acompañará a lo largo de todo este comentario:

> *Los directivos de la empresa X, dedicada mundialmente a la elaboración de productos extraídos de recursos naturales con operaciones en nuestro país por medio de una filial local, han tomado conocimiento fruto de las averiguaciones internas realizadas con motivo de la imputación dirigida contra la misma a través de los medios de comunicación que uno de sus ejecutivos, que contaba con un amplio margen de maniobra respecto de la utilización de los fondos de la firma, llevó a cabo el pago de sobornos a un funcionario público involucrado en una serie de actos administrativos que generaron expectativas de ganancias valuadas en 1.000 pesos (valor del contrato objeto de licitación pública) y a partir de ello la cotización bursátil de la firma se vio aumentada a raíz del mejoramiento del plan de negocios proyectado para los próximos años.*
>
> *A raíz de la exposición mediática de una carta remitida a un diario por un informante anónimo, la empresa quedó formalmente imputada en el marco de un proceso penal que la tiene legitimada*

pasivamente junto con aquel ejecutivo mencionado en la carta anónima y el funcionario de gobierno sindicado.

Luego de algunos meses de tramitar de forma paralela con el expediente penal una investigación interna tendiente a comprobar la veracidad de los hechos en atención al daño que los mismos implicaban para la imagen y valorización en franco ascenso de la compañía, el departamento contable de la empresa X logra determinar que uno de los ejecutivos mencionados en el anónimo, haciendo uso de los poderes bancarios y notariales con que contaba extendidos en la casa matriz abrió —en un país extranjero que ofrecía beneficios de reserva de identidad— una cuenta bancaria conectada con una sociedad beneficiada por leyes que habilitan la opacidad fiscal. Desde dicha cuenta se había realizado una extracción en efectivo de la suma de 150 pesos. El dinero había sido extraído por el ejecutivo y entregado a una tercera persona que conforme los correos electrónicos analizados en la casa matriz había operado como receptor del soborno.

El Ministerio Público al momento de dicho descubrimiento privado del cual no tenía noticias por ese momento, contaba únicamente con sospechas relacionadas con posibles pagos realizados por la empresa en otros países donde operaba y donde había inclusive destinado al ejecutivo sindicado a realizar sus tareas. En función de dichas sospechas se habían librado varios exhortos internacionales a efectos de determinar la existencia de pruebas que permitieran dotar de certeza a la denuncia anónima.

Los directivos de la empresa X luego de celebrar complejas negociaciones entre los accionistas con derecho a voto, logran el consenso de la mayoría de los mismos y definen su estrategia en el expediente. A través de su representante legal, se llevarán a cabo contactos con la Fiscalía para comunicar la entidad de la información con que se cuenta con el objetivo de conocer el interés del Ministerio Público por acceder a la misma y presentarla en el expediente, ahorrando de esa forma un tiempo ciertamente considerable en la producción de pruebas y logrando la formalización de la imputación del funcionario por entonces sindicado y del ejecutivo sospechado. La oferta de la empresa se traduce en los siguientes términos: identidad del ejecutivo autor del cohecho + monto abonado + destinatario del soborno.

Claramente, los mismos cumplen con los requisitos previstos por la ley al tratarse de datos precisos, útiles y comprobables...

Apartándonos un momento del ejemplo teórico sobre el cual volveremos más adelante, el art. 17 concluye su redacción estableciendo que otro de los supuestos a analizar por parte del Ministerio Público resulta ser la posibilidad de recuperar el producto o las ganancias del delito y el cumplimiento como consecuencia de la celebración del *pacto* de las *condiciones/penas* que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18 de la norma.

Claramente de lo expuesto se desprende que el objeto fundamental que lleva al acercamiento de posiciones entre Fiscalía y empresa se debe a la existencia de información en poder de ésta que reviste el carácter de privilegiada si la comparamos con la enmarañada tramitación de medidas de prueba a realizar en países extranjeros sometidas a sus propios controles de legalidad, traducción de idiomas y evaluaciones procesales. Se advierte una disparidad de armas en lo referido a la producción de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos. La Fiscalía sabrá que la orientación de su investigación es acertada y la empresa concurrirá antes de la posible citación a juicio para confirmar que puede aportar los elementos que definan el curso de la causa pero no de forma gratuita.

De acuerdo con la lectura del art. 16, pareciera que existe una puerta trasera para los directivos de la empresa X que sacrifican varias horas de sueño noche a noche buscando una manera de acallar los comentarios de las radios y reescribir las portadas de los diarios, la citación a juicio parece una realidad cada vez más

lejana en caso de que funcione la estrategia aprobada por la mayoría de los accionistas...

Art. 17.- Confidencialidad de la negociación. La negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, así como la información que se intercambie en el marco de ésta hasta la aprobación del acuerdo, tendrán carácter estrictamente confidencial, siendo su revelación pasible de aplicación de lo previsto en el Capítulo III, del Título V, del Libro Segundo del Cód. Penal.

De la mano de la convocatoria definida por el legislador a través del art. 16 al reconocer la posibilidad de la existencia de este tipo de *pactos*, se busca la promoción de la participación de las personas jurídicas en el marco de los acuerdos de colaboración eficaz a través del aseguramiento de una absoluta confidencialidad de la información intercambiada entre las partes a efectos de evitar justamente lo que mencionáramos en el comentario al artículo precedente: la filtración de elementos de prueba sobre los cuales el expediente se encuentra huérfano hasta ese momento y cuya trascendencia, capacidad y posibilidad de producción por parte de la tradicional investigación judicial debe ser mensurada por la Fiscalía en un primer momento y por el juez a posteriori.

Tan es así que el hecho de la existencia de la misma negociación reviste el carácter de reservado conforme la redacción elegida para el texto definitivo de la norma, elemento que reafirma nuestra conclusión anterior en punto a la disparidad de armas: la empresa —dotada de la información judicialmente deseada— cuenta desde el inicio con un seguro al que podríamos calificar como *todo riesgo*: una pena de prisión para quien revele datos relacionados con el mismo e inhabilitación especial adicional de uno a cuatro años, en caso que quien cometa el delito fuera un funcionario público interviniente en el marco del procedimiento, hasta que se perfeccione la aprobación del mismo momento a partir del cual la garantía de secreto —sólo para las partes— caducará.

No obstante tal elemento protector del contacto entre las partes, vemos de manera positiva el reconocimiento legal de la posibilidad de que quienes representan intereses enfrentados en derredor del proceso penal puedan llevar a cabo negociaciones a efectos de que la investigación avance en pos del objetivo rector de todo proceso penal: el descubrimiento de la verdad y el castigo a los responsables de hechos sensibles como son aquellos relacionados con actos de corrupción (19).

Cumpliendo directivas, el abogado de la firma se presenta una mañana en la sede de la Fiscalía. Manifiesta que su intención es evaluar la posibilidad de la empresa X se adhiera a los términos de la ley 27.401, transformándola en colaboradora. Transmite a la Fiscalía la oferta de colaboración aprobada por mayoría de socios: identidad del ejecutivo autor del cohecho + monto abonado + destinatario del soborno.

Ante esta novedad y teniendo en cuenta los límites expresamente definidos por la ley 27.401, la Fiscalía solicita al letrado la exhibición de elementos de prueba con que cuente a fin de poder considerar los mismos de acuerdo con los requisitos establecidos por la flamante normativa. En respuesta a dicha solicitud, el abogado extrae un sobre que contiene copias de diferentes correos electrónicos enviados desde la casa matriz de la empresa por medio de los cuales reenvía a la filial local la información que el banco extranjero aportó respecto de los detalles de los antecedentes de la cuenta bancaria abierta bajo reserva de identidad y de la sociedad creada en un país considerado paraíso fiscal el cual no adhirió a ninguno de los acuerdos promovidos desde el GAFI a efectos de extinguir este tipo de operatorias.

A la vez aporta un video enviado por el banco a la casa matriz conteniendo imágenes de las cámaras de seguridad que registraron el ingreso a la sucursal

(19) No obstante tal circunstancia y sin perjuicio de que volveremos sobre este aspecto en el marco de la redacción del caso hipotético, nos resulta llamativa la omisión de participación de las restantes partes acusadoras en el marco del expediente en relación con las tratativas y la emisión de una opinión aunque sea en pos de la aprobación o no del acuerdo.

de una persona de sexo masculino que se presentó ante un escritorio y se identificó presentando un pasaporte quien luego es dirigido a otra zona del banco donde una cámara lo toma extrayendo dinero en efectivo. El hombre suscribe un formulario que luce adjunto en formato PDF en uno de los correos electrónicos donde puede verse que el ejecutivo que la Fiscalía investiga realiza el retiro. Sin embargo, un dato es de interés: la sucursal del banco se encuentra ubicada en un país que no integra la lista de aquellos a los que la Fiscalía solicitó información mediante los exhortos internacionales enviados.

La identidad del receptor del soborno pudo ser acreditada mediante la lectura de los correos electrónicos intercambiados por el ejecutivo con una persona vinculada con la filial local de la empresa por medio de un contrato de prestación de servicios profesionales, quien identifica al cobrador de forma expresa a la vez que aclara en el cuerpo del mensaje que en la fecha de la extracción del dinero se encontrarán a "hablar de temas importantes cara a cara". Este mensaje fue enviado a través de una plataforma webmail *operada por medio de un servidor perteneciente a una empresa que ofrece estos servicios y se encuentra alojado en un diminuto Estado que no ha suscripto un tratado de colaboración en materia penal con nuestro país y donde al mismo tiempo las autoridades judiciales del primer mundo sospechan que se ubican las más importantes granjas de criptomonedas, razón por la cual la privacidad de los datos almacenados en los mismos resulta la mayor atracción que este pequeño Estado ofrece en comparación con aquellos países tecnológicamente avanzados y que cuentan con una legislación específica en la materia.*

Ante este marco de situación el Fiscal tiene la solución del caso: el ejecutivo A se presentó el día X en la sede del Banco B y extrajo el dinero en efectivo, el cual entregó a C, quien según el reporte con que cuenta la Fiscalía de datos patronímicos del funcionario, resulta ser un familiar por parte de su familia política. Sin dudas, la empresa ha aportado al proceso información que satisface los requisitos previstos por la norma y los mismos resultan capaces de dar un vuelco al trámite del caso. Sólo dos preguntas acosan a la Fiscalía: ¿se trata del único caso de este tipo de prácticas? ¿Hay manera de producir la información ofrecida por la empresa por medio de un curso de prueba independiente?

Art. 18.- Contenido del acuerdo. En el acuerdo se identificará el tipo de información, o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo las siguientes condiciones:

a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el art. 7º inc. 1º de la presente ley;

b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y

c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena;

Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso:

d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado;

e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad;

f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo;

g) Implementar un programa de integridad en los términos de los arts. 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

Resultando una de las condiciones *sine qua non* de este procedimiento, la norma exige que aquellos *datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos* que habilitaron el inicio de las negociaciones entre las partes, sean debidamente ponderados por el

Ministerio Público en el marco del instrumento que se debe redactar a fin de darle forma al acuerdo alcanzado con la persona jurídica vinculada en el proceso y junto con ello, las condiciones cuyo cumplimiento se encuentra dispuesta a cumplir la investigada.

La primera de ellas, el pago de una multa, como ya hemos visto ha sido motivo de arduo debate dentro del Poder Legislativo a efectos de determinar criterios para su cuantificación y en estos tiempos se presenta como la herramienta más utilizada en este tipo de procedimientos en el derecho comparado, fundamentalmente en el caso del derecho norteamericano en todos aquellos casos donde el Departamento de Justicia lleva adelante investigaciones en las que se persiguen los más variados objetos procesales (adulteración de sensores de contaminación en vehículos, falsa declaración de cumplimiento de requerimientos técnicos por parte de una empresa fabricante de airbags, emisión de hipotecas *subprime*, etc.) (20).

En cuanto a la restitución de las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito, entendemos que se trata de un supuesto difícilmente ejecutable en el marco de los casos dirigidos contra personas jurídicas. Ello, toda vez que en atención a los delitos que fueron incluidos dentro de la enumeración del art. 1º y de acuerdo con los modos comisivos previstos por cada una de dichas figuras, vemos muy lejana la posibilidad de que en el marco de este tipo de casos la persona jurídica reciba algún elemento material pasible de restitución, más bien al contrario dado que existe una alta posibilidad de que sea ésta la que prometa su entrega. Por otra parte, en relación con las ganancias que puedan considerarse ilegítimas en función de su relación con el ilícito, entendemos que existe una superposición de supuestos normativos toda vez que al momento de realizarse el cálculo tendiente a la determinación del monto de la multa aplicable, las ganancias obtenidas integrarán su determinación de manera obligatoria.

Por otra parte, en relación con el abandono en favor del Estado de los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena, resulta imposible no destacar la importación normativa realizada por el legislador de una fórmula propia de la suspensión del juicio a prueba en casos dirigidos a personas físicas y de la mano de dicho razonamiento volvemos a concluir que entendemos ciertamente enredada la posibilidad de que este supuesto se torne efectivo en aquellos casos donde sea la persona jurídica quien pretenda satisfacer el mismo cuando intervine en carácter de autora en el marco de los delitos que conforman el objeto de imputación. Es decir: si la empresa paga, ofrece o promete un soborno o presenta informes o balances falsos, difícilmente pueda abandonar en favor de Estado algún elemento vinculado con el delito en cuestión ya que de acuerdo a todas las formas comisivas previstas es la empresa la que se desprende de los mismos o la que recurre a instrumentos relacionados con su organización contable y/o financiera que ningún interés representan a los fines del decomiso previsto por el art. 23 del Cód. Penal.

Dentro de la segunda parte del artículo, en lo que demuestra la incorporación de supuestos propios de justicia restaurativa (21), la norma

(20) Sobres este aspecto retornaremos al momento de plasmar nuestras conclusiones.

(21) Tomamos el concepto de justicia restaurativa del trabajo realizado por Kemelmajer de Carlucci sobre la materia, en el cual se define este modelo de justicia como "una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aún a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resumen en las tres 'R': *Responsability; Restoration and Reintegration* (Responsabilidad, Restauración y Reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente, restauración de la víctima que debe ser reparada y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, estableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha de dañado con el ilícito". Asimismo, la autora explica que puede reconocerse a la justicia restaurativa la formulación de las siguientes ideas fundamentales: a) La reapropiación del proceso por parte de sus actores principales, la víctima y el autor del delito. Este punto supone la revaloración de la víctima dentro del proceso; es ella quien decide la modalidad a través de la cual se considera adecuadamente resarcida en sentido moral y material; b) Un nuevo concepto de responsabilidad por parte del autor del delito, que opera directamente con la parte ofendida y para el que las consecuencias del delito son más importantes que la definición del tipo;

prevé dos supuestos destinados a tornar tangible su vinculación con la comunidad en la que opera económicamente a través de la realización de acciones positivas en pos de la reparación del daño y la realización de servicios en favor de la sociedad, lo cual permite inferir la incorporación dentro de la flamante norma de políticas propias de programas de Responsabilidad Social Empresaria (22) dentro del acuerdo de colaboración eficaz.

Junto con los mismos, el artículo reserva la potestad de la compañía de sancionar a aquellos sujetos involucrados en el hecho que registren una relación de dependencia con la persona jurídica y se encuentren vinculados con los sucesos que determinaron su imputación en el marco de la investigación. Junto con ello se contempla la posibilidad de parte de la empresa de instaurar un programa de integridad, extremo que motiva un capítulo especial de la presente publicación, pero en relación al cual sucintamente podemos definir como aquella compilación de documentos internos que abarcan la redacción de un código de ética o de conducta observable por la totalidad de los miembros de la empresa, el establecimiento de reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de procesos licitatorios y contratos administrativos relacionados con el sector público; el debido análisis que registren aquellas personas que pasan a integrar las actividades de la empresa en carácter de socios o proveedores y junto con ello la capacitación del personal gerencial de forma periódica respecto de los riesgos existentes en la actividad de ingresar en algunos de los modos comisivos previstos por los delitos enumerados en la ley analizada.

> *Transcurridas dos semanas, el abogado vuelve a presentarse a fin de conocer la decisión sobre la oferta realizada. Luego de varias tardes y noches de análisis del caso, la decisión es afirmativa. La Fiscalía ofrecerá a la empresa la suscripción de un acuerdo de colaboración eficaz por medio del cual los elementos de prueba presentados pasarán a formar parte de la investigación y junto con ello lograr el impulso formal de cara a la adopción de un temperamento de mérito respecto del ejecutivo, del funcionario y de quien actuó como receptor del dinero.*
>
> *De acuerdo con el art. 18 de la ley 27.401, la Fiscalía pretende que la empresa se comprometa junto con el aporte de la información a: I.) Pagar una multa de 1000 pesos, equivalente al valor del contrato público licitado y asignado; II.) Realizar una campaña de informa-*

c) La inserción de nuevos profesionales que permiten que, en algunos casos, la administración de la justicia tradicional quede marginada al menos temporalmente; d) La recuperación de la administración de la justicia por parte de la comunidad, que provee de los recursos e impone condiciones, porque ha sido ella quien ha sido golpeada por el delito" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia restaurativa*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 182 y ss.).

(22) Seguimos sobre el particular el trabajo realizado por Antacli, quien al respecto manifiesta: "La RSE va más allá del estricto cumplimiento de las leyes por desarrollar su propia actividad. La principal función de una empresa debe ser crear, velar y generar beneficios propios y para los suyos, pero también debe contribuir al bienestar de la sociedad. Según la opinión de distintos especialistas y organismos sociales internacionales, se analizarán algunas definiciones de RSE que describen sus características y objetivos. Para la Organización Internacional de Empleadores (OIE) son: '...las iniciativas desarrolladas de manera voluntaria por las empresas, en las que se integran inquietudes tanto sociales como medioambientales para la gestión de sus operaciones y la interacción con sus allegados y que se rige tanto por la competitividad como por la filantropía'. El Libro Verde (Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas) de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2001, establece: 'La responsabilidad social de las empresas es, esencialmente, un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio'. En la Argentina, entre los actores sociales que más avanzaron sobre la incorporación de esta temática están las empresas. El Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible propone una definición: 'La RSE constituye el compromiso de la empresa de contribuir al desarrollo sostenible, con la participación de sus grupos de interés, a fin de mejorar la calidad de vida de la sociedad en su conjunto'. En este concepto subyace la idea de que la responsabilidad social debe ser ejercida por todos y cada uno de los grupos integrantes de una sociedad, en consecuencia se trata de responsabilidades compartidas, y como tales se deben complementar y coordinar de forma tal que cada uno de los actores involucrados aporte su especificidad (Antacli, Graciela C., "Los derechos humanos y la responsabilidad social empresaria: dos conceptos complementarios", RDLSS, Abeledo Perrot, 2016-20, p. 2041).

ción por medio de la cual se declare la detección de un procedimiento ilegal por parte de ejecutivos de la filial local con tareas asignadas en relación a la negociación de contratos del sector público indicando de manera clara los datos de contacto de la Fiscalía; III.) Realizar una donación valuada en el mismo monto del dinero definido como multa a un hospital público dedicado a la detección de enfermedades en niños; IV.) Desvincular al ejecutivo implicado en el hecho sin derecho a cobro de retribución extraordinaria alguna bajo la forma de bono, premio por productividad etc. y V.) Contratar la prestación de servicios por parte de una consultora de renombre dedicada a la certificación de estándares internacionales de calidad, a efectos de que se audite y mejore el Programa de Integridad anti sobornos de la empresa conforme la norma ISO 37.001 a efectos de que los mecanismos de control interno permitan evitar en el futuro casos similares.

La empresa solicita un plazo de 30 días a fin de analizar el ofrecimiento Fiscal con los órganos que integran la estructura societaria de la filial local. Llegado el día 35, el abogado de la empresa se presenta ante la Fiscalía y hace entrega de un escrito titulado "REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA X SE PRESENTA. DESIGNA DEFENSOR. CONSTITUYE DOMICILIO PROCESAL. COMUNICA AUTORIZACIÓN DE LOS SOCIOS PARA CELEBRAR ACUERDO DE COLABORACIÓN EFICAZ". Elaborado el documento que lleva las firmas del representante de la empresa, abogado defensor y Fiscalía se plasman por escrito términos del acuerdo y se presenta en la sede del Juzgado en el marco de un legajo especial confeccionado en la Fiscalía que reviste el carácter de reservado.

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

Entendemos que la redacción del artículo resulta clara en punto a los requisitos a cumplir por el instrumento que la Fiscalía debe confeccionar a fin de plasmar la negociación desarrollada. Deben firmar el documento quienes representen a la empresa y al Ministerio Público y el mismo será posteriormente presentado ante el juez interviniente. En punto al referido control de la legalidad de las condiciones acordadas, entendemos que se trata de una facultad reconocida al magistrado en relación con la debida representación de la persona jurídica conforme las previsiones de la ley y junto con ello la validez de las pruebas aportadas que conforman aquellos *datos precisos, útiles y comprobables aportados para el esclarecimiento de los hechos*.

Tal como describimos en el marco del caso hipotético que acompaña este análisis, entendemos desde una mirada tribunalicia, que el supuesto de observación del acuerdo por parte del juez se encuentra deficientemente legislado toda vez que no se ha previsto un procedimiento específico al respecto y sólo se lo ha mencionado sin mayor profundidad. En el supuesto caso de que el juez entienda que el acuerdo no puede prosperar debido a la existencia de supuestos que lo tornan improcedente, aunque persiste la posibilidad de rechazarlo o aprobarlo (supuestos sí regulados de manera detallada) la norma no respalda tal actuación y habilita cierta incertidumbre que a la larga determine la existencia de algún defecto procesal en el trámite de las actuaciones.

Por resultar un procedimiento análogo, nos preguntamos si en caso de observación existe alguna cautela especial a tener en cuenta respecto de la cantidad de veces que esto puede ocurrir, si se diera una observación por defectuosa representación de la persona jurídica en el acuerdo o carencias en la legitimación de quienes pretenden obligar a la empresa por medio de la intervención en su nombre en el pacto. Lamentablemente, la ley nada dice respecto de este supuesto por demás posible e importante.

El juez del caso, al recibir las actuaciones analiza la mismas y las contrasta con las disposiciones de la ley. Entiende que las exigencias de la Fiscalía resultan excesivas en cierto modo, específicamente en lo referido a la donación al Hospital y la campaña publicitaria pactada y por ello es su convicción que ha existido una negociación donde la empresa ha sido excesivamente obligada y en atención al hecho objeto de investigación las condiciones acordadas resultan sobreabundantes. Su primera decisión consiste en observar el acuerdo y remitirlo a la Fiscalía nuevamente a fin de que entre ambas partes pacten nuevas condiciones, la ley lo autoriza de manera expresa y en función de ello se dispone a redactar una resolución pero para su sorpresa no existen regulaciones específicas respecto de esta situación, el legislador suprimió la posibilidad de realizar una audiencia en la que intervengan las partes involucradas y ello implica un importante escollo. El acuerdo de colaboración eficaz no prevé esta situación como si lo hace la llamada ley del arrepentido, 27.304 (23).

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

La primera parte del artículo, hace referencia al rechazo pleno del acuerdo bien porque las tratativas no prosperan entre las partes y no se alcanza un escenario de conformidad mutua o por el contrario, cuando se alcanzó dicho escenario de equidad de intereses pero el juez entendió que el convenio no resulta válido a efectos de ser incorporado a la causa.

(23) Comparando ambas normas entendemos que dicha ley se encuentra mejor estructurada y organizada en punto a los supuestos que se pueden presentar en el marco del arrepentimiento manifestado por un imputado. A modo de ejemplo transcribimos los siguientes artículos: Art. 5º. Criterios para aplicar los beneficios. Para otorgar los beneficios establecidos en el art. 41 ter del Cód. Penal, deberá considerarse: a) El tipo y el alcance de la información brindada; b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas; c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración; d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir; e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término. Art. 7º. Acuerdo de colaboración. Requisitos formales. El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente: a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación; b) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brindare colaboración; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes; cuentas bancarias u otra información financiera e identificación de sociedades u otras entidades utilizadas para colocar, disimular o transferir los fondos ilícitos utilizados o el producto o provecho del delito; toda otra documentación o cualquier otro dato que se reputare valioso para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos por los que se brindare la colaboración; c) El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido. Art. 8º. Procedimiento del acuerdo de colaboración. El acuerdo de colaboración se celebrará entre el fiscal y las personas que brindaren información en los términos del art. 41 ter del Cód. Penal y de la presente ley. En todos los casos, el imputado arrepentido contará con la asistencia de su defensor. Art. 9º. Acuerdo de colaboración celebrado con el fiscal. Al celebrarse el acuerdo entre el fiscal y el imputado arrepentido, el mismo se presentará para su homologación ante el juez de la causa. Art. 10. Homologación del acuerdo de colaboración. El juez que intervenga en la homologación aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal de la causa. El juez escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto. El juez aprobará el acuerdo si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del art. 41 ter del Cód. Penal y de la presente ley. El rechazo judicial del acuerdo será apelable por ambas partes. Si la homologación fuera rechazada finalmente, las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros.

Ante cualquiera de los dos supuestos, y en línea con las previsiones del art. 17, se asegura la reserva absoluta del contenido de los documentos intercambiados entre las partes durante la negociación secreta, garantizando de dicha manera la inexistencia de daños colaterales en el marco del proceso o fuera de él con motivo de la realización de las tratativas. Se reserva la posibilidad de que a través de un curso de prueba independiente, se incorporen al expediente aquellos elementos que siempre fueron judicialmente codiciados y no pudieron ser incorporados fruto de la colaboración eficaz de la empresa.

Manteniendo la línea de análisis precedentemente expuesta, consideramos que nos encontramos ante un supuesto de incompleta técnica legislativa ya que a nuestro modo de ver al igual que ocurre en el marco de los acuerdos de juicio abreviado durante la etapa de debate oral en las causas criminales, la decisión de rechazar la procedencia del acuerdo de colaboración debería determinar de forma inmediata la excusación del magistrado para seguir interviniendo en el expediente toda vez que la entidad de la información a la que accede al analizar la procedencia del acuerdo puede condicionar de manera determinante su rol dentro del proceso y su mirada sobre los hechos del caso. No debemos olvidar en tal sentido que no se trata sólo de información de una importancia considerable como para que la empresa la ofrezca a la Fiscalía a efectos de negociar sobre su presentación, sino que además el Ministerio Público entendió luego de analizarla que la misma debía integrar el expediente fruto de su calificación como *datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos.*

En caso de continuar al frente del trámite del expediente, aún en el marco de un proceso de corte netamente acusatorio vemos la posibilidad cierta de impugnaciones por parte del resto de los imputados en caso de que el magistrado continúe desempeñando su rol.

Tampoco se ha previsto la posibilidad de que la decisión del juez de rechazar el acuerdo de colaboración sea revisable por un Tribunal superior en función de la apelación que pudieran interponer las partes que han arribado a un acuerdo previo a su intervención, extremo que si tenemos en cuenta la exclusiva reserva que se ha previsto en relación al procedimiento a fin de asegurar su confidencialidad, debería haberse regulado. El legislador únicamente ha establecido que en caso de que las tratativas no logren la homologación por parte del magistrado el caso continuará tramitando de acuerdo con las reglas generales del proceso.

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

El artículo regula el *escenario feliz* del instituto. Tanto la Fiscalía como el representante de la persona jurídica alcanzaron un acuerdo, lo firmaron y lo presentaron al juez quien lo aprobó por medio de una resolución y el pacto ya cuenta con la deseada homologación judicial y surte efectos plenos en el marco del expediente. Sin adentrarnos en el escenario que describimos en nuestro caso teórico, debemos destacar la limitación temporal prevista de un máximo de un año a efectos de que el juez o el representante del Ministerio Público valoren la verosimilitud y utilidad de aquellos datos precisos, útiles y comprobables aportados para el esclarecimiento de los hechos proporcionados por la persona jurídica.

En caso de que el análisis enfocado en la verdad y utilidad de los mismos sea aprobado de manera satisfactoria, queda habilitado expresamente el dictado de una sentencia por medio de la cual los términos pactados como obligaciones por parte de la empresa en el marco de la negociación y revisados por el magistrado se tornen efectivos y a partir de ese momento,

según la previsión legal tendrán el carácter de *penas*, término que invita a más de una discusión que excede los alcances de este trabajo. La reserva legal que establece la imposibilidad de imponer obligaciones/penas distintas a las originariamente pactadas, entendemos que conforma la última cláusula de aseguramiento de los intereses de la persona jurídica y el poder de seducción que la norma contiene a modo de mensaje subliminal a efectos de promocionar este tipo de procedimientos en los cuales los compromisos procesales adoptados, aún en una instancia diferente, cuentan con plena vigencia y validez certificada en punto a sus alcances.

Nada dice la norma, lamentablemente, en punto a la situación que podría llegar a plantearse si alcanzado ese límite temporal anual y aprobada la revisión de la utilidad y veracidad de la información por parte del Juez o de la Fiscalía la empresa —sin dictado de sentencia alguna— decidiera poner en ejecución las obligaciones asumidas y de la mano de dicha actitud proactiva tornara improductiva la sentencia que pueda dictarse, por ejemplo, en la siguiente instancia del proceso, la cual podría alcanzarse transcurridos varios años desde la suscripción y homologación del acuerdo.

> *Ante esta situación, una nueva lectura del acuerdo y de las circunstancias del caso lo determinan a expedirse de manera favorable a la aprobación del mismo ya que la verosimilitud y la utilidad de la información aportada luce a simple vista. El rechazo del acuerdo tornaría imposible la reconstrucción de las pruebas aportadas por la empresa X conforme las herramientas actuales con que se ejecutan las investigaciones judiciales en el marco de una investigación llevada a cabo conforme las "reglas generales". La posibilidad de que el hecho quede impune genera mayor incomodidad en el juez que la sensación de que en el marco de una negociación una de las partes resultó excesivamente obligada. Es en tal contexto que a los cinco días de la recepción del legajo conteniendo el acuerdo de colaboración eficaz el juez dicta la resolución aprobando los términos del mismo y meses más tarde, luego de que todos los partícipes fueran indagados, resuelve la situación procesal de los mismos haciendo públicas para las partes intervinientes en la causa los términos del acuerdo y las evidencias aportadas por la empresa X.*
>
> *Dentro del plazo previsto para interponer recurso de apelación contra dicho auto, una de las partes presenta un escrito que desconcierta al juez y confirma una de las inquietudes de la Fiscalía: La Oficina Anticorrupción, organismo que interviene en el caso en carácter de parte querellante cuenta con información aportada desde el Departamento de Justicia de un país del norte (con mayor potencia investigativa) consistente en una declaración en el marco de un procedimiento de* plea bargain *por medio de la cual un ejecutivo de la casa matriz de la empresa X reconoce que el ejecutivo de la filial local en realidad había abonado un total de treinta sobornos a diferentes funcionarios de gobierno en los últimos años, encontrándose dentro de los mismos el caso que conforma el objeto de investigación de este proceso. La parte querellante, que no tuvo oportunidad de intervenir en el marco de la celebración del acuerdo ni al momento en que se resolviera su aprobación pero que cuenta con potencia investigativa propia en este tipo de casos, ha generado un auténtico escenario de dudas acerca del futuro del acuerdo, de su validez y del destino del expediente....*

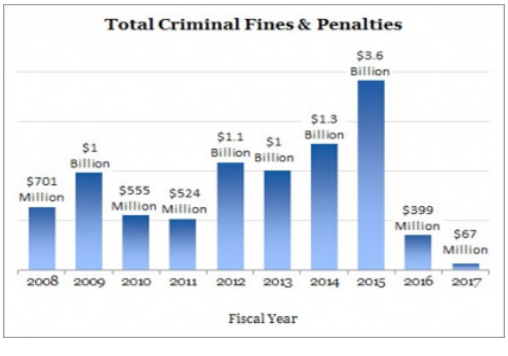
IV. Conclusiones

A lo largo de estas líneas hemos pretendido analizar de manera precisa los términos de una nueva ley que al momento del cierre de este trabajo no vimos aplicada en caso concreto alguno. Numerosos interrogantes se despiertan no sólo en relación con el acuerdo de colaboración eficaz sino también con los restantes institutos legislados. Sin perjuicio de ello apoyamos el paso de la teoría a la práctica de la misma manera que apoyaremos las primeras aplicaciones de la norma y la interpretación bien intencionada de los institutos que permitan demostrar ciertas lagunas normativas que deban ser saneadas por medio de la experiencia forense de fiscales, abogados y jueces.

Si luego de tantos años de análisis, nuestro país aún se mantuviera huérfano de una norma que castigue a las empresas aunque sea en su relación con hechos de corrupción, claramente la doctrina no habría logrado uno de sus objetivos principales: motivar el debate, enriquecer las posiciones y generar la toma de conciencia en punto a determinados fenómenos jurídicos que generalmente corresponden a sistemas legales extranjeros o a requerimientos emitidos desde las organizaciones que en estos días parecieran pretenden homogeneizar las legislaciones de la región bajo el pretexto de lograr acceder a una calidad normativa superior que permita la inserción de Argentina en el mundo. Estas corrientes no son nuevas, la historia de nuestra legislación enfocada en la prevención del lavado de activos da cuenta de este tipo de antecedentes, los cuales en el caso de la ley 27.401 se han reeditado (24).

Las dificultades en la construcción de los acuerdos políticos necesarios a efectos de poder elaborar normas de mayor complejidad y precisión, se traducen en el actual escenario donde entendemos que existen supuestos de delincuencia económica que no han sido previstos y que el derecho comparado demuestra incorporados en otros ordenamientos. A modo de ejemplo, el sistema de justicia norteamericano registra la existencia de pagos millonarios en concepto de multas en aquellos casos donde se investigan hechos que cuentan con participación tanto de empresas como de individuos.

Los siguientes cuadros, extraídos de los informes publicados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, dan cuenta de la cantidad de investigaciones formalizadas respecto de personas jurídicas y personas físicas y junto con ello los montos recaudados en concepto de multas en el período 2008-2017. Quien desee, podrá corroborar que los años que registran aumentos exponenciales en las cantidades de dinero recaudadas por penas pecuniarias se corresponden con aquellos próximos con grandes descubrimientos de delitos económicos de masiva afectación y que dieron lugar a grandes replanteos tanto de los marcos legales aplicables como así también de las herramientas con las que se combaten este tipo de casos.



No pretendemos plantear con esto la necesidad de promover la legislación positiva en relación a aquellos supuestos que Jiménez de Asua desaprobaba enérgicamente. No afirmamos que la sociedad pueda abordar un barco, matar a su padre o robar con homicidio pero la realidad demuestra que la actividad corporativa vinculada con infracciones a la ley es un supuesto posible y no únicamente en el marco de casos de corrupción. El destino de los fondos si bien son asignados a un fin social también tiene por objeto la reparación del daño a las víctimas del hecho. Los acuerdos en el proceso penal tienen lugar en numerosos países del mundo y son convalidados por sus propios Tribunales de Jus-

(24) Al respecto, Beccar Varela relata en un trabajo vinculado con el nuevo régimen: "...al haber adherido a la convención OCDEe, Argentina se encontraba obligada a establecer un régimen de RPPJ si pretendía ser miembro pleno del G20 la reunión del G20 del 2018 tiene a nuestro país como sede, y los principales líderes del mundo se darán cita en Buenos Aires. La sanción de la ley que aquí hemos descripto de manera sucinta, si bien era prácticamente, una imposición ineludible, sin dudas es un paso positivo en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas y principalmente en la lucha contra la corrupción que tanto daño le ha hecho a nuestro país" (Beccar Varela, Manuel, "Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por hechos de corrupción. Un gran avance y una llamativa omisión", ADLA, 2017, nro. 12, p. 3).

ticia. Entendemos que un escenario futuro ideal debería contemplar este tipo de posibilidades donde sin la realización de un largo proceso y ante la contundencia de la prueba colectada la empresa se disponga al pago de una multa considerable que ponga fin al sufrimiento causado en aquellos particulares afectados o al menos lo repare de una manera más tangible.

En fin, más allá de estos pronósticos y deseos, nuestro país cuenta con una nueva ley, llegó el momento de aplicarla, interpretarla y ponerla a prueba para que fruto de la experiencia se promuevan las modificaciones o enmiendas que resulten necesarias en pos del mejoramiento del sistema de justicia y la eficiencia del trámite del proceso penal.

Responsabilidad penal empresaria y sistema procesal acusatorio

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

I. Introducción

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

Por otra parte, las provincias argentinas y los países de América Latina han comprendido la necesidad de avanzar en procesos de reforma de sus sistemas de justicia penal. Los sistemas "inquisitivos" o "mixtos", centrados en torno a la construcción de un expediente y la noción del "trámite", se han mostrado brutalmente inadecuados tanto para proteger las garantías de las personas investigadas como para lograr una eficiencia político criminal que permita reducir la impunidad. En este sentido, los Estados han implementado sistemas de corte acusatorio y adversarial; esto, a nivel normativo, tuvo como eje central la sanción de nuevos Códigos Procesales Penales y otras leyes complementarias, como ocurrió para la justicia federal argentina entre 2014 y 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Sistema acusatorio y responsabilidad penal empresaria

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

En la primera versión del proyecto de ley (enviada al Congreso desde el Poder Ejecutivo), la redacción preveía que las personas jurídicas serían responsables solamente "cuando la comisión del delito fuere consecuencia de un control y supervisión inadecuados por parte de éstas" (antiguo art. 3º). A su vez, el mismo artículo establecía que dicho control y supervisión serían considerados adecuados cuando, "con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiera implementado un programa de integridad" en los términos que el proyecto describe.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La contracara de esto se encuentra en el párrafo tercero del mismo artículo segundo de la ley: "La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para

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

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

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

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

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

IV. Criminalidad económica y sistema acusatorio

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

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

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

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

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

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

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

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

sibilidad de ampliar estos plazos frente a casos complejos.

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

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

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

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

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

V.1. Análisis de fenómenos criminales

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

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

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

(11) Binder, Alberto M., "La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo", en Benavides Vanegas, F., Binder, A. y Villadiego Burbano, C., *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bogotá, p. 96.

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

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

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

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

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

Esto se debe a que una norma penal ha impuesto a la Administración Pública Nacional una condición adicional para llevar adelante contrataciones públicas. Los organismos públicos deben empezar a incluir en los pliegos de condiciones —como requisito para la suscripción del contrato— un apartado que exija "acreditar la implementación del programa de integridad exigido por los arts. 22 y 23 de la ley 27.401" (15). También puede establecerse, en el capítulo de declaraciones a las que están obligados los posibles oferentes, que "el contratista PPP declara que ha implementado un Programa de Integridad de conformidad con lo establecido en la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y que cumplirá con las obligaciones previstas en dicha ley al respecto" (16). Sin embargo, los pliegos no han establecido la forma en la que deberá acreditarse el programa de integridad y su adecuada implementación.

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

V.2. Visión integral de la política criminal

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

subastas públicas y desde 30 millones de pesos cuando se trate de compulsa abreviada y adjudicación simple.

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

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

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

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

En ese mismo sentido, la ley española 9/2017 (8/11/2017) sobre contrataciones del sector público, en su art. 72.5 —que entró en vigencia el 9 de marzo de 2018— establece que la prohibición de contratar no se aplicará cuando se demuestre el pago de multas e indemnizaciones dispuestas por sanciones administrativas y que se han adoptado las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas. Pero sí se aplicará la prohibición cuando el oferente haya sido condenado por sentencia firme por delitos de terrorismo, corrupción, medio ambiente y contra los trabajadores.

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

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

V.3. Posicionamiento estratégico del Ministerio Público

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

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

(17) Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, 2005, p. 64. Consultado en http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/desafiosministeriopublico/index.html (17/04/18).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En nuestro país, una vez que empezó a tomar estado público la investigación en Brasil, las UTEs que integraba Odebrecht empezaron a reorganizarse; en varios casos, se reportó la separación de la empresa de la UTE conformada (19). Es interesante señalar que en sede administrativa se ha producido un avance en el sentido señalado, ya que la Inspección General de Justicia puso el ojo en analizar los balances de todas las UTEs en las que participó Odebrecht para conocer la situación en las que se encuentran las uniones, más allá de las empresas que las conforman (20).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Conclusiones y reflexiones finales

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

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

Para ello es necesario desarrollar equipos de trabajo interdisciplinarios, incluyendo actores que conozcan cómo funcionan en la práctica los sistemas de *compliance* y qué alcance efectivo tienen. Esto último se vincula con la capacidad de identificar cómo se estructuran las relaciones de poder e influencia dentro de una empresa, teniendo en consideración que en la mayoría de los casos la organización formal (la que se vuelca en un organigrama) no refleja las verdaderas dinámicas de ejercicio de poder. Puede que quien se encargue de pagar los sobornos para obtener la adjudicación de una obra pública (o realice otras acciones) no se encuentre en el organigrama de la empresa o no figure como empleado, en cuyo caso deberá recurrirse a la cláusula del párrafo segundo del art. 2º de la ley 27.401.

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

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

El secreto profesional del abogado y las investigaciones internas

POR **MAXIMILIANO N. D'AURO** (*) Y **TADEO LEANDRO FERNÁNDEZ** (**)

I. Introducción

Si bien sobre la ética del abogado, y en particular, sobre su secreto profesional existe profusa doctrina (1), a los efectos del presente nos proponemos analizar brevemente esta cuestión teniendo en cuenta la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica por Hechos de Corrupción, especialmente vinculado a las investigaciones internas y el rol de los abogados, internos y externos, en tal proceso.

Como señalaremos a continuación, existen importantes desafíos con respecto a este tema, como por ejemplo, determinar quién es el *dueño* del secreto, en qué casos está protegido, si puede equipararse la doctrina del "producto legal" o "*work product*" y como ha sido la interpretación de nuestros tribunales al respecto, entre otros aspectos de interés.

II. Las investigaciones internas en la ley

Aclaramos que no será objeto de este trabajo el análisis del sistema de atribución de responsabilidad establecido en la ley 27.401 (2) como

(*) Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata, 1997) y LL.M. (*London School of Economics*, 2000). Miembro del Comité de Abogados de Bancos de la República Argentina. Es el Representante Latinoamericano del comité Anticorrupción de la IBA y el Colaborador Nacional para el Foro Antilavado de la IBA. Participó como abogado del sector privado en la evaluación de Argentina en la Convención contra Soborno Transnacional de la OCDE (2014 y 2017). Socio en Beccar Varela.

(**) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, 2009) y Especialista en Derecho Tributario (UBA, 2014). Ex asesor jurídico de la Unidad de Información Financiera. Coordinador de la Comisión de Estudios sobre Prevención del Lavado de Dinero de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF). Abogado senior en Beccar Varela.

(1) Por lo que referimos a, entre otros, Azerrad, Marcos E., *Ética y secreto profesional del abogado*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007; Beiderman, Bernardo, "Ética profesional: los trances del penalista", LL 1990-B, 825; Zeballos Cristobo, José, "El secreto profesional del abogado en la doctrina, la ley y la jurisprudencia", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 15, nros. 1-2, Córdoba, 1928; Parma, Marcelo F., *Vademécum de ética jurídica*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000; Repun, Ernesto y Muñoz, Héctor, *Código de ética*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

(2) Para lo cual remitimos a, entre otros, Castex, Francisco y Dubinsky, Andrés, "La nueva ley de responsabilidad penal empresarial", LL del 23/2/2018, 1; Díaz Cantón, Fernando, "La nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas 27.401. Una breve presentación", *elDial.com*, DC24A5; Durrieu, Nicolás y Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción", *elDial.com*, DC2492; Kleinhempel, Matthias, "El nuevo Régimen de Responsabilidad Penal para las personas jurídicas y los programas de integridad", LL del 21/11/2017, 1; Lavia Haidempergher, Laura y de Arta-za, Mercedes, "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma", LL del 17/1/2018,1; Papa, Rodolfo G., "La nueva ley de responsabilidad penal empresarial", LL del 6/2/2018, 1; Yacobucci, Guillermo J., "La empresa como sujeto de imputación penal", LL del 27/11/2017, 1. No obstante, citamos a Orce y Trovato, para quienes "*se mantiene un modelo descriptivo de respon-*

así tampoco la naturaleza de las investigaciones internas (3). Sin embargo, a los efectos del presente necesitaremos referir al texto legal e indicar las tres menciones expresas a las investigaciones internas, como vemos a continuación.

En primer lugar, la ley las señala como uno de los parámetros para la graduación de la pena. En efecto, según el art. 8º, los jueces tendrán en cuenta "el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia".

Luego, la actividad de investigación interna también tiene un rol preponderante para la exención de pena, como establece el art. 9º de la ley 27.401. Así, la persona jurídica quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa cuando simultáneamente se dieren las siguientes condiciones: (i) "espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna" (4); (ii) "hubiere 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 (iii) "hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido".

Finalmente, la ley menciona a las investigaciones internas como un punto del contenido del programa de integridad en el art. 23. El inc. v) dispone que el programa "también podrá contener (...) 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".

Como puede observarse, la realización de las investigaciones internas no es obligatoria para las personas jurídicas, sino que está diseñada como un incentivo. Luego, más allá del merecido debate sobre la llamada privatización del proceso penal y el *criminal compliance* (5), la implementación del sistema de investigaciones internas trae aparejada una serie de desafíos

sabilidad vicaria, pero incompatiblemente completado por una excepción de responsabilidad si la empresa está en sí misma bien organizada como ciudadano fiel al derecho que hace todo lo posible por no delinquir. (...) *En estos dos términos contradictorios, el de la exención de la responsabilidad termina por vencer al de la posibilidad de responsabilidad por los hechos de otro. En efecto, si es posible que la empresa demuestre que estaba bien organizada, que era fiel al derecho, que se motivaba en general conforme a la norma y de esa manera, desligarse del delito de la persona física, entonces, en verdad, la empresa ya no responde vicariamente si un hecho es realizado por una persona física 'en su beneficio', aunque el precepto general lo siga diciendo* (...) *un artículo como el 9º de la ley 27.401 reformula todo el sistema vicario, hasta disolverlo por completo. Porque si la empresa no tiene responsabilidad sobre si 'hubiere implementado' (es decir, ella por sí misma, no como una acción humana atribuida) un sistema de control y supervisión, ello quiere decir que la empresa no responde sin más cuando un hecho hubiese sido realizado en su beneficio. Hace falta que el hecho haya sido realizado en su beneficio pero de manera culpable, es decir, cuando no se organizó internamente de manera de procurarse su propia fidelidad al derecho*". Orce, Guillermo y Trovato, Gustavo, "El *compliance* como la fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", LL del 6/3/2018, 1.

(3) Sobre lo cual se destaca la obra de Saccani, Raúl, *Tratado de Auditoría Forense*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2012.

(4) Sobre este punto vale citar nuevamente a Orce y Trovato en tanto reflexionan que "*si la empresa hizo todo lo que estaba a su alcance para que no se produjera un* output criminal, *ya nada más puede exigírsele.* (...) *Toda norma que obligue a algo (denunciar un delito, en este caso) solo puede cumplirse o desobedecerse en el presente y la consecuencia sancionatoria, en su caso, lo será respecto de ese deber. Pero es imposible que esa desobediencia incida en, por ejemplo, en si existió una transgresión de una regla independiente anterior* (...) *No otra cosa hace el inc. a) del art. 9º de la ley cuando condiciona la exención de pena a que la empresa denuncie el delito. Cómo la falta de denuncia puede transformar a un hecho llevado a cabo sin culpabilidad en un hecho merecedor de pena (y por lo tanto culpable) y todo ello retroactivamente, resulta un misterio de difícil dilucidación*". Orce y Trovato, ob. cit.

(5) Montiel, Juan Pablo, "Cuestiones teóricas fundamentales del criminal *compliance*", *En Letra* nro. 7, Buenos Aires, 2017, ps. 21-47.

entre los cuales se encuentra el relativo a la actuación profesional de los abogados, tal como demuestra la experiencia comparada. En ese sentido, sirven como ejemplos los casos "Teva", "Volkswagen" y "Bio-Rad Laboratories" mencionados por Reinhard y Murphy-Johnson (6), que señalamos seguidamente.

En diciembre de 2016, Teva Pharmaceutical Industries Ltd., el mayor fabricante mundial de productos farmacéuticos genéricos, y su filial rusa Teva LLC, acordaron resolver los cargos penales y pagar una multa de más de $283 millones de dólares en relación con el soborno de funcionarios públicos en Rusia, Ucrania y México en violación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero ("FCPA" por sus siglas en inglés). Tal como informa el comunicado de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos (7), en función del *plea agreement* (8), la compañía no recibió el "crédito total de cooperación" debido a problemas que provocaron demoras en las primeras etapas de la investigación por "afirmaciones demasiado amplias del privilegio abogado-cliente" y no produciendo documentos de manera oportuna en respuesta a requerimiento de las autoridades.

Sobre el caso Volkswagen, vinculado al escándalo de las emisiones, se señala el allanamiento, por parte de las autoridades alemanas, de las oficinas del estudio jurídico que había contratado la compañía para llevar a cabo la investigación interna (9). Unos meses después, la Corte Constitucional Federal de Alemania prohibió el uso de la información allí obtenida (10).

Finalmente, en el caso de Bio-Rad Laboratories el ex *general counsel* de la compañía, es decir, el asesor legal principal, denunció a la propia empresa y como *whistleblower* un jurado le otorgó 8 millones de dólares a principios de 2017. El abogado alegó en un juicio civil que la empresa lo había despedido luego de plantear objeciones sobre posibles sobornos pagados por representantes de la compañía a funcionarios públicos en China. Como se informó en los medios de comunicación, el ex abogado interno pudo presentar pruebas y obtener testimonio sobre las comunicaciones entre abogado y "cliente" (empleador) durante el juicio por jurados (11).

III. El secreto profesional legal

III.1. Las normas en nuestro país

Las comunicaciones entre el abogado y su cliente están protegidas y el secreto profesional del abogado está vinculado con derechos constitucionales, en particular, con el art. 18 de la Constitución, en la protección del derecho de defensa del justiciable (12) y la garantía según la cual nadie está obligados a declarar contra sí mismo (13) y hasta la protección de la privacidad, en función del art. 19 de la ley suprema. Luego, el Código Penal ("CP") tipifica como delito el revelar sin justa causa un secreto que haya tenido noticia en virtud de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, en el art. 156 (14).

(6) Reinhard, Matthew y Murphy-Johnson, Dawn, "Global Overview", *Getting the Deal Through – Legal Privilege & Professional Secrecy*, Law Business Research, Londres, 2017, p. 5.

(7) El comunicado de prensa puede accederse desde el siguiente vínculo *http://www.webcitation.org/6yqb8prKH*.

(8) Que puede descargarse desde la página mencionada en la nota anterior.

(9) La nota del New York Times del 16/3/2017 puede accederse desde el siguiente vínculo: *https://www.nytimes.com/2017/03/16/business/volkswagen-diesel-emissions-investigation-germany.html*.

La nota de Reuters del 26/7/2017 puede accederse desde el siguiente vínculo: *https://www.reuters.com/article/us-germany-emissions-court/german-court-blocks-prosecutors-from-using-vw-law-firm-seizures-idUSKBN1AB2FJ*.

(10) El comunicado de prensa puede accederse desde el siguiente vínculo: *http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-062.html*.

(11) La sentencia puede descargarse desde el siguiente vínculo: *https://www.oalj.dol.gov/public/whistleblower/decisions/court_decisions/15_02356_walder_nd_cal_05_10_2017.PDF*.

(12) Azerrad, ob. cit., p. 36.

(13) Ibídem, p. 43.

(14) Art. 156 del CP. "*Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa*".

El Código Procesal Penal ("CPP") en su art. 244 (15) establece el deber de abstención de declarar sobre hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, para determinadas personas y bajo pena de nulidad. Entre otros, menciona a los abogados, procuradores y escribanos. No obstante, artículo dispone que, si el interesado los libera del deber de guardar secreto, no podrán negar su testimonio.

Sobre este particular existe controversia. Para Friele, "la obligación de abstención de deponer a los testigos que tomaran conocimiento de ciertos hechos secretos en razón de su oficio o profesión protege al confidente y no al profesional receptor del secreto" (16), de manera con la doctrina y jurisprudencia que reputa mayoritaria al respecto. No obstante, no puede dejar de señalarse la postura contraria, mantenida en algunos códigos de ética profesionales (17) y también sostenida por autores como Munilla Lacasa, para quien "el secreto pertenece a la conciencia del abogado (...) la conciencia del abogado actúa siempre por encima de los deseos del interesado, y no puede ser condicionado por ninguna otra regulación" (18) o Azerrad, que expresa estar "absolutamente convencido de que no existe autoridad alguna, y menos aun el propio cliente, que pueda liberar al abogado del secreto profesional" (19).

Otras normas del CPP también son de interés para nuestro análisis. El art. 232 (20) indica que el juez puede ordenar la presentación de sujetos y documentos, pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos por razón de secreto profesional. Luego, según el art. 237 del CPP, no podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a defensores para el desempeño de su cargo.

Por otra parte, el art. 444 del Código Procesal Civil y Comercial ("CPCC") indica que el testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: "Si la

(15) Art. 244 del CPP. "*Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.*

Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, el juez procederá, sin más, a interrogarlo".

(16) Friele, Guillermo E., "¿A quién se protege con el deber de abstenerse a declarar testimonialmente contenido en el art. 244 del Código Procesal Penal de la Nación?", LL 2004-E-145.

(17) Como por ejemplo el Código de Ética del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, como expresa el art. 11, inc. II): "*La obligación de guardar secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes. Ella da al abogado el derecho ante los jueces, de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar las preguntas que lo expongan a violarlo*".

(18) Munilla Lacasa, Hernán, "El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional", LL 2004-D-1104. El autor menciona que "*si se repara que al cliente que decide relevar a su abogado del secreto confiado sólo lo inspira un interés particular, que no siempre ha de coincidir con el interés de la justicia, dualidad ésta sólo cognoscible por el abogado; si se repara que a este último lo guía el legítimo propósito de mantener incólumne la confianza que en su magisterio deposita la comunidad, entelequia compuesta por cientos de hipotéticos clientes, que así verán en él una ciudadela incoercible, entonces se comprenderá, sin demasiado esfuerzo, que conceder prioridad a la decisión interesada del ocasional particular, como lo hace el Código Procesal en su art. 244 con el eufemismo de 'justa causa', terminará por aniquilar el magisterio mismo de la abogacía y, en consecuencia, de socavar la seguridad jurídica que la nutre y ampara*".

(19) Azerrad, ob. cit., p. 50.

(20) Art. 232 del CPP. "*En lugar de disponer el secuestro el juez podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los sujetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado*". El art. 231, por su parte, dispone que "[*e*]*l juez podrá disponer el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba. Sin embargo, esta medida será dispuesta y cumplida por los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, cuando el hallazgo de esas cosas fuera resultado de un allanamiento o de una requisa personal o inspección en los términos del art. 230 bis, dejando, constancia de ello en el acta respectiva y dando cuenta inmediata del procedimiento realizado al juez o al fiscal intervinientes*".

respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor"; "si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial".

Otras regulaciones que protegen el secreto profesional se encuentran en los códigos de procedimiento local y en los códigos de ética de cada uno de los colegios de abogados. En este sentido, podemos citar a la ley 23.187 y el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Así, de acuerdo con el art. 6º, inc. f) de la ley 23.187, es un deber específico de los abogados el observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado. Por su parte, el art. 10 del Código de Ética dispone como "deberes fundamentales inherentes al ejercicio de la abogacía" el de "respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad al relevamiento del secreto profesional, negándose a responder las preguntas que lo expongan a violarlo" (inc. h), quedando exceptuado solamente cuando el cliente así lo autorice o si se tratare de su propia defensa. El artículo mencionado además indica que el abogado debe defender el derecho a la inviolabilidad del estudio y de los documentos que le hubiesen sido confiados (inc. i). Es también necesario señalar, a los efectos de este trabajo, el art. 7º de la ley 23.187 dispone como "derechos específicos de los abogados", el "guardar el secreto profesional" (inc. c) y la "inviolabilidad de su estudio profesional, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En caso de allanamiento, la autoridad competente que hubiere dispuesto la medida deberá dar aviso de ella al Colegio al realizarla, y el abogado podrá solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo" (inc. e).

III.2. Regulación comparada

Un aspecto importante del estudio del secreto profesional vinculado a las investigaciones internas es el análisis comparado, ya que estas pueden involucrar distintas jurisdicciones y, en consecuencia, distintas regulaciones.

Así, se suele citar la cuestión en Estados Unidos, donde existe además la teoría denominada "*work product*" o "producto legal". Como mencionan Reinhard, Murphy-Johnson y Dowd (21), *Upjohn v. United States*, 449 US 383 (1981) fue el *leading case* de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el privilegio de abogado-cliente con respecto a las comunicaciones entre los abogados (internos) de las empresas y los empleados. El Tribunal sostuvo que el privilegio de abogado-cliente protegía ciertas comunicaciones entre el abogado interno y los empleados de la compañía durante una investigación interna. Después, en *Hickman v. Taylor*, 329 US 495 (1947), la Corte Suprema estableció la doctrina del *work product* para los tribunales federales. Debido a que los abogados desempeñan un papel esencial en el sistema adversarial, el Tribunal sostuvo que los procesos mentales de un abogado deben estar protegidos del procedimiento de *discovery* durante el litigio. Más recientemente, un tribunal federal de apelaciones en *Kellogg Brown & Root Inc.*, 756 F3d 754 (DC Cir. 2014), revisó exhaustivamente el privilegio abogado-cliente y la doctrina del *work product* en el contexto de investigaciones internas, y anuló un tribunal inferior dictaminando que los materiales de investigación en cuestión no fueron privilegiados. En primer lugar, el tribunal de apelaciones sostuvo que para el privilegio de abogado-cliente, el abogado externo no tiene que realizar la investigación interna; tales investigaciones pueden ser dirigidas por un abogado interno. En segundo lugar, el privilegio aún se mantiene cuando llevan a cabo una investigación interna los agentes que no son abogados, pero bajo la dirección de un letrado. En tercer lugar, el privilegio también se mantiene en una entrevista de un investigador a un empleado de la compañía, si hay otros indicios de privilegio presentes, y el investigador no tiene que informar al empleado que la conversación es privilegiada. Con respecto al *work product*, el tribunal sostuvo que los documentos están protegidos contra la divulgación cuando plasman las "impresiones mentales" del investigador.

Por otra parte, a nivel europeo podemos mencionar la sentencia "Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akcros Chemical Ltd. European Com-

(21) Reinhard, Matthew, Murphy-Johnson, Dawn y Dowd, Sarah, "Chapter United States", *Getting the Deal Through – Legal Privilege & Professional Secrecy*, Law Business Research, Londres, 2017, ps. 51/2.

mission" (22), en donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó carácter confidencial a ciertos documentos vinculados con la comunicación entre ejecutivos y abogados internos de una empresa. Es decir, se limitó el alcance del secreto profesional a abogados de la compañía que estaban bajo una relación de empleo, considerando que el *in-house* no tiene el mismo nivel de independencia que el externo, y por lo tanto, se convalidó la información y documentación como prueba en la investigación que llevaba a cabo la Comisión Europea. Esta decisión en Akzo confirmaba una anterior de la Tribunal de Justicia de la Unión Europea en "AM&S Europe Ltd. v. European Commission" (23), estando ambas vinculadas con vinculado con actividades anticompetitivas.

III.3. La jurisprudencia en Argentina

Si bien existen varias referencias a la jurisprudencia sobre secreto en nuestro país (24), creemos importante traer a colación los casos "Halabi" (25) y "Rossi" (26) de Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN"), y el caso "Favale" (27) de la Cámara Federal de Casación Penal ("CFCP").

En el conocido caso Halabi, el abogado promovió (finalmente con éxito) una acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de una ley y de su decreto reglamentario, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet. Entre sus argumentos incluía, no solo que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, sino también que significaban un menoscabo al privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes (28).

En el caso Rossi, una persona que había sido condenada por el delito de enriquecimiento ilícito, alegaba un menoscabo de la garantía del debido proceso por violación al secreto profesional, y por lo tanto, el vicio de nulidad al inicio de la investigación judicial. Como relata el dictamen del procurador, "la pesquisa comenzó a partir de la publicación periodística cuyo origen fue la documentación obtenida por Ana Yolanda Pemayón, esposa del abogado Carlos Alberto Neuman, en violación del secreto profesional, desde que Rossi se la había entregado a dicho letrado con motivo del asesoramiento que le estaba brindando en el marco de la separación personal con su esposa, Isolina Guadalupe García, y a fin de que la removiera de la titularidad las cuentas bancarias asentadas en dicha documentación. Agregó que la manera en que Pemayón la obtuvo —ya fuera mediante su apoderamiento ilegítimo, o la entrega voluntaria por parte del abogado Neuman— es irrelevante para determinar la violación del secreto profesional". Además, arguyó que "la profesión de abogado no se ejerce exclusivamente ante los estrados judiciales, y que Neuman fue consejero de Rossi y lo asesoró en la negociación

(22) Case C-550/07 (ECJ 14/9/2010, ECLI:EU:C:2010:512). Al respecto recomendamos la lectura de Gobbi, Marcelo, "Abogacía interna en la Argentina. Reflexiones a partir de una sentencia europea sobre confidencialidad de la comunicación entre clientes y abogados", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 68, nro. 2, 2008.

(23) Case 155/79 (ECJ 18/5/1982 ECLI:EU:C:1982:157). En virtud de estos casos es que se reputa que el derecho comunitario europeo no reconoce al abogado interno como independiente y por ello la comunicación con el cliente empleador no está protegida por el secreto. Esta es la opinión de Menin, Kate *et al*, "Chapter England & Wales", *Getting the Deal Through*, cit., p. 16. En Holanda, por otra parte, Perez menciona que la Corte Suprema en 2013 limitó el alcance de la doctrina Akzo al derecho comunitario europeo de la competencia, ya que la práctica legal en Holanda es regulada por su colegio profesional y no hay razón para denegar el secreto a los abogados internos, siempre y cuando estén admitidos en el bar, Pérez, Enide, "Chapter Netherlands", *Getting the Deal Through*, cit., p. 35.

(24) Ver, por ejemplo, Azerrad, cit., Friele, cit., Parma, cit., Repun, cit., entre otros.

(25) CS, "*Halabi, Ernesto c. PEN —25.873— dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*", 24/2/2009. Fallos: 332:111.

(26) CS, "*Rossi, Domingo Daniel s/ enriquecimiento ilícito de funcionario público —causa 2937—*", 1/12/2009. Fallos: 332:2659.

(27) CFCP, Sala III, Causa CCC 40825/2010/47/2/CFC5 "*Favale, Cristian Daniel y otros s/recurso de casación*", 10/9/2015.

(28) Planteo al que adhirieron el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

que tuvo lugar durante el período de separación con su cónyuge García, tiempo antes de que se interpusiera la demanda por separación personal" y que "el hecho de que las cuentas bancarias estuvieran a nombre de Isolina Guadalupe García no la facultaba a dejar sin efecto el secreto, lo que sólo pudo haber ocurrido por decisión de Rossi, pues esa protección tiene como exclusivo destinatario al cliente que confía la información al profesional".

Al respecto, la CSJN compartió los argumentos y conclusiones del Procurador Fiscal, para quien correspondía desestimar la queja planteada y en particular sobre el agravio en cuestión, en tanto "...el a quo rechazó la violación del secreto profesional en el caso al tener por demostrado que Rossi no entregó la documentación a Neuman con motivo o en el ejercicio de su profesión de abogado. Para así decidir tuvo en cuenta —haciendo suyos los fundamentos de la sentencia de condena— que del testimonio de Ana Yolanda Pemayón, ex esposa de Neuman, no surge que éste haya obtenido dicha documentación con motivo del ejercicio de la abogacía, ni tampoco que Neuman le brindara asistencia profesional a Rossi en la época en que ello ocurrió; que, más allá de los dichos del acusado, no se ha incorporado a la causa ningún elemento de prueba que permita sostener tales extremos; que la demanda de separación personal por medio de la cual Rossi intentó probar la asistencia letrada de Neuman es contemporánea a la investigación periodística que motivó el inicio de estas actuaciones (a mediados de 1997), y que Neuman le entregó la documentación a Pemayón un año antes —en 1996, según ésta dijo—, de manera que debió haberla obtenido con precedencia y por una causa distinta de aquella separación; que Rossi refirió que en el proceso de divorcio su ex cónyuge no le formuló ningún reclamo en relación a los bienes que se le atribuyen; y que no era necesaria asistencia profesional para administrar las cuentas bancarias en la República Oriental del Uruguay, lo que el acusado hacía personalmente, según reconoció (...). A ello se podría agregar que la defensa no explica cuál es la intervención que Neuman pudo haber tenido en el cambio de titularidad de las citadas cuentas, ni se logra comprender la urgencia en hacerlo, aun cuando se vislumbrara un futuro divorcio, desde que el propio acusado las administró durante años sin intervención alguna de aquella —quien de hecho ignoraba que existieran—".

En el caso Favale se había ordenado la intervención telefónica del abogado de la Unión Ferroviaria a raíz de una conversación con el secretario administrativo del gremio, quien ya tenía intervenido su teléfono. Aquí se planteó una nulidad, argumentándose que no se comunicó al Colegio Público de Abogados y que ello era una "franca vulneración del secreto profesional". Para resolver la cuestión, tanto el voto de la Dra. Catucci como el del Dr. Borinsky, citaron a la sentencia en cuanto "...la ley adjetiva no ampara o tutela las comunicaciones que por alguna vía mantenga un imputado con algún abogado/a; exclusivamente serán de protección las comunicaciones que el encausado mantenga con su letrado defensor, toda vez que ha sido éste y no a otro a quien le ha confiado su defensa, con las implicancias y consecuencias que ello apareja. De tal modo, el profesional asignado para tal fin se interioriza de su defendido y de otras circunstancias vinculadas al hecho que se le incrimina a su asistido, en razón del cumplimiento de su ministerio, y es el pleno ejercicio de defensa en juicio lo que en definitiva procura proteger la ley". La Dra. Catucci indicó además que es "írrita la comunicación al Colegio de Público de Abogados de la intervención telefónica de alguno de sus miembros pues como se dijo no hubo afectación de derecho alguno (...) A mayor abundamiento ha de anotarse que es un derecho del abogado que se dé noticia al colegio profesional cuando se disponga un allanamiento de su estudio jurídico (art. 7º inc. e) de la ley 23.187), y no, en el caso de las intervenciones telefónicas con lo cual ese agravio termina de fulminarse".

III.4. Algunos interrogantes sobre el futuro de las investigaciones internas en Argentina

III.4.1. ¿La situación de las investigaciones internas y el secreto del abogado in-house*?*

Molinelli indicaba como "abogado interno de empresa" a aquel "que actúa en forma exclusiva para un 'cliente', siendo ese 'cliente' una empresa, y enmarcada la actuación de aquel en el contexto de la organización empresaria usualmente es un empleado cuya fuerza de trabajo esta puesta a disposición de ese cliente-

empresa y actúa dentro de la organización jerárquica" (29). Gobbi, en posición que compartimos, expresa que el "derecho argentino un abogado que trabaja como tal bajo relación de dependencia mantiene su condición de abogado, y que el régimen laboral no lo priva de los derechos ni lo exime de las obligaciones inherentes al ejercicio de su profesión" (30).

Si pensamos en la discusión que mencionamos antes sobre el secreto profesional del abogado interno en el derecho europeo, creemos que, en nuestro país, cumplido el requisito de tratarse de un abogado matriculado, no hay razones para diferenciar la situación con un abogado externo.

III.4.2. ¿La doctrina del "producto legal" en Argentina?

Como mencionamos, no se encuentra desarrollada en nuestro país una doctrina del *work product* como en los Estados Unidos. No obstante, ello no impide realizar algunas reflexiones sobre su eventual desarrollo.

En efecto, como menciona Azerrad, el secreto profesional "es un concepto manifiestamente objetivo que puede consistir en determinados hechos, circunstancias, características de una cosa, o en documentos referidos a dichos hechos o cosas" (31). Por su parte, López Miró incluye al *work product* como incluido dentro del ámbito de la confidencialidad, aclarando que "[e]l término se refiere al trabajo del abogado, esto es, todas las notas de carácter confidencial que el abogado ha integrado a la carpeta del cliente, ya sean la transcripción de lo transmitido por el cliente, ya las propias conclusiones u opiniones que el caso le merece al profesional como así también las cuestiones de táctica y estrategia aplicables al asunto. De tal manera, si el abogado fuera intimado a presentar documentación del caso del cliente, que involucrara el producto de su trabajo en los términos en que lo hemos definido, estimamos que él podría negarse a cumplir con tal intimación so pena de incurrir en violación del secreto profesional" (32). Azzerad, menciona un caso que podemos incluir en este punto: "en la causa 208.345 tramitada por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, una letrada denunció que concurrió a su estudio jurídico una funcionaria de la AFIP, 'a fin de controlar y fiscalizar si había dado cumplimiento a la presentación de su declaración de Impuesto a las Ganancias y a revisar los comprobantes que la respaldaban'. Ante tal requerimiento, la abogada se negó a hacerlo 'por entender que ello afecta su derecho y deber de preservar el secreto profesional'. El abogado/a están obligados a custodiar y preservar el secreto de los datos y demás documentos que el cliente le confía para su tutela. La actitud asumida por la letrada fue la correcta por cuanto todos los elementos confiados al profesional están resguardados y protegidos por la confidencialidad" (33). En definitiva, creemos que, ante la sanción de esta nueva ley de responsabilidad penal empresaria, esta cuestión merece un debate frente a los desafíos que implican las investigaciones internas, teniendo en consideración las normas que mencionamos previamente.

IV. Colofón

La ley constituye un paso muy importante en la lucha contra la corrupción en nuestro país y el esquema de incentivos establecido favorecerán los sistemas de investigación interna. No obs-

(29) Molinelli, N. Guillermo, "La ética profesional y el abogado interno de empresa", LL 1990-C-1151.

(30) Gobbi, ob. cit., p. 60. Es interesante, además, su opinión respecto de unificar las áreas de legales y *compliance: "no nos parece conveniente reunir en una misma persona, como hacen algunas compañías, la función de abogado interno (director o gerente de asuntos jurídicos) y la responsabilidad de cumplimiento o compliance (*Chief Compliance Officer *o CCO), cada vez más difundido sobre todo en empresas que hacen oferta pública de sus acciones o son controladas por empresas cotizadas. Creemos que esa confusión va en desmedro, en general, de la posibilidad de un verdadero ejercicio de la abogacía en el ámbito corporativo. Es poco probable que un ejecutivo se vea estimulado a comunicarse sincera y plenamente con un abogado de la empresa que, al mismo tiempo, sea el encargado de velar por el cumplimiento de las normas externas o internas que regulan la operación. Este argumento no se mitiga señalando que el cliente es la empresa y no el individuo que allí trabaja; aunque esto es cierto, la empresa soporta de manera refleja la responsabilidad civil y las consecuencias regulatorias de los actos que cometen los individuos, respecto de los cuales se ejerce también la tarea de defender"*, nota 12, p. 62.

(31) Azerrad, ob. cit., p. 45.

(32) López Miró, Horacio G., "La prueba confesional, el privilegio de confidencialidad y el derecho de rehusarse a responder", LL Litoral 1999, 515.

(33) Azerrad, ob. cit., p. 471.

tante, a medida que estos procedimientos internos se conviertan en habituales y los operadores judiciales comiencen a tratar los casos en particular, la cuestión del secreto profesional puede implicar un desafío complejo a superar, máxime si se tratan de múltiples jurisdicciones o asuntos más allá de las fronteras de nuestro país.

Al respecto, serán muy útiles los trabajos de investigación sobre estos temas y las decisiones de los tribunales, para delinear los aspectos clave de la propiedad o protección del secreto, la cuestión del "producto legal" y la vigencia del secreto profesional aún se trate de un abogado interno.

Programas de *compliance* anticorrupción: Aspectos complejos, legislación comparada y consecuencias

POR **GUSTAVO L. MORALES OLIVER** (*)

I. Introducción

La práctica de *compliance* se ha expandido internacionalmente. Así, los programas de *compliance* en las empresas quedan frecuentemente sujetos a regulaciones de distintos países que pueden superponerse, complementarse y contradecirse.

Ello genera situaciones complejas con respecto al desarrollo, la implementación y las consecuencias de esos programas. Este artículo analiza preliminarmente algunas de ellas.

II. Aspectos complejos en programas de *compliance* anticorrupción

Al analizar normas legales de distintos países, estándares y prácticas internacionales, puede apreciarse que generalmente los programas de *compliance* son un conjunto de procedimientos y mecanismos orientados a prevenir, detectar, remediar y castigar ciertas conductas, y suelen contar con un grupo de elementos comunes como, por ejemplo, un código de conducta y políticas internas. Sin embargo, también se advierte que al aplicarlos en empresas los programas presentarán desafíos y características específicas en cada caso.

En primer lugar, dependiendo de las actividades de cada empresa el programa podrá o necesitará abarcar distintos grupos de normas legales. Por ejemplo, el programa de una empresa en la industria financiera atenderá aspectos como anticorrupción y antilavado de activos mientras que el programa de una empresa de *retail* alimenticio también atenderá anticorrupción pero posiblemente no abarque lavado de dinero e incluya regulación alimenticia específica.

Así, el universo de normas legales aplicables a cada empresa determinará los requisitos legales aplicables al programa.

En ese orden, es habitual que las normas legales que exigen o incentivan la existencia de un programa de *compliance* establezcan que debe ajustarse a los riesgos propios de las actividades de cada empresa.

Los marcos legales aplicables establecen también el mínimo de situaciones a abarcar, pudiendo la empresa incorporar otras voluntariamente. Así, el programa podrá abarcar aspectos legales tan diversos como sobornos a funcionarios públicos, sobornos a funcionarios privados, lavado de activos, fraude, acoso, discriminación, maltrato, represalias, conflictos de

(*) Abogado en Marval, O'Farrell & Mairal y profesor en la Universidad Torcuato Di Tella, especializado en Compliance, Anticorrupción e Investigaciones. Abogado de la Universidad Torcuato Di Tella. Master in Laws (LL.M) de la Universidad de Illinois. Admitido para ejercer la abogacía en el Estado de New York, Estados Unidos. Ha escrito numerosos artículos en publicaciones locales e internacionales y es habitualmente disertante en eventos sobre su especialidad en Argentina y en el extranjero.

interés, uso de recursos de la empresa, conductas anticompetitivas, registros contables y otros. En esa línea, distintas normas pueden brindar diferentes definiciones de esos aspectos legales, haciendo más compleja la tarea. Por ejemplo, el soborno definido por la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de Estados Unidos refiere al concepto de "ventaja de negocios" que no se incluye en la definición de cohecho de funcionarios públicos locales bajo derecho argentino. Este tipo de situaciones es especialmente desafiante para empresas con operaciones internacionales a las que apliquen normas locales y extranjeras. Desde ya, las normas legales son por naturaleza imperfectas, resultando muchas veces poco claras en su redacción, interpretación y aplicación.

Por otro lado, los elementos del programa de *compliance* podrán ser obligatorios o voluntarios según las normas legales aplicables. Por ejemplo, en Argentina la designación de un *compliance officer* es con claridad un elemento obligatorio en un programa de *compliance* bajo la regulación antilavado de activos pero no lo es bajo la ley anticorrupción 27.401.

Los efectos de los programas de *compliance* pueden diferir. En algunos casos, estos programas sirven para obtener reducciones en las penas a ser aplicadas y en otros casos para eximir a las personas jurídicas de penas. Desde ya, en todos los casos, adecuadamente diseñados e implementados, deberían servir para bajar el riesgo de incurrir en las situaciones que se busca evitar.

También, algunos programas podrán estar destinados a ser evaluados primordialmente por autoridades administrativas mientras que otros serán directamente tratados por autoridades judiciales. En similar sentido, algunos programas (o algunas partes de un programa) podrán quedar sujetos únicamente a la jurisdicción de una autoridad mientras que otros (u otras partes) podrán quedar bajo supervisión de autoridades de múltiples jurisdicciones.

Los contenidos legales podrán ser complementados con aspectos éticos y valores que busquen un impacto positivo en la conducta de los destinatarios del programa y así incrementen su eficacia.

Adicionalmente, al ocurrir cambios relevantes en la empresa, sus operaciones, sus integrantes, la regulación aplicable, los reguladores o cualquier otro aspecto del negocio que cambie los riesgos a tratar bajo el programa, será oportuno modificar el programa en consecuencia. Así, el programa de *compliance* se encontrará en constante evolución.

A los desafíos antes mencionados se agrega que los destinatarios de los programas de *compliance* pueden ser muy diversos —en número, cualidades y roles— y pueden no tener los recursos necesarios para analizar las normas legales que esos programas abarcan. Por ello, simplificar el mensaje es una opción válida y útil. Desde ya, la simplificación tendrá como obstáculo las complejidades antes mencionadas en esta sección.

Así, la problemática de los programas de *compliance* continuará evolucionando en una práctica de rápida expansión global pero aún incipiente cuando se la compara con otros institutos jurídicos tradicionales, especialmente en aquellos países de tradición legal cercana a la detección y castigo por parte del Estado sin colaboración de los sujetos investigados.

III. Legislación comparada sobre programas de *compliance* anticorrupción

Los programas de *compliance* anticorrupción son habituales en la gran mayoría de las empresas internacionales que hacen negocios en Argentina y también se espera que se vuelvan más frecuentes en empresas locales. Por ello, es importante conocer y entender sus requisitos y efectos legales.

Es habitual para quienes se desempeñan en *compliance* que referencias a "corrupción" se identifiquen con el concepto de soborno. Puede argumentarse que ello deriva de que normas extranjeras líderes en esta práctica —como por ejemplo la FCPA— que castigan situaciones de soborno incluyendo referencias a la palabra "corrupción".

La Real Academia Española (RAE) define "soborno" como la acción y efecto de sobornar, como la dádiva con que se soborna y como la cosa que mueve, impele o excita el ánimo para inclinarlo a complacer a otra persona.

Por otro lado, la RAE define "corrupción" como la acción y efecto de corromper o corromperse, y como la práctica consistente en la utilización de funciones y medios de una organización en provecho de sus gestores. La RAE también define "corromper" como alterar, echar a perder o dañar algo. Por su parte, Transparencia Internacional define "corrupción" como el abuso de poder confiado a alguien para lograr un beneficio.

En general el concepto de "corrupción" involucra deshonrar la confianza de quien otorgó cierto poder a alguien que, finalmente, no actúa en el mejor interés de esa función de confianza sino que prioriza otros intereses, desvirtuando aquel encargo. En la mayoría de los casos, se busca ocultar las conductas corruptas y por ello la transparencia es una herramienta sustancial para combatirlas.

En la legislación argentina no hay un tratamiento de prácticas corruptas como tales. Por el contrario, se regulan distintas conductas que culturalmente se consideran corruptas como, por ejemplo, las dádivas, el cohecho, el lavado de activos, el tráfico de influencias, la evasión fiscal, otros delitos contra la administración pública y en general otras conductas que implican corrupción. Así, se trata de una lista subjetiva y no taxativa de conductas.

Actualmente, la legislación argentina trata en la ley 27.401 los programas de *compliance* en relación a sobornos y otras conductas corruptas similares relacionadas a interacciones con funcionarios públicos.

III.1. Argentina: ley 27.401

La ley 27.401 regula los programas de *compliance* (denominados programas de integridad) para personas jurídicas respecto de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes agravados.

Según esta norma, los programas de integridad consisten en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

La ley 27.401 determina que será optativo para las personas jurídicas implementar un programa de *compliance* bajo esta ley aunque será condición necesaria para realizar ciertos contratos relevantes con el Estado Nacional (1).

En cuanto a los efectos del programa de *compliance*, la ley establece que:

— Es relevante para la graduación de la pena dado que los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos.

— Es uno de los requisitos para acceder a la exención de pena y responsabilidad administrativa siempre que el programa haya existido previamente a la comisión del delito y sea adecuado, e incumplirlo exigió un esfuerzo de los involucrados.

— Es un elemento relevante para los acuerdos de colaboración dado que dicho acuerdo estará sujeto a la condición de que se implemente o mejore el programa de *compliance*.

— Es un elemento útil a efectos de mostrar que la persona jurídica no tolera actos corruptos. Esto es especialmente importante en razón de que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

— Es —como se mencionó anteriormente— una condición necesaria para entablar ciertos contratos con el Estado Nacional.

Estos efectos muestran que el legislador decidió obligar a ciertos contratantes con el Estado Nacional a tener un programa de *compliance* mientras que decidió plantear incentivos relacionados a la ausencia de responsabilidad, la exención y la reducción de penas para las restantes personas jurídicas.

Continuando con los requisitos, la ley determina que el programa deberá guardar relación

(1) Esos contratos están listados en el art. 24 de la ley 27.401 y en el dec. 277/2018 del Poder Ejecutivo Nacional.

con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad con lo que establezca la reglamentación (2).

La ley determina que el programa deberá contener, "al menos", los siguientes elementos:

— Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas para prevenir la comisión de los delitos bajo la ley 27.401.

— Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.

— Capacitaciones periódicas sobre el programa de *compliance* a directores, administradores y empleados.

Adicionalmente, la ley establece que el programa "podrá" contener los siguientes elementos:

— Análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad.

— Apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.

— Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos.

— Una política de protección de denunciantes contra represalias.

— 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.

— 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.

— 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.

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

— Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad.

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

III.2. Estados Unidos: FCPA

En enero de 2017 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó una guía sobre programas de *compliance*. Esa guía indica que *los Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* del *United States Attorney's Manual* describen ciertos factores que los fiscales deberían consideran al investigar a personas jurídicas. Uno de ellos es la existencia y efectividad del programa de *compliance* de la organización y los esfuerzos de la organización para remediar la situación de incumplimiento implementando un programa de *compliance* o mejorando el existente.

En ese marco, el Departamento de Justicia explica que cada organización tiene sus propios riesgos y puede ameritar sus medidas particulares para tratarlos. Por ello, el Departamento evalúa cada caso con sus particularidades, sin que exista una lista general de medidas aplicables a todas las empresas.

Destaca el Departamento de Justicia, sin embargo, que hay una serie de "preguntas comunes" relevantes en general al evaluar un programa de *compliance* que no son taxativas y

(2) El dec. 277/2018 del Poder Ejecutivo Nacional dio a la Oficina Anticorrupción la capacidad de dictar guías para el mejor cumplimiento de lo establecido en la ley 27.401 con respecto a los programas de *compliance*.

pueden tener mayor o menor impacto según los hechos del caso.

Esas preguntas abarcan los siguientes aspectos:

— Análisis de riesgos anteriores al incumplimiento y acciones posteriores de remediación.

— Conducta, compromiso y control de las personas que ocupan medios y altos mandos.

— Relevancia que la empresa dio al programa de *compliance*, capacitación, autonomía y recursos del personal a cargo de su implementación.

— Diseño y disponibilidad de las políticas y procedimientos de *compliance*.

— Controles que fallaron.

— Fondeo de conductas que generaron el incumplimiento.

— Aprobaciones de las conductas que generaron el incumplimiento.

— Manejo de riesgos relacionados a terceros.

— Entrenamientos sobre el programa de *compliance*.

— Comunicación del programa de *compliance*.

— Mecanismos de denuncia.

— Investigaciones internas.

— Incentivos para actuar éticamente.

— Medidas disciplinarias.

— Evolución y mejora continua del programa.

— M&A (fusiones y adquisiciones).

Las *U.S. Sentencing Guidelines* establecen que contar con un programa de *compliance* efectivo posibilitará la reducción de penas. Así, las *Guidelines* ofrecen incentivos a las personas jurídicas para prevenir, detectar y castigar conductas delictivas mediante un programa de *compliance* efectivo. Un programa de esas características colaborará a que la organización estimule conductas éticas que cumplan las normas legales aplicables.

Los parámetros antes descriptos para programas de *compliance* aplican a las conductas prohibidas bajo la FCPA (aprobada en 1977). Así, los programas de *compliance* bajo la FCPA deberán combatir los sobornos a funcionarios públicos no estadunidenses (definidos como ofrecer, autorizar o dar cualquier cosa de valor, directamente o a través de intermediarios, a cualquier funcionario público no estadounidense o a cualquier partido político no estadounidense o funcionario de dicho partido o a cualquier candidato a ocupar una posición política no estadounidense de cualquier partido político no estadounidense, con el fin de que influencien, induzcan o aseguren una ventaja para obtener o retener negocios). Adicionalmente, los programas deberán buscar que emisores (*issuers*) efectúen registros contables completos y precisos y establezcan controles internos al respecto.

III.3. Reino Unido: UK Bribery Act

Según la *Quick Start Guide* publicada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido, el *Bribery Act* de 2010 —que trata únicamente sobornos (*bribery)*— establece que una organización puede ser responsable por fallar en prevenir que un representante de dicha organización incurra en sobornos. También, establece que existe una defensa (*full defence*) si la organización puede demostrar que tiene procedimientos adecuados implementados para prevenir sobornos. Sin embargo, no se exige implementar estos procedimientos si la organización no enfrenta riesgos de sobornos.

Esta guía también brinda los siguientes parámetros para determinar si la organización implementa procedimientos adecuados para prevenir sobornos:

— Las medidas para prevenir sobornos deben ser proporcionales a los riesgos y al tamaño del negocio.

— Los altos mandos deben estar comprometidos a luchar contra el soborno ya que están en una mejor posición para asegurar que la organización desarrolla sus negocios sin incurrir en sobornos.

— El análisis de riesgos de soborno es fundamental.

— Realizar auditorías (*due diligence*) de los terceros con los que interactúa la organización es fundamental para conocerlos y saber qué tipo de riesgo de soborno los implican.

— El programa de *compliance* debe ser adecuadamente comunicado para que los involucrados lo conozcan y entiendan.

— El programa debe ser monitoreado, revisado y actualizado ya que los riesgos y otros factores relevantes pueden cambiar con el tiempo.

El *Bribery Act*, vigente desde 2011, penaliza a quien soborna a otra persona y a quien soborna a funcionarios públicos extranjeros para obtener o retener negocios. Por ello, un programa de *compliance* efectivo bajo el *Bribery Act* debe establecer medidas y procedimientos para detectar, prevenir y corregir esos delitos.

IV. Brasil: ley 12.846

La ley 12.846, vigente en Brasil desde febrero de 2014, establece responsabilidad objetiva administrativa y civil para las personas jurídicas por ciertos actos de corrupción contra la administración pública.

En ese marco, ordena que al aplicarse sanciones a las personas jurídicas por las conductas perseguidas por esta ley, se considerará, entre otras circunstancias, la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo a denunciar irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta, de políticas y directrices en el ámbito de la persona jurídica, con el objetivo de detectar y sanear desvíos, fraudes, irregularidades y actos ilícitos practicados contra la administración pública nacional o extranjera. Este conjunto de medidas conforma el programa de *compliance*.

La reglamentación de esta ley establece que el programa deberá ser estructurado, aplicado y actualizado de acuerdo con las características y riesgos actuales de las actividades de cada persona jurídica a fin de garantizar su efectividad. Los programas de *compliance* serán evaluados, en cuanto a su existencia y aplicación, según los siguientes parámetros:

— Compromiso de la alta dirección de la persona jurídica, evidenciando el apoyo visible e inequívoco al programa.

— Código de ética, políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los empleados y administradores, independientemente de su cargo o función y, cuando fuera necesario, a terceros tales como proveedores, agentes intermediarios y asociados.

— Entrenamientos periódicos sobre el programa de integridad.

— Análisis periódicos de riesgos para realizar las adaptaciones que sean necesarias al programa de *compliance*.

— Registros contables que reflejen en forma completa y precisa las transacciones de la persona jurídica.

— Controles internos que aseguren la confiabilidad de los informes y estados financieros de la persona jurídica.

— Procedimientos específicos para prevenir fraudes e ilícitos en licitaciones y contratos administrativos, y en cualquier interacción con el sector público, aun por intermedio de terceros, tales como pago de impuestos u obtención de permisos, certificados, licencias o autorizaciones.

— Independencia del departamento a cargo del programa de *compliance*.

— Canales de denuncia y mecanismos de protección a denunciantes de buena fe.

— Medidas disciplinarias en casos de incumplimiento del programa.

— Procedimientos que aseguren la pronta interrupción de irregularidades o infracciones detectadas y la rápida remediación de los daños generados.

— Procesos de auditoría (*due diligence*) en la contratación de terceros.

— Verificación, durante fusiones, adquisiciones y reestructuraciones societarias, de irregularidades o ilícitos o vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas.

— Monitoreo continuo del programa de integridad, buscando su perfeccionamiento en la prevención, detección y combate de los actos lesivos alcanzados por esta ley.

— Transparencia en donaciones a candidatos y a partidos políticos.

La evaluación de los puntos antes mencionados será realizada considerando las características específicas de cada persona jurídica tales como:

— La cantidad de funcionarios, empleados y colaboradores.

— La complejidad de las jerarquías internas y la cantidad de departamentos, direcciones o sectores.

— La utilización de agentes intermediarios como consultores o representantes comerciales.

— El sector del mercado en el que actúa.

— Los países en los que actúa directa o indirectamente.

— El grado de interacción con el sector público y la importancia de las autorizaciones, licencias y permisos gubernamentales para sus operaciones.

— La cantidad y localización de las personas jurídicas que integran el grupo económico.

— Si se trata de una empresa pequeña o mediana.

Estos programas de *compliance* cubrirán los siguientes actos lesivos realizados contra la administración pública nacional o extranjera, cuando sean en interés o beneficio de la persona jurídica, alcanzados por la ley 12.846:

— Prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un agente público o a un tercero relacionado a aquel.

— Financiar, costear, patrocinar o de cualquier modo subvencionar los actos ilícitos previstos en esta ley.

— Utilizar intermediarios para ocultar o disimular los reales intereses o la identidad de los beneficiarios de los actos realizados.

— Incurrir en fraude u otras conductas ilegales en relación a licitaciones y contratos.

— Dificultar las actividades de fiscalización e investigación llevada a cabo por entidades o agentes públicos.

V. Francia: Ley Sapin II y Código Penal francés

El art. 17 de la Ley Sapin II, vigente desde 2017, establece que los presidentes, directores generales y gerentes de empresas con al menos 500 empleados y cuya facturación supere los 100 millones de euros, deben tomar medidas para prevenir y detectar la comisión de los delitos de corrupción y el tráfico de influencias en Francia o en el extranjero. La persona jurídica también es responsable por dichas obligaciones.

La ley brinda las siguientes precisiones sobre las medidas de prevención y detección a adoptar:

— Un código de conducta que defina e ilustre los comportamientos prohibidos susceptibles de configurar corrupción o tráfico de influencias.

— Un sistema interno de reporte de conductas contrarias al código de conducta.

— Un sistema de gestión de riesgos que identifique, analice y jerarquice los riesgos de corrupción que enfrenta la empresa, considerando especialmente la actividad y las áreas geográficas en las que opera.

— Procedimientos para evaluar los riesgos relacionados a clientes, proveedores primarios e intermediarios.

— Procedimientos contables, internos o externos, diseñados para garantizar que los libros, registros y cuentas no se utilicen para ocultar corrupción o tráfico de influencias.

— Capacitaciones y entrenamientos para ejecutivos y para el personal más expuesto a los riesgos de corrupción y tráfico de influencias.

— Un régimen disciplinario que permita sancionar a los empleados de la empresa en caso de la violación de su código de conducta.

— Un sistema de control interno y evaluación de las medidas implementadas.

Adicionalmente, la ley estipula que para detectar la comisión de delitos, las empresas con más de 50 empleados deberán establecer procedimientos apropiados para que las personas humanas puedan reportar desinteresadamente y de buena fe incumplimientos o delitos.

La ley también establece que en caso de que una empresa sea responsable, podrá ser sancionada con la obligación de adoptar medidas y procedimientos para prevenir y detectar la corrupción y el tráfico de influencias siguiendo las características descriptas anteriormente.

Como se mencionó anteriormente, la Ley Sapin II establece que estas medidas abarcarán la prevención y detección de hechos de corrupción y tráfico de influencias. El Código Penal francés, al referirse a "corrupción", trata distintos supuestos de sobornos a funcionarios públicos y "no públicos".

VI. España: Código Penal español

El Código Penal español trata los programas de *compliance* llamándolos modelos de organización y gestión.

El Código establece que esos modelos deben cumplir los siguientes requisitos:

— Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

— Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a los delitos que deben ser prevenidos.

— Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

— Imponer la obligación de informar posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

— Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

— Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Las conductas que los modelos de organización y gestión abarquen pueden incluir, entre otras, las contempladas en la sección "Delitos de corrupción en los negocios" de dicho código que penalizan:

— Sobornos (definidos como "beneficio o ventaja no justificados") entre privados con miras a que quien soborna o un tercero sean indebidamente favorecidos frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

— Sobornos (definidos como "beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase") que "corrompieren o intentaren corromper" a una autoridad o funcionario público con el fin de que éste actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para que quien soborna consiga o conserve un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

El Código Penal también cuenta con un capítulo titulado "Cohecho" que penaliza:

— A los particulares que ofrecen o entregan dádivas o retribuciones a una autoridad o funcionario público para que realice un acto contrario a su cargo o para que no realice o retrase un acto que debiera practicar en consideración a su cargo.

— A los particulares que entregan dádivas o retribuciones atendiendo la solicitud de la autoridad o funcionario público.

El tráfico de influencias también es tratado en otro capítulo del Código Penal, castigando al particular que influye en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda

generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

El Código establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables:

— De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

— De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

En el marco expuesto, la implementación de un programa de *compliance* será relevante, entre otros elementos, para la eventual exención o atenuación de penas.

VII. Chile: ley 20.393

La ley 20.393, vigente desde 2009, trata los programas de *compliance*, a los que la ley se refiere como "modelos de prevención". Según esta ley, las personas jurídicas podrán adoptar modelos de prevención que deberán contener al menos:

— Un encargado de prevención que deberá ser designado por la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica. Éste deberá durar en su cargo hasta tres años —plazo que podrá ser prorrogado—, y contar con autonomía respecto de la administración de la persona jurídica, de sus dueños, socios, accionistas o controladores. No obstante, si los ingresos anuales de la persona jurídica no excedieran de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrá asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

— Recursos y facultades para que el encargado de prevención realice su tarea, los cuales deben ser adecuados al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica, incluyendo acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente de las medidas implementadas y rendir cuentas de su gestión al menos semestralmente.

— Un sistema de prevención de los delitos, el cual será establecido por el encargado de prevención en conjunto con la administración de la persona jurídica, y deberá al menos incluir:

• La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica, sean habituales o esporádicos, que generen o incrementen el riesgo de comisión de los delitos alcanzados por esta ley.

• Protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos alcanzados por esta ley.

• La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos antes señalados.

• Sanciones administrativas internas, procedimientos de denuncia o persecución en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención.

Las obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto, comunicarse a todos los trabajadores e incorporarse expresamente en los contratos de trabajo y de prestación de servicios.

— El encargado de prevención, en conjunto con la administración de la persona jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

— Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el

certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos mencionados anteriormente, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Esta ley establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado y de las empresas del Estado por los delitos de cohecho a funcionarios públicos, locales y extranjeros, lavado de activos y financiamiento del terrorismo siempre que: (i) fueren cometidos directa o inmediatamente, en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión; y (ii) la comisión del delito fuere consecuencia de que esa persona jurídica incumplió su deberes de dirección. 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. Las personas jurídicas también son responsables por los delitos cometidos por personas humanas que están bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el punto (i).

Adicionalmente, la ley 20.393 estipula que la adopción, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación es una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La implementación de un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión para prevenir los delitos abarcados por la ley es una de las condiciones a las que la persona jurídica puede quedar sujeta para obtener la suspensión condicional del procedimiento.

VIII. Consecuencias jurídicas en casos de corrupción

Como se mencionó anteriormente, los programas de *compliance* anticorrupción suelen impactar desde lo operativo reduciendo el riesgo de que la empresa quede involucrada en casos de corrupción. Adicionalmente, desde lo legal, suelen ser una herramienta especialmente relevante para empresas que busquen reducción o eximición de penas.

Sin embargo, existen otras contingencias legales que los casos de corrupción pueden generar bajo regímenes normativos distintos a los que regulan esos programas anticorrupción.

Por ejemplo, además de las normas anticorrupción locales que naturalmente apliquen al caso y regulen los programas de *compliance*, podrán también ser aplicables normas anticorrupción extranjeras con sus propios parámetros sobre programas de *compliance*.

Los esquemas de corrupción pueden también involucrar incumplimientos de otras normas. Por ejemplo, sobornos pagados a un funcionario de la aduana para ingresar mercadería prohibida implicarían también incumplimientos severos de la legislación aduanera.

Otro ejemplo serían los incumplimientos de normas tributarias y contables generados por los pagos no registrados que habitualmente ocurren en casos de corrupción.

Adicionalmente, derechos obtenidos o mantenidos a través de actos ilegales podrían quedar sujetos al régimen de nulidad.

Desde el derecho administrativo, el involucramiento en actos corruptos podría generar sanciones que limiten la capacidad para hacer negocios con el Estado o para recibir o mantener permisos para realizar ciertas actividades.

Los esquemas de corrupción podrían también generar daños a terceros, motivando reclamos que busquen indemnizaciones bajo el derecho civil.

En el marco del derecho contractual, aquellos contratos que tengan cláusulas anticorrupción podrían ser terminados anticipadamente con causa.

También, los accionistas de una empresa involucrada en actos corruptos podrían iniciar reclamos relacionados a la pérdida de valor de su inversión derivada de actos ilegales.

En cuanto a las personas humanas, además de las consecuencias bajo las normas antico-

rrupción aplicables, podrían darse consecuencias bajo la normativa laboral, contractual o societaria, entre otras.

Estos son algunos ejemplos de contingencias legales (a las que deberían agregarse las posibles contingencias reputacionales y otros costos) que muestran la relevancia para una empresa de contar con un sólido programa de *compliance* anticorrupción, tanto para prevenir estas contingencias como para defenderse ante ciertos reclamos.

IX. Conclusión

Los programas de *compliance* no aseguran la ausencia de incumplimientos sino que buscan, según la realidad de la empresa y el marco normativo aplicable, dificultar razonablemente que los incumplimientos ocurran.

El Estado suele incentivar los programas de *compliance* para lograr que las empresas se autocontrolen, complementando así los recursos limitados que el Estado tiene para ejercer su poder de policía en miras a un mejor cumplimiento de la ley.

En ese marco, los programas de *compliance* son una herramienta moderna en la administración de empresas cuya existencia puede ser exigida o incentivada por normas legales. Sin embargo, implementados apropiadamente, adquieren también relevancia como una medida de manejo de riesgos y de formación de la cultura de la empresa.

Tone-at-the-top: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia

POR **GUSTAVO G. REGNER** (*)

Desde su llegada al mundo todo recién nacido comienza a incorporar información, conocimientos, hábitos, conductas. Casi todas por imitación de quien se encuentra a su alrededor, quiera o no éste enseñarle. No existe un gen que determine que una niña tenga determinada tonada en su habla o que un niño camine como su padre. Lo han visto, escuchado, sentido, percibido, imitado, una y otra vez. Así, este aprendizaje por observación o imitación, o "aprendizaje social", no es por experiencia directa sino a través de lo que los niños observan o escuchan en o de otras personas. Pero, dato no menor, la imitación no es una mera repetición mecánica de la conducta del imitado, conlleva un procesamiento.

Naturalmente, crecemos y nos complejizamos, pero mantenemos esa capacidad de aprender observando. Este proceso tiene, como puede deducirse, dos actores: un observador y un observado (o modelo). Para que el proceso tenga lugar deben darse ciertas condiciones, esto es, que el observador preste atención a las conductas que realiza el modelo y que discrimine los aspectos más relevantes de dichas conductas. Las características del observado (por ejemplo su edad, su estatus, experiencia, etc.) serán influyentes en el observador, quien verá en ellas un estímulo, al identificarlas, observarlas y oírlas.

Es destacable que el modelo no lo es por asumir ese rol o pretender ser un modelador de conductas, lo es porque el observador lo adopta como referencia en virtud de alguna de las características identificadas.

En el ámbito corporativo las personas no se despojan de las características y condiciones descriptas, replicando el mecanismo donde la conducta se aprende, se imita, se retroalimenta, se transmite, se incorpora, se replica, se asume, se percibe, se genera fomentando acciones y valores que solo son entendibles en un determinado contexto, lenguaje y momento, por un específico grupo de personas... o más simple, generando y difundiendo la "Cultura" de una organización.

Creer que la mera existencia de un sistema de leyes y políticas, por avanzadas y completas que sean, podrá por sí mismo generar conductas y culturas es, cuando menos, inocente. El ser humano requiere de pautas para su vida en comunidad, es cierto, pero siempre será un ser social y estará influenciado por su entorno y esquema de formación, cual sea. Ninguna regulación podrá, por sí misma, transformar a nadie en un ser íntegro, honesto, transparente y confiable que sigue "los más altos estándares" como patrón de vida.

Entonces, las organizaciones están formadas por personas y los programas de integridad deberían estar diseñados e implementados centrados en las personas. Las personas no se

(*) *Risk & Compliance Officer* de Syngenta para Latinoamérica Sur.

conducen por lo que diga una ley o una política sino por sus propias motivaciones, las cuales buscan suficientes incentivos para satisfacer esas motivaciones. Estas motivaciones pueden o no estar alineadas con las leyes y las políticas. No es nueva la expresión "los programas de integridad serían perfectos si no tuvieran personas involucradas para ejecutarlos". Son las personas las que crean cultura, las que llevan adelante los planes, las que logran el éxito o hunden todos los planes en el fracaso. En 2014 Mary Jo White, la por entonces Presidente de la Comisión de Valores de Estados Unidos (*Securities & Exchange Commission*) afirmaba en un discurso que no es el desconocimiento de las leyes sino "culturas corporativas deficientes lo que a menudo causó las más terribles violaciones" a esas mismas leyes.

Ahora bien, esa cultura no se compra, no se construye con un listado de "Iniciativas a Implementar para tener una Cultura Corporativa". Muchos habrán oído la expresión "*aquí* las cosas funcionan *de esta* manera", aun cuando comparen procesos similares dentro de una misma organización. Ese "aquí" y "de esta manera" puede no estar escrito en ningún lado, pero "todos saben" que es la forma en que lleva adelante el negocio quien lidera.

La cultura de una organización está moldeada por sus líderes y replicada por sus equipos. Los líderes establecen el Tono para todos, definen qué está bien y qué es inaceptable, pero son sus acciones las que todos verán y son el reflejo de esas acciones las que, en definitiva, crearán la "cultura organizacional", sea esta positiva o absolutamente negativa.

Tal como vimos en la figura del recién nacido, los empleados estarán prestando atención, de modo consciente o no, a las acciones y palabras del equipo de liderazgo, sean éstos conscientes o no. Los empleados sabrán cuando la CEO tiene ese brillo en los ojos indicando que le encanta la idea o cuando su jefe simplemente está siendo corporativamente correcto aunque preferiría estar haciendo absolutamente cualquier otra cosa excepto teniendo esa conversación sobre una preocupación ética. Los empleados conocen, ven y perciben la cultura, aun cuando no pueda ponerse en palabras. Ellos saben si las pequeñas transgresiones tienen consecuencias o si los líderes miran para otro lado en tanto se logren los objetivos de ventas. Saben si la conversación sobre buenas prácticas comerciales va en serio o es solo una puesta en escena para que el *compliance officer* se vaya feliz a casa.

Una actitud displicente en cuestiones éticas será la base para el fracaso en la generación de una cultura de transparencia e integridad.

Hay quien todavía considera que un CEO se encontrará en grandes aprietos si quiere dirigir una compañía con una fuerte cultura ética y, al mismo tiempo, que sea exitosa y rentable. Ética y negocios no son incompatibles. De hecho, van de la mano. Que un directivo incorpore el lenguaje y mensaje de transparencia y ética en cada charla que da, cuando presenta los resultados, cuando desafía los planes de negocio, cuando se discute el presupuesto o se reúne con un proveedor, un socio, accionista o funcionario, genera un ambiente de confianza y responsabilidad difícil de soslayar. Eso lo verán los demás miembros del equipo de liderazgo y lo replicarán. Sus reportes lo observarán y lo imitarán, sin esperar a que esté escrito en una política, generando así lo que la teoría llama el "*Tone from the Top*".

Será el "Tono" que demuestren los líderes lo que determinará la manera en que "la empresa" (su gente) toma decisiones y resuelve sus problemas. Una cultura saludable puede ser un valioso activo y una fuerte ventaja competitiva. Por el contrario, y como señala un informe del 2016 hecho por Instituto de Auditores Internos, una cultura tóxica genera empleados desmotivados, no hay incentivos para la toma de decisiones éticas, nadie se hace responsable porque nadie asume que debe rendir cuentas, la productividad cae y podría ser el principio de una cadena de sucesos que lleven al fracaso de la organización.

Pero demos un paso para atrás y veamos el cuadro con mayor amplitud: Un buen programa de integridad, de ética, o simplemente de *compliance,* no está exento a esa cultura. Ese programa tiene requisitos básicos que numerosas guías y regulaciones de todo el mundo reconoce. Así, debe contar con seis elementos de base y bien identificables, a saber:

1. *Políticas escritas* que demuestren un claro compromiso con las conductas éticas y trans-

parentes. El Código de Conducta sigue siendo la nave insignia en este rubro y el entramado de políticas y regulaciones deben estar en línea con el mismo. Es importante que esté escrito y disponible para todos los empleados y terceros que operan con la compañía para que puedan tener una aproximación formal a lo que se pretende de su accionar en el ámbito laboral. Normalmente, todo Código invita (cuando no impone) a que todos dejen de lado sus propias opiniones y adhieran a la manera en que se plantea que deben hacerse los negocios.

2. *Programas de entrenamiento* en esas políticas, asegurando que el universo de personas alcanzadas conozcan cabalmente (o al menos tengan conciencia) lo que se espera de ellas, estén o no de acuerdo con las mismas. Como varios autores remarcan, es difícil imaginar un entrenamiento en ética, siendo que entrenar es adiestrar a una persona para una determinada práctica. En general el entrenamiento consiste en repetir una acción una y otra vez hasta lograr mecanizarla y perfeccionarla, ¿cómo lograr eso con la ética? Tal vez sea recomendable hablar de programas de educación, donde lo que se pretende es cambiar y consensuar conductas y la manera en que se dirimen dilemas éticos.

3. *Mecanismos para evaluar riesgos,* donde puedan detectarse alertas y situaciones que puedan poner en peligro la reputación de la empresa y la continuidad de su negocio para poder anticiparse y responder adecuadamente. Pero ¿qué parámetro emplear si una situación que el sentido común estaría señalando como no recomendable se ve avalada por un comité de dirección con dudosos escrúpulos? ¿Sería un riesgo, una oportunidad o una pequeñez en la que no se pierden ni cinco minutos?

4. *Sistemas confidenciales y/o anónimos* donde el personal o los terceros puedan reportar situaciones que eventualmente violen (o aparenten violar) las políticas y regulaciones de la empresa. Siendo una excelente herramienta para detectar alertas o conocer flagrantes irregularidades, choca de frente con un factor básico: la confianza que él o la eventual denunciante pueda tener en el sistema. Gran número de mitos y (tristes) realidades se ponen en juego al momento en que alguien por fin piensa en que sería buena idea asentar una denuncia. "Me van a despedir si hago esto", "No puedo denunciar a fulano, es muy amigo de mi jefa", "Bueno, no es tan grave, todos lo hacen", "Voy a aparecer en los reportes como un soplón", "me olvido de una promoción, mi carrera se muere aquí si hablo", "Mi jefe siempre dice que quiere que hablemos con franqueza y digamos la verdad, pero cuando le digo la verdad se enoja, así que mejor le digo lo que quiere escuchar", "me pagan por trabajar, no por ver lo que hacen otros". Los factores culturales, la experiencia previa del denunciante, los mitos del entorno, la presión de los pares, el estilo de liderazgo y una larga lista de elementos son los que facilitarán o no que alguien pueda usar este recurso, independientemente de lo sofisticado que sea o la tecnología que use.

5. *Procesos formales de disciplina,* cuando una investigación compruebe que una denuncia es cierta. Nada como la justicia (y no nos referimos a fueros judiciales) que llega de manera certera y oportuna, donde se percibe que al fin se pone orden en el desorden y se puede respirar un ambiente de paz. Contar con un conjunto de normas que reflejan los Valores e indican el deber ser y alguien que detecta una conducta en flagrante oposición a las mismas se anima a hablar, es tomado en serio, se investiga y se obtienen todos los elementos probatorios que lo confirman y soportan una sanción ejemplificadora... ¡El mundo perfecto! Sin embargo, entran a circular nuevamente un sinnúmero de elementos: "Esa persona no puede salir, es un *talento*", "Es el protegido de fulana, es intocable", "El despido va a ser carísimo, mejor lo dejamos", "Se corta por el más débil, pero esto viene de ´arriba´". Así, se dinamita una oportunidad de oro, donde un círculo vicioso hace que nadie quiera hablar porque "es inútil, la empresa no va a hacer nada."

6. Llegamos finalmente al sexto elemento: *Tone from the Top*. Si es tan importante, ¿por qué no está primero en la lista? Pues porque se perdería el suspenso, pero claramente es la base para que todo lo anterior funcione. Si un CEO, su equipo de Vicepresidentes, los Directores y la Alta Gerencia no solo *dicen* que las cosas son de determinada manera, sino que se los ve y oye de manera natural, no impostada, actuar de esa manera, escuchar de esa manera, responder de esa manera, alentar de esa manera, pues será

entonces que las cosas bonitas que están escritas *son* de esa manera.

Así, el "Tono" que marque la Dirección de una empresa será *el* factor determinante para la generación de la cultura de una organización. Como decía Jorge Etkin en su libro *La Doble Moral de las Organizaciones* allá por 1993 (una "eternidad" antes de que se hablara de programas de *Compliance*) "... no es correcto minimizar los procesos culturales como si fueran una patología impuesta desde afuera, y tampoco como una decisión propia y relativa a cada organización. Los códigos y convenciones sociales vigentes en las organizaciones no resultan de simples determinismos externos o internos sino de una compleja interacción en un concreto marco político, social e histórico".

Por un momento imaginemos que estamos por escribir el Código de Conducta para la empresa en la que trabajamos, una empresa que se dedica al comercio internacional mediante la compra-venta de mercadería, con negocios en Europa, las Américas, África y, eventualmente, Asia. Su sede está en los alrededores de Richmond, Virginia, en los Estados Unidos y el presidente y CEO es un afamado y respetado hombre de negocios de origen británico. Cuenta con numerosos buques y acceso a puertos del todo el mundo y sus productos son de una calidad sin comparación. Usted tiene la misión de generar e implementar un Código de Conducta que marque el pensamiento ético y altruista del CEO, donde la palabra es un valor innegociable y el honor se defiende con la vida. Un detalle: es el año 1845, usted es blanco, la mercadería son esclavos africanos y el negocio es la provisión de mano de obra a las colonias y países nacientes o establecidos. En ese momento y contexto ¿sería ético el negocio? ¿Sería legal? ¿Le plantearíamos al CEO qué es lo correcto y qué no? ¿Sería válido hablar de los derechos humanos y de la igualdad, la diversidad y la inclusión de las personas? Pues hubo quien sí se animó en aquel momento, no porque se fijara en las prácticas, en lo que "todos hacían" o lo que establecía la ley, sino que apeló a los "Valores". Es justamente cuando se apela a los Valores donde la conversación se vuelve sustancial. La Verdad, la Justicia, el Respeto, la Libertad, la Responsabilidad, y un largo etcétera, trascienden los tiempos y las circunstancias. Y quienes los defienden trascienden junto con ellos.

Es crítico entonces que el "Tono" inequívocamente apele a los Valores donde todos podamos vernos reflejados y donde nuestras motivaciones encuentren una referencia y guía. Si eso viene acompañado por políticas que las refrenden, tanto mejor.

Este claro *Tone from the Top* debe, como se expuso, replicarse en la organización, pasando a los mandos medios y generarse el que algunos denominan "*Tone from the Middle*", que no es más ni menos que la interpretación y aplicación que las gerencias medias y jefaturas dan al mensaje de la alta dirección. Es donde en numerosas ocasiones el mensaje se distorsiona y un empleado percibe contradicciones entre el video que acaba de ver en "el entrenamiento de *Compliance*", donde un CEO o un VP con aires de prócer de bronce dicta pautas de altos estándares éticos, y las acciones que todos los días ve en su jefe y en el jefe de su jefe, donde no solo quien no vive de acuerdo a esos supuestos estándares no es llamado al orden sino que, por el contrario, es premiado y promovido.

Así, cada vez más, se hace necesario que el Tono haga énfasis en las conductas, no solo en lo discursivo sino, fundamentalmente, en lo actitudinal de quien genera ese Tono. Volvamos al inicio, son las acciones lo que imitarán los otros, no lo que simplemente pueda decirse.

Entonces, ¿qué factores concretos podemos identificar para determinar que algo no está funcionando bien al evaluar el *Tone from the Top*? Si bien no es posible el armado de una lista que incluya todos los eventuales escenarios y situaciones que indiquen un problema en este ámbito, algunos aspectos pueden identificarse claramente, como por ejemplo:

— El líder genera un ambiente de inestabilidad psicológica para quien quiere plantear una preocupación ética, planteando dudas y creando incertidumbres sobre la veracidad de los hechos, el entendimiento del preocupado, la exageración de los miedos, y varios etcéteras.

— Se aplica una enorme, excesiva presión sobre los equipos de trabajo para que alcancen

objetivos de desempeño absurdos o alejados de la realidad. Surgen las expresiones sobre lograr las metas "como sea", "caiga quien caiga", "si no cumplen los despido a todos" o "si no lo logramos, ustedes van a ir a dar las explicaciones".

— No se incorpora el lenguaje ético a la conversación diaria, apelando al doble sentido, a las interpretaciones ambiguas, a ridiculizar a quien plantea sus preocupaciones o minimizando los postulados de otros líderes. Así, cuando ese mismo líder pretende hablar sobre cuestiones de transparencia no resulta creíble en absoluto, pues su día a día destruye su discurso

— No se lidera por el ejemplo, teniendo un discurso impecable pero demostrando con acciones que está en las antípodas de las palabras. No se observan liderazgos consecuentes con el discurso pronunciado.

— Estructuras de jerarquías verticales, donde la visión del líder no se cuestiona ni hay espacio para el disenso o la construcción en conjunto.

— La comunicación y la retroalimentación es políticamente correcta pero no hay un diálogo abierto y directo, donde se dice lo que se quiere escuchar pero nunca jamás lo que *debe* ser dicho, abordado y solucionado.

— Miedo a hablar por temor a las represalias y donde los errores se esconden porque hay intolerancia al fallo. Así, se construye un ambiente de mentiras mutuas permanentes.

— Finalmente, un ambiente donde el desánimo reina y no vale la pena siquiera intentar cambiar porque "nada va a cambiar".

¿Entonces? ¿Nos quedamos lamentando lo triste de la situación o un equipo directivo tiene herramientas para trabajar sobre esta problemática?

Resulta hasta obvio, pero el primer paso es que el equipo de liderazgo quiera cambiar la situación y esté comprometido con los Valores en los que alguna vez dijo creer. Luego será oportuno hacer una revisión de esos Valores, analizando si efectivamente es aquello en lo que cree y llevar adelante un profundo proceso de reorganización.

Pero es muy probable que la organización en cuestión no se encuentre en una crisis de valores y aun así quiere evaluar cómo está instalado el Tono correcto en la organización, más allá de las variables de las que pueda formalmente disponer. En ese caso, será valioso realizar un análisis a conciencia y algunas acciones concretas, como puede ser:

— Un profundo análisis de riesgos éticos, poniendo en tela de juicio todos y cada uno de los postulados del Código de Conducta, así como el estilo de liderazgo que se vive en la empresa, pasando por aquellos aspectos que la organización premia y castiga, las metas que impone o la libertad para hablar que genera.

— Una evaluación, con brutal honestidad y para la que ayudaría una mirada objetiva y ajena, sobre cuán creíbles resultan los líderes al universo de los empleados. Encuestas anónimas y análisis culturales son buenos aliados en esta tarea.

— Considerar qué aspectos del liderazgo promueven y cuáles refrenan la libertad para hablar de los empleados y terceros que actúan con la empresa, incluyendo las interacciones informales. Los miedos, mitos y verdades respecto de represalias o inacciones pueden ser discutidos o percibidos por la alta gerencia.

— Promover la diversidad en los equipos de liderazgo y cuerpos directivos, en el amplio sentido de la iniciativa. Que los empleados se sientan representados permite trabajar mejor los mensajes que cuando son impuestos por culturas foráneas.

— Establecer y difundir la tolerancia cero para quienes conscientemente violen los puntos de acuerdo básico, normalmente reflejados en los códigos y políticas.

— Alentar y apoyar la justicia interna, donde los empleados vean que reciben un trato justo y equitativo, donde se premia al que hace bien las cosas y se disciplina al que no.

En el día a día, todo directivo y miembro de la alta gerencia, no sólo debe estar firmemente convencido de los Valores que la organización ha tomado, sino que puede realizar acciones

simples que reforzarán ese Tono que se pretende instalar:

— Declarar públicamente que la ética y la integridad son objetivos clave de la empresa.

— Asumirse y ser un modelador de conductas éticas.

— Discutir dilemas éticos en las reuniones de equipo y con empleados de otras áreas.

— Conversar sobre dilemas éticos en el ámbito personal.

— Interesarse sobre los dilemas éticos que preocupan a su propia gente.

— Incorporar la ética e integridad al definir objetivos, planes de compensación o presupuestos financieros.

— Liderar o participar de programas de educación ética.

— Asegurarse que se toman las medidas necesarias con quienes violen las pautas, especialmente si son líderes quienes las violaron.

— Animar a los empleados a hablar si tienen preocupaciones éticas o saben de una conducta que no lo estaría siendo.

— Compartir lecciones aprendidas sobre casos reales.

— Reconocer y premiar públicamente las conductas éticas.

— Obtener la visión y percepción de los terceros que trabajan con la empresa, como ser proveedores y clientes, respecto de la integridad y ética que ellos ven en su trato diario.

En síntesis, más allá de los numerosos estudios que lo avalan, las conductas éticas y honestas pueden claramente ser mejoradas en las organizaciones cuando sus líderes consistentemente promueven, apoyan y viven esos comportamientos. No hay dudas sobre que la Dirección y la Alta Gerencia establecen el *Tone from the Top* en sus organizaciones, en igual sentido, los equipos gerenciales en todos los niveles son críticos para reforzar las conductas positivas y siendo excelentes modelos de las conductas de sus empleados. Liderando con el ejemplo en una manera positiva será siempre la forma más efectiva de asegurar que *Tone from the Top* se traduzca en una cultura ética y transparente.

> "Quien anda en integridad, anda seguro y vivirá tranquilo sin temor de malas noticias".
>
> (La Biblia)

Bibliografía

1. Biegelman, Martín T., *"Building a World-Class Compliance Program",* 2008.

2. Etkin, Jorge R., *"La Doble Moral de las Organizaciones"*, 1993.

3. *"Ethics and Compliance Handbook"* (ECOA).

4. Centro de Gobernabilidad y Transparencia, *"Compliance Officers* más allá del *Compliance", http://www.gobernabilidadytransparencia.com/2018/02/08/compliance-officers-mas-alla-del-compliance/* (abril 2018).

5. Reuters, *"Safeguarding financial-firm cultures: five focus factors for directors", https://www.reuters.com/article/bc-finreg-financial-firm-culture/commentary-safeguarding-financial-firm-cultures-five-focus-factors-for-directors-idUSKCN1HB2JQ* (abril 2018).

6. LRN, *"Business Leaders Don't Meet Their Employees' Ethical Standards", https://globenewswire.com/news-release/2018/03/26/1453016/0/en/Business-Leaders-Don-t-Meet-Their-Employees-Ethical-Standards-Survey-of-U-S-Employees-Shows.html* (abril 2018).

7. FCPABlog, *Compliance could be perfect if it didn't involve people, http://www.fcpablog.com/blog/2018/4/25/alison-taylor-compliance-could-be-perfect-if-it-didnt-involv.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+fcpablog%2FsLbh+%28The+FCPA+Blog%29&utm_content=Yahoo%21+Mail.*

8. *"Tone from the Top", www.theiia.org/tone* (abril 2018).

Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo?

POR **MATTHIAS KLEINHEMPEL** (*)

I. Introducción

Diseñar e implementar un Programa de Ética & *Compliance* (o de Integridad u con otro nombre similar) es importante, sobre todo para mitigar riesgos legales, financieros y reputacionales. Pero no tiene ningún efecto si los ejecutivos y empleados no lo "compran", si no lo conocen y ven como algo útil y ventajoso para ellos y para la organización. La historia y la evolución de los programas de ética & *compliance* demuestra que este *buy in* no se puede ordenar o prescribir bajo amenazas de sanciones.

En la búsqueda del mejor camino para que los empleados y ejecutivos "vivan" el programa de ética & *compliance* y sus valores, desafortunadamente no hay atajos fáciles. Los caminos que se transitan dependen (como siempre) de la formulación del problema y de los conceptos subyacentes. Vale, por lo tanto una muy breve excursión a las teorías más frecuentemente relacionadas.

Durante mucho tiempo, se veía y todavía se ve a *compliance* como parte del así llamado "Problema de Agencia". Según la Teoría de la Agencia, desarrollada en los años 70 por Michael Jensen y William Meckling, las compañías deben ser consideradas como las extensiones de sus dueños, es decir, los accionistas consecuentemente deben ser los únicos beneficiarios (1).

Pero la separación de propiedad (de los accionistas o el Principal) y control (de los ejecutivos o el Agente) trae problemas: el Agente tiene mejores informaciones y el control de las operaciones. Esto trae un conflicto de intereses que el Agente suele resolver buscando su beneficio personal y no el de los accionistas.

La solución, según la Teoría de la Agencia, está en la alineación entre los intereses del Agente con los del Principal a través de incentivos, castigos y el monitoreo mediante mecanismos de control.

Viendo *compliance* cómo parte del problema entre Principal y Agente, el camino pasa por la gestión de la ecuación entre riesgo de detección de comportamiento no deseado y beneficio personal del actor hacia un mayor riesgo de detección, por más monitoreo, más transparencia y mayores sanciones. Mirando a los tradicionales programas de *compliance*, es este

(*) Profesor *full time* del IAE Business School de la Universidad Austral y en su Centro de Gobernabilidad y Transparencia donde enseña tanto en el MBA como en los programas ejecutivos. Director Académico de varios programas internacionales del IAE. Abogado de la Universidad de Hamburgo, Alemania y MBA del IAE. Sus temas de investigación son Gobierno Corporativo, Buenas Prácticas en los Negocios y *Compliance* así como estrategias regionales de empresas multinacionales y su organización. Representante honorario de la Ciudad de Hamburgo en Argentina (HamburgAmbassador) y miembro del UN-PRME Working Group Anticorrupción. Es Autor y Co-Autor de numerosos capítulos de libros, libros, artículos y casos sobre temas de Anticorrupción y *Compliance*. Da conferencias y clases en universidades y escuelas de negocio en los EE.UU. y Europa.

(1) Jensen y Meckling, 1976; Young, 2009.

el camino que la mayoría de las organizaciones transita.

La falta de éxito de esta mirada del problema ha conducido a una mirada del problema desde otro ángulo, viéndolo como un problema de Acción Colectiva.

El economista Mancur Olson (2) demostró que los miembros de un grupo (empresas, individuos) frecuentemente no toman una acción u obstaculizan acciones para alcanzar objetivos compartidos aun cuando ellos mismos se benefician al alcanzar dichas metas. Olson argumenta que, examinada desde un punto de vista individual, la Acción Colectiva provee incentivos para el *free-ride* al beneficiarse el individuo de las contribuciones del grupo, sin hacerse cargo de una parte del esfuerzo y los costos asociados. El *free-riding* termina resultando en que los objetivos grupales sólo se alcanzan en niveles sub-óptimos. Por supuesto, pocos o ninguno de los objetivos del grupo serían alcanzados si todos sus miembros adoptaran este comportamiento no cooperativo. En consecuencia, como Olson comprobó, un grupo fallará en alcanzar sus objetivos (por ejemplo, el bien común) a menos que posea características muy específicas.

Aplicada a la lucha contra la corrupción, el problema de Acción Colectiva consiste en que aún si todas las empresas se beneficiaran de operar en un entorno de negocios más transparente y competitivo, no todas ellas estarían dispuestas a invertir de manera individual sus respectivos recursos o arriesgar su propia continuidad o sustentabilidad en el tiempo para construir un entorno de dichas características. De hecho, en algunos casos, los incentivos individuales (por ejemplo, mejorar las oportunidades de negocio a través de la corrupción) pueden llevar a las compañías a actuar en contra de su interés colectivo. En este típico escenario del "dilema del prisionero", la clave yace en encontrar maneras a través de la cooperación entre pares en pos de proveer incentivos "selectivos" para participar en el esfuerzo común, minimizando —y potencialmente eliminando— costos desproporcionados para cada parte (3). Estos incentivos pueden ser positivos o negativos, como en el caso de las sanciones, también referidas como *des*incentivos.

En esta dirección, el propósito central de la lucha contra la corrupción es disipar la desconfianza que lleva a las compañías a comportarse de manera no ética debido a que asumen que sus pares y competidores harán lo mismo.

Visto así, los esfuerzos de un programa de ética & *compliance* se focalizan más en cambios de comportamiento de grupo, la eliminación de las ventajas del *free rider* y fomentando la confianza en el comportamiento de los demás buscando salidas del dilema del prisionero.

Los programas efectivos de ética & *compliance* se basan en el contexto, no en teorías. Los diferentes enfoques teóricos ayudarán en diferentes contextos y circunstancias. Por ejemplo, herramientas como el monitoreo, la transparencia y las sanciones que surgen de la problemática entre Principal y Agente, serán más útiles en contextos donde corrupción es relativamente aislado y podría tener efectos contrarios en contextos de corrupción endémica incrementando la noción que corrupción es persuasiva, que todos lo hacen y que no hay solución, causando *compliance fatigue* (4).

II. La pregunta clave a contestar

Volviendo al tema después de esta breve excursión a las bases teóricas, y considerando sus lecciones para la efectividad de programas de ética & *compliance* y en especial cómo lograr el *buy in* de ejecutivos y empleados de una organización, conviene plantearse una pregunta básica:

¿*Cómo responden los ejecutivos de una organización al confrontar problemas en temas de ética* & compliance *como corrupción*?

La respuesta a esta pregunta es crucial para el diseño del programa de ética & *compliance* y sobre todo, para el diseño de un sistema adecuado de comunicación y formación. Las respuestas en los últimos 30 años sobre el punto,

(2) Olson, M., 1965.

(3) Reuben, E., 2003.

(4) Marquette, H. y Peiffer, C., 2015.

no han sido muy positivas. En consecuencia, los legisladores y reguladores hicieron lo que a todos se nos viene a la mente primero: más normas, más regulaciones, multas y consecuencias personales. Es la respuesta que insinúa la visión del tema como un Problema de la Agencia.

Desde esta visión puramente legalista y ante la ausencia de mejoras en las respuestas a la pregunta inicial, ya hace años el foco empezó a correrse hacia otros enfoques incluyendo en los marcos regulatorios temas de cultura organizacional y ética. Poner el enfoque en la cultura es decisivo. La Cultura Organizacional es "cómo se hacen las cosas en esta organización", es decir entre otras cosas, cómo se toman decisiones y de qué tipo. Los reguladores fomentan este camino de sistemas legalistas hacia enfoques de integridad y ponen foco en una cultura ética, sin aclarar mucho qué se debe entender bajo este término.

Ética e Integridad no son términos fáciles de definir. Las definiciones van desde "el estudio de lo bueno y lo malo" hasta "la búsqueda general del Bien". El término Integridad está asociado desde su origen en latín con honestidad, puridad y la consistencia entre los valores y los actos. Parecen estar basadas en criterios personales y emocionales, de modo que su interpretación es subjetiva.

En general, se asume que la ética tiene un aspecto "duro", entendida como deberes y derechos (en su gran mayoría legales), obligatorios para todos, y aspectos "*blandos*" como valores, aspiraciones o *best practices*, que son deseables, pero no obligatorios y que sí pueden variar en función de cada organización y persona. Las leyes, en general, no hacen más que establecer un estándar ético mínimo necesario para el funcionamiento ordenado de la sociedad. Las que hacen referencia a temas de ética en los negocios no constituyen una excepción a esta regla. El límite entre lo obligatorio más allá de la ley y lo que sólo es deseable es difícil y a veces resulta poco claro.

Muchas compañías estipulan compromisos morales basados en valores personales, de modo que su cultura o sus prácticas exceden los estándares generales. Puede consultarse, por ejemplo, el *Global Business Standards Codex*, que es una compilación de los estándares más frecuentes incluidos en los códigos de conducta de las compañías en el mundo (5).

En resumidas cuentas, se puede decir que programas de Integridad se diferencian de los clásicos programas legalistas de *Compliance* en que no se basan tanto en normas y prohibiciones, sino en principios que (ojalá) guíen a los ejecutivos y empleados de una organización.

La dirección está clara: hay que trabajar más sobre la cultura empresarial y en los principios y valores que guían el comportamiento de sus ejecutivos y empleados. En esto estriba la importancia del proceso de toma de decisiones. De ahí que la definición de *Compliance* no es más solo el "cumplimiento con normas internas y externas", sino más bien la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cómo hago para que mi gente tome buenas decisiones en situaciones difíciles?

El éxito de un programa de Ética y *Compliance* es entonces una función del comportamiento humano de los ejecutivos y empleados de una organización y poder predecir su comportamiento, adquiere una importancia enorme. En vez de mostrar el látigo para casos de violaciones de prohibiciones, se pone más énfasis en el apoyo a la gente a observar los valores y principios de la organización en su proceso de toma de decisiones.

El enfoque tradicional para el manejo del comportamiento ético en el entorno de negocios suele ser "castigo y zanahoria", suponiendo que nos comportamos racionalmente y resolvemos situaciones evaluando los riesgos de las alternativas. Si el riesgo de ser descubierto y/o el impacto del castigo es más alto que el beneficio de la alternativa, nadie la elige. Esto es cierto en muchos casos y en otros no.

Los "economistas del comportamiento" (*behavioral economists*), como lo es Richard Thaler, galardonado con el premio Nobel de Economía) han mostrado que no nos comportamos siempre en forma racional. La base para este análisis son las investigaciones hechas sobre

(5) Sharp Paine, 2007: 3.

nuestros procesos de toma de decisiones, los cuales resultan claves para un programa de integridad exitoso. Especialmente las "buenas personas" que toman de vez en cuando malas decisiones, pueden convertirse en el problema más grave para una organización.

Que buena gente a veces toma malas decisiones no es nada nuevo. Tampoco lo es el hecho que muchas veces lo hacen sin darse cuenta que su decisión es éticamente no aceptable, es decir, que pierden su brújula ética. La pregunta es, por qué lo hacen y cómo podemos prevenirlas. Un buen ejemplo (entre muchos), para explicar el por qué, es el llamado "descuento hiperbólico": en vez de cumplir con sus planes a largo plazo sucumben a la tentación de la gratificación inmediata. Todos lo hemos vivido: en el momento 0 prometemos un sensato plan de acción futura; llega el momento 1 y lo incumplimos y en el momento 2, cuando ya es tarde, nos arrepentimos. Las decisiones que nos proponemos tomar más tarde, no son las que tomamos cuando "más tarde" llega. Los psicólogos lo explican con el argumento de que descontamos beneficios y costos en forma diferente, dependiendo de cuan cerca un determinado momento está, ponderando en mayor modo el beneficio y/o costo inmediato que el beneficio/costo más lejano en el tiempo [el famoso *marshmellow test* lo describe muy bien acá (6)].

El resultado es la *procrastinación*, esto es, postergar una acción cuando tiene un alto costo inicial y un beneficio lejano, como p. ej. la visita al gimnasio. Un ejemplo más cercano, sería el joven con alto potencial con un plan de carrera acelerado que deja las decisiones de alto costo personal o económico a su sucesor, para poner foco en su próxima evaluación positiva. Lo contrario a la procrastinación, es la *pre-operación* (esto es cuando una acción se realiza antes del tiempo porque trae un beneficio inmediato —p. ej. terminar una investigación solo superficial pero con un resultado más agradable—).

Conociendo estas falencias humanas, los programas de Ética y *Compliance* pueden incluir elementos que adelanten costos y beneficios al momento en el cual la persona podría ceder a la tentación de la gratificación inmediata y/o reducir de antemano las opciones para un determinado evento futuro.

III. El proceso de toma de decisiones éticas

Existen gran número de herramientas que pueden ayudar a las organizaciones a anticipar malas decisiones tomadas por buenas personas y colocar obstáculos preventivos en el camino y que operan más directo que apelaciones a normas o a la ética. La óptica del *behavioral compliance* tiene consecuencias sobre el mapeo de riesgos de *Compliance*: incluye ciertos hechos con posibles influencias en el proceso de toma de decisiones como p.ej. planes de promociones acelerados y superaciones consecutivas de objetivos comerciales y situaciones de mucha discreción de decisión y la falta de monitoreo de terceros (7).

Existen métodos que pueden ayudar en el proceso de toma de decisiones éticas y practicarlos en entrenamientos efectivos. A continuación, se describen primero unos de estos métodos que ayudan a tomar decisiones éticas y después métodos para entrenamientos efectivos.

Sobre la *toma de decisiones éticas* se ha escrito durante años. Dos enfoques eminentemente prácticos son estos:

Treviño y Nelson (8) recomiendan el siguiente proceso:

1. Juntar los hechos
2. Definir los temas éticos
3. Identificar a los afectados
4. Identificar las consecuencias
5. Identificar las obligaciones
6. Considerar su carácter e integridad
7. Pensar con creatividad en potenciales acciones
8. Confirmar con el estómago

(6) Ver: *https://dash.harvard.edu/handle/1/27112705.*

(7) Bazerman y Tenbrunsel, 2011.

(8) Treviño y Nelson, 2007.

Es una adaptación del método de análisis de decisiones con múltiples criterios. Resulta especialmente interesante porque incluye en sus pasos 4, 5 y 6, las posiciones de las tres escuelas filosóficas principales sobre la toma de decisiones éticas:

A) *En el paso 4: los consecuencialistas/utilitaristas* (9), que juzgan las acciones según sus resultados y sostienen que ética es aquella decisión que trae el mayor bien a la mayor cantidad de personas: Cuando en un cálculo racional lo bueno supera lo malo, la acción es moral.

B) *En el paso 5: los deontólogos* (10) que sostienen que las acciones se deben juzgar sin considerar sus consecuencias sino preguntar si la acción cumple con las obligaciones básicas. Ven a las personas como fin en sí mismo y nunca como medio. "*Obrá* sólo de forma que quisieras que tu acción se convierta en una ley universal" (imperativo categórico); y

C) *En el paso 6: los aristotélicos*. Según ellos, las virtudes son hábitos morales. Se adquieren a través del ejercicio. Se analiza la bondad de las acciones, es decir la virtud del hombre que actúa y no el resultado (¿*cómo debería actuar una buena persona en este caso*?) (11).

A pesar de que ninguna de estas escuelas da una solución cierta a las los dilemas en áreas grises con las cuales los ejecutivos luchan todos los días, cada una de ellas permite ver la misma situación desde otro ángulo, lo cual facilita hacer un análisis más acabado de la situación en cuestión. En su último paso, este modelo aconseja "confirmar con el estómago"; recomendación que se asemeja mucho a las muletas conocidas y muy eficaces como son*: La prueba de la madre o de los hijos*: ¿podría contarle la acción que piensa tomar a su madre o a sus hijos sin sentirse avergonzado?; *La prueba del diario*: ¿le gustaría ver esta decisión en la tapa del diario?; *La prueba del público*: ¿le gustaría que cualquiera en una situación similar hiciera lo mismo? El resultado de estas pruebas da indicadores poderosos.

(9) Stuart Mill, 1821.

(10) Kant, 1785.

(11) Aristóteles, 1094a.

Otra fórmula para la toma de decisiones es el "embudo" que propone *Joseph L Badaracco* (12). Este autor se basa en las tres escuelas filosóficas descritas y extiende la recomendación para los pasos a tomar hacia una decisión ética haciendo preguntas cuyas respuestas limitan paso a paso las soluciones acertadas, como el camino por un embudo, en la forma siguiente:

1. ¿Cuáles son las consecuencias para los que ganan y pierden en la situación?

2. ¿Cuáles son mis principales obligaciones en ese caso?

3. ¿Qué alternativas pueden funcionar en el mundo real?

4. ¿Con qué herramientas cuento para trabajar y solventar el caso?

5. ¿Cuáles son los valores fundamentales de la organización?

6. ¿Con qué decisión puedo vivir yo?

Badaracco indica que el mayor de los problemas que enfrentan las personas cuando se ven inmersos en áreas grises, es el manejo adecuado de toma de decisiones. El problema es aún mayor cuando además, esa toma de decisiones debe efectuarse en un entorno turbulento, incierto y político. Por tal razón, propone este "sistema embudo" en donde las alternativas para la solución de un dilema se van excluyendo del abanico de posibles soluciones, con el paso de cada una de los cuestionamientos listados anteriormente.

IV. Formación y entrenamiento

Si queremos lograr que los empleados y ejecutivos de la organización "compren" e internalicen los valores y principios de la compañía y tengan las herramientas necesarias para tomar buenas decisiones, observando los valores y principios culturales declamados en el código de conducta, aparte de varios otros elementos como el *Tone at the Top* y el liderazgo

(12) Badaracco, 2016.

con el ejemplo, adquiere enorme importancia el *sistema de formación y entrenamiento o educación.*

Según una reciente encuesta internacional (13), la mayor preocupación interna de los *Compliance Officers* es justamente *cómo convencer a los empleados de la compañía del valor del Programa de* Compliance. El 66% de los consultados señaló que este es el factor de éxito más importante para el Programa de *Compliance* y por ende, para la protección de la compañía, seguido por el 48% que pide más involucramiento del *Management Team.*

El *buy in* de ejecutivos y empleados al programa de *Compliance*, es la base para poder proteger a la compañía y sus individuos, pero resulta difícil conseguirlo. Parece que todos los esfuerzos de entrenamiento del pasado no alcanzaron. No sorprende entonces que el entrenamiento es nombrado otra vez como una de las prioridades más importantes para el 2018.

La pregunta a contestar es: ¿*qué debe hacerse diferente ahora para que sea más exitoso que en el pasado?* Habrá qué cambiar contenido y su *delivery* a formatos más eficaces. No es tanto la vieja cuestión de "presencial" (más eficaz) u *online* (más barato). Es el famoso embudo de aprendizaje: después de 24 horas, se retiene solo el 5% de lo leído, el 10% de lo escuchado y el 20% de lo audiovisual. Son estos porcentajes tristes que aplican a la mayoría de los formatos de entrenamiento en *Compliance* y explican el relativo fracaso de los entrenamientos tradicionales (así como de los virtuales). Habrá que mirar a los porcentajes mayores del embudo y adaptar los métodos de enseñanza: a las 24 horas se retiene el 50% de lo argumentado, el 75% de lo practicado y el 90% de lo enseñado a otros (14).

Observando los magros resultados de lo hecho tradicionalmente, los programas de entrenamiento en ética corporativa están hace tiempo en el medio de un proceso de transformación que son parte del cambio general que ha experimentado en los últimos tiempos el enfoque sobre los sistemas de *Compliance* e Integridad en las empresas. El cambio desde una cultura legalista/normativista de *compliance* hacia otra que proactivamente trabaja en el sentido de la creación de una real cultura de integridad corporativa, ha tenido como consecuencia replantearse varios de los puntos centrales de los programas de entrenamiento, desde sus objetivos hasta su contenido, pasando por su metodología y destinatarios (15). Es decir, un cambio integral.

Los programas formales de *Compliance*/Ética son sólo la parte visible del iceberg de la infraestructura ética de las organizaciones: la parte que queda bajo el agua y no visible pero con efectos verdaderamente "titánicos", está conformada por la gran cantidad de normas no escritas, las presiones, la historia y lo que comúnmente se resume bajo el término "*cultura empresarial*": es decir, el "cómo hacemos las cosas acá". El entrenamiento entonces, debe diseñarse para poder influir sobre esta estructura ética para poder tener efectos positivos. De lo contrario, no son más que un maquillaje cínico.

Los que enseñan *Compliance* y Ética corporativa pueden subestimar la complejidad de muchas de las situaciones reales, incluso aquellas en las que no notamos estar enfrentando una cuestión ética, juzgamos antes de razonar o juzgamos incorrectamente una situación moral. Si el entrenamiento en *Compliance*/Ética realmente quiere cambiar y mejorar la toma de decisiones, debe incorporar los resultados de la disciplina de la "ética *del comportamiento*" (o *behavioral ethics*, en inglés); especialmente las sutiles maneras que limitan y condicionan nuestra ética (16).

El entrenamiento en ética empresarial se basa en gran medida en poner mayor énfasis en los componentes morales de las decisiones, proponiendo a los ejecutivos que elijan el camino correcto. Pero las bases de este ejercicio, es decir, que los ejecutivos realicen *trade-offs* explícitos entre *Compliance*/Ética

(13) Ver: *https://www.riskadvisory.com/campaigns/compliance-horizon-2017.php.*

(14) Ver: *http//studyprof.com.*

(15) Paine, 1994.

(16) Bazerman y Tenbrunsel, 2011:5.

vs. ganar resultados económicos/financieros, ignoran el hecho de que los que toman las decisiones a menudo ni siquiera ven el aspecto ético en una decisión dada. En consecuencia, no reconocen ni siquiera la necesidad de considerar criterios éticos que puedan haber aprendido en alguna clase de entrenamiento ético. Aspectos de la vida laboral cotidiana tales como presupuestos de ventas y beneficios, objetivos, incentivos, sistemas de *compliance* formales y presiones informales, pueden contribuir a un decrecimiento (*fading*) de la ética aplicada en la toma de decisiones. Las prácticas organizacionales que contribuyen a este desvanecimiento ético pueden ser sutiles, como por ejemplo, la forma en la cual se plantea un problema y el lenguaje en el cual se describe una decisión (17).

Los cambios de enfoque provistos por las investigaciones de la "ética del comportamiento" se complementan con las necesidades y conveniencias de los cambios en el entorno de los negocios: vivimos en un mundo cada vez más regionalizado (y, en muchas industrias, globalizado), en el cual cada vez resulta más difícil sostener una ventaja competitiva ya que siempre se encuentra alguien en la región o en algún lado del planeta que sabe hacer las cosas tan bien o mejor que nosotros, que inventa algo nuevo superador, lo mejora o copia. Los líderes de las empresas del siglo XX históricamente se diferenciaron por lo que hicieron, el *output*: los productos y servicios que propusieron a sus clientes. Eran innovadores y ganaron aquellos que inventaron y patentaron algo revolucionario. Pero en este mundo cambiante, donde las protecciones de los *outputs* se caen cada vez más rápido, y los productos, servicios y procesos se han "comoditizado", ha hecho que las empresas, para tener éxito, tengan que encontrar caminos alternativos para diferenciarse.

V. Contenido y métodos de entrenamiento

El entrenamiento tiene que estar dirigido a un aprendizaje inductivo y participativo: es decir, educar a través del ejemplo haciendo del receptor un socio proactivo en todo el proceso. Centrar el entrenamiento ético en torno del aprendizaje inductivo representa una forma avanzada de hacer crecer el desarrollo ético de los participantes y un cambio decisivo de la tradicional orientación que consistía en un enfoque deductivo que entregaba guías y manuales éticos, procedimientos, códigos, etc., que se discutían de manera analítica/teórica y luego eran internalizados.

El enfoque inductivo plantea la necesidad de discutir los dilemas éticos en la forma de casos reales de negocios: los principios éticos no son meros enunciados teóricos que deben ser internalizados de manera aséptica y mecánica sino que son presentados desde el comienzo en el contexto mismo de diversas situaciones con sus respectivos grises y de qué manera es posible, dadas ciertas circunstancias particulares, lograr las mejores decisiones éticas posibles, a través de las diferentes alternativas de acción que se presentan (18).

En otras palabras, el entrenamiento ético no decide *a priori* por el empleado la respuesta ética óptima, sino que deja en sus manos y en su capacidad ética, desarrollada tanto a nivel individual como organizacional, la resolución de los diferentes dilemas que se le presentan (obviamente siempre dentro del marco de las leyes y normativas existentes tanto internas como externas). Se quiebra entonces aquí la visión verticalista que indicaba que es la empresa la que transmite de manera lineal sus valores éticos: esta nueva visión inductiva abre el campo de juego y permite la posibilidad de que sea que el empleado con sus capacidades cognitivas y experiencia el que le enseñe a la organización modos y enfoques para enfrentar dilemas éticos. Empresa y empleados aprenden mutuamente uno del otro, concibiendo al entrenamiento como un recurrente punto de partida (y no de llegada) para una sostenida puesta en discusión de los dilemas y riesgos éticos a los que se enfrentan, estimulando el pensamiento crítico.

Las herramientas básicas que son compatibles con este enfoque y que sirven con su contenido para el aprendizaje son principalmente las siguientes:

(17) Bazerman y Tenbrunsel, 2011:30.

(18) Weber, 2007.

— *case studies* tradicionales;

— dilemas cortos;

— ejemplos de situaciones concretas y reales brindados por los participantes;

— simulaciones;

— *role-playing*;

— diálogos y conversaciones;

— método socrático.

Tanto el *role-playing* como todo otro método que involucre activamente al participante del curso y plantee un foro para el diálogo es una de las maneras más proactivas para mejorar la enseñanza de ética en los negocios. Diálogo y buena conversación sirven para varios propósitos: facilita la sensibilización para temas tanto para la propia posición como para la de los otros frente a estos temas. Es una fuente de aprendizaje a través de la cual se asegura que hay lugar para las opiniones de todos, abriendo las puertas para la creación de una seguridad psicológica que hace posible la conversación sincera de temas de ética en los negocios (19).

Aunque la perspectiva procesual-inductiva ha sido desarrollada por diferentes autores, sólo algunos de ellos han creado herramientas específicas que ayuden en la difusión de este enfoque dentro de las empresas. Uno de estos casos es el de la Profesora de Babson College *Mary Gentile* a través de su enfoque y programa "*Giving Voice to Values*" (GVV) (20). Según Gentile, el entrenamiento debe estar orientado al desarrollo de habilidades o competencias morales de los empleados que les permitan concebir de manera práctica y eficiente distintos modos de enfrentar los dilemas que se les presentan. Se trata aquí, siempre según Gentile, de pasar del *thou shalt no al can do!,* del *prohibir/castigar* al *permitir/empoderar* a través de la revisión de situaciones concretas, de historias y casos de empleados reales representando todos los niveles de la organización.

Subyacente a esta perspectiva general de (no tan) nuevos métodos y contenidos está la teoría psicológica desarrollada, entre otros, por Lawrence Kohlberg. Esta postula que existe una escala de desarrollo cognitivo moral que consiste en un espectro que abarca desde aquellos que toman decisiones morales basadas principalmente en lo que "es correcto" desde un punto de vista egoísta hasta un nivel moral más alto en el que se tiene en cuenta el potencial impacto de las decisiones en otras personas, tanto dentro como fuera del entorno más cercano (21). Esta visión postula que este espectro de posibilidades no es rígido y puede modificarse positivamente a través de diferentes maneras, logrando que el individuo adopte una visión menos centrada en sí misma y orientada hacia su entorno mediato e inmediato. Es precisamente el enfoque inductivo en el entrenamiento, el que permite el acoplamiento del progreso a nivel individual con el desarrollo de los valores de la compañía o su "conciencia ética", a través tanto de herramientas codificadas como políticas y procedimientos, como no codificadas como lo es el actuar diario de cada uno de sus miembros y sus experiencias respectivas en la resolución de dilemas éticos (22).

Si los objetivos se redefinen en dirección de una educación en la complejidad de la ética y en un proceso de toma de decisiones que integra los aspectos éticos, el proceso no se puede agotar en un "entrenamiento" al ingreso en la compañía ni en un entrenamiento anual. Requiere que sea un proceso continuo de sesiones presenciales y virtuales. Investigaciones afirman además que las comunicaciones de *Compliance* como la lectura del código de ética o su firma *just in time*, es decir, justo antes de tomar decisiones importantes, hacen que los aspectos éticos tengan un mayor peso en la decisión (23). Asimismo, el entrenamiento en *compliance* se debe incluir en los programas de capacitación por otros temas: ética en los negocios no es y no debe ser percibida como un asunto insular para el cual se entrena en cursos aislados (*stand alone*).

El cambio se puede resumir en la idea de que para que el comportamiento de una organiza-

(19) Sims, 2004:202.

(20) Gentile, 2011: 22-23.

(21) Weber, 2007: 61-62.

(22) Weber, 2007: 63.

(23) Shu, 2011.

ción entera cambie, su entrenamiento debe ser tratado como un proceso y no como un evento, es decir, debe pasar a ser un eslabón más de un programa cerrado y vertical que busca internalizar de manera periódica, normas y valores a los miembros de la organización, a ser un ejercicio constante y recurrente en el cual los miembros de la compañía se ejercitan de manera flexible y concreta en la resolución de dilemas que puedan efectivamente llevarlos a un desempeño profesional íntegro (24). Implica pasar de una serie de prohibiciones que se comunican de manera lineal a los miembros de la organización a una construcción conjunta e interactiva de soluciones a dilemas donde cada uno debe poder encontrar el espacio para desarrollar sus propias "competencias éticas" en paralelo con los objetivos de la organización (25). La educación en ética como proceso es consustancial a un continuum de actividades que por su propia lógica tiene más chances de permear e influir en las prácticas mismas de los miembros de la organización, tanto en el mediano como en el largo plazo (26). Para ello, es necesario que el proceso del entrenamiento sea periódicamente revisado y adaptado a las nuevas condiciones que puedan presentarse.

La clave para un entrenamiento más eficaz está entonces en discutir dilemas y casos "grises" en grupos, en practicar llegar a implementar soluciones concretas y en convertir a los ejecutivos de línea en "entrenadores" de Ética y *Compliance* de sus colegas. Utilizar a los ejecutivos de línea como facilitadores en discusiones de casos prácticos (con la participación del área de Ética y *Compliance*) tiene un atractivo adicional: contribuye a la consolidación o la mejora del muchas veces débil "*Tone in the Middle*", que es de igual importancia que el *Tone at the Top*, porque es lo que los empleados observan al jefe directo en el día a día del trabajo y que toman como la verdadera cultura organizacional. Por ende, tiene influencia directa sobre el comportamiento y las decisiones de los empleados en todos los niveles de la organización.

(24) Teicheira, 2008.

(25) Gentile, 2011.

(26) Teicheira, 2008: 62.

VI. Comentario final

Ética y *Compliance* es un tema complejo. No hay ningún método que garantice éxitos para los esfuerzos del área de *compliance*. Es necesariamente una combinación entre *Cultura, Entrenamiento, Incentivos, Monitoreo y Castigo*. El éxito (o no) reside en determinar el *mix* adecuado para cada organización. Los pesos relativos entre estos componentes y su implementación, cambian con las diferentes exposiciones a riesgos de ética y *compliance,* con el tiempo y las experiencias realizadas.

Sin un *buy in* de ejecutivos y empleados todo esfuerzo quedará trunco. Programas de Integridad formales no alcanzan en incluso tienen efectos adversos: Crean una atmósfera de cinismo dentro de la organización que percibe (probablemente con razón) que las formalidades interminables de prohibiciones y políticas persiguen un solo objetivo: Proteger a la Alta Dirección en casos de actos ilegales.

De esta forma no se protege a la organización y se pierden todas las ventajas de un Programa de Integridad bien diseñado e implementado.

VII. Bibliografía

Aristóteles (1094a), *Ética nicomáquea o Ética a Nicómaco (Ethica Nicomachea)*.

Badaracco, Joseph, "Managing Decisions in the Gray Areas", *Harvard Business Review*, 2016.

Bagley, Constance E., "Strategic Compliance Management", *Harvard Business School*, nro. 9-806-173, marzo 2006.

Bazerman, Max y Tenbrunsel, Ann, "Blind Spots: Why we fail to do what's right and what to do about it", Princeton University Press, 2011.

Cardona Soriano, Pablo y Rey Peña, Carlos, *Dirección por misiones*, Ediciones Deusto, Planeta De Agostini Profesional y Formación SL, Barcelona, 2005.

Gellerman, Saul W., "Why good managers make bad ethical decisions", *Harvard Business Review*, julio - agosto 1986, ps. 85-90.

Gentile, Mary C., "Giving Voice to Values", Yale University Press, New Haven - Londres, 2011.

Ghoshal, Sumantra, "Bad Management Theories are destroying Good Management Practices", Academy of Management Learning and Education, 2005, vol. 4, nro. 1, ps. 75-91.

Jensen, M. y Meckling, W., "Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360, 1976.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785.

Kayes, D. Christopher - Stirling, David - Nielsen, Tjai M., "Building Organizacional Integrity", *Business Horizons*, 50, 2007, ps. 61 y ss.

Klebe Treviño, Linda - Weaver, Gary R. - Gibson, David G. - Ley Toffler, Barbara, "Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts", *California Management Review* (CMR), vol. 41, nro. 2, invierno 1999, ps. 131 y ss.

Kleinhempel, Matthias, "Programas de Integridad y Toma de Decisiones Éticas y cómo entrenarlo", *Revista Enfoques*, Buenos Aires, febrero 2018.

Kulb, Susan y Lane, David, "The Sarbanes - Oxley Act: Details and Evolution", *Harvard Business School*, nro. 9-106-040, revisada el 30/11/2006.

Marquette, Heather - Peiffer, Caryn, "Corruption and Collective Action", *Research Paper 32 Developmental Leadership Program, University of Birmingham*, enero 2015, *www.dlprog.org*.

McNulty, Eric, "On the Front Lines: Managers Ethics, and Compliance", *Harvard Management Update*, agosto 2004.

Morris, Tom, "If Aristotle ran General Motors", Henry Holt and Company Inc., New Cork, NY, 1997.

Nahapiet Janine - Gratton, Lynda - Rocha, Héctor, "Knowledge and Relationships: When Cooperation is the Norm", *European Management Review*, 2005, 2, ps. 3-14.

Olson, Mancur, "The Logic of Collective Action", Harvard University Press, Cambridge MA, 1965.

Paladino, Marcelo - Debeljuh, Patricia - Delbosco, Paola, *Integridad, un liderazgo diferente*, Emecé, Buenos Aires, 2007.

Reuben, E., "The Evolution of Theories of Collective Action", Master Thesis, Tinbergen Institute *www.ereuben.netresearch/MPhilThesis.pdf*, 2003.

Sharp Paine, Lynn, "Ethics: A Basic Framework", *Harvard Business School*, nro. 9-307-059, revisada 15/05/2007.

Sharp Paine, Lynn, "Managing for Organizacional Integrity", *Harvard Business Review*, marzo-abril 1994, ps. 106 y ss.

Sharp Paine, Lynn y Bruner, Christopher M., "Legal Compliance Programs", *Harvard Business School*, nro. 9-306-014, julio de 2006.

Shu, L. [*et al.*], "When to Sign on the Dotted Line?. Signing First Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-Reports", *Working Paper*, Harvard Business School, 2011.

Stansbury, Jason y Bruce Barry, "Ethics Programs and the Paradox of Control", *Business Ethics Quarterly*, 2007, vol. 17, Issue 2, ps. 239-261.

Stuart Mill, James, *Elements of Political Economy*, 1821.

Teicheira, D., "Compliance and ethics training: event versus process", *Journal of Health Care Compliance*, 61-62 & 72, noviembre-diciembre, 2008.

Treviño y Nelson, *Managing Business Ethics*, 2007.

Tyler, Tom - Dienhart, John - Thomas, Ferry, "The Ethical Commitment to Compliance: Building Value Based Cultures", *California Management Review*, vol. 50, nro. 2, invierno 2008, ps. 31-51.

Weber, J., "Business Ethics training: insights from learning theory", *Journal of Business Ethics*, 70: 61-85, 2007.

WINES, William Arthur, "Seven Pillars of Business Ethics: Toward a comprehensive Framework", *Journal of Business Ethics*, 2008, vol. 79, ps. 483-499.

Páginas Web:

"The Marshmallow Test: Delay of Gratification and Independent Rule Compliance": *https://dash.harvard.edu/handle/1/27112705*.

"Compliance Horizon Report – 2017 What is on the compliance horizon for 2018?": *https://www.riskadvisory.com/campaigns/compliance-horizon-2017.php*

StudyProf: *http//studyprof.com.*

Giving Voice to Values: *http://www.darden.virginia.edu/ibis/initiatives/giving-voice-to-values/*.

El entrenamiento ético en un programa de integridad

POR **MARÍA MARTA PREZIOSA** (*)

I. Introducción

El último artículo sobre *compliance* de la *Harvard Business Review* —marzo-abril de 2018—lleva un categórico título: "Por qué fallan los programas de *compliance* y cómo arreglarlos". Los autores Hui Chen y Eugene Soltes señalan sin ambages un problema: desde hace 40 años, en los EE. UU., las corporaciones gastan mucho dinero en programas de *compliance*, pero todavía las faltas de ética en los negocios siguen estando muy difundidas.

La relevancia de la publicación de HBR se subraya por dos razones. En primer lugar, porque uno de sus autores, la abogada Chen trabajó hasta hace poco en el Departamento de Justicia de los EE. UU. (a partir de ahora, DOJ) aconsejando a los fiscales acerca de cómo evaluar los esfuerzos en *compliance* de las compañías bajo investigación. En segundo lugar, porque es interesante tener en cuenta sus décadas de experiencia.

En su origen, *compliance* es una reacción de autorregulación (*self-policing)* de algunas industrias en busca de una mejor imagen ante reguladores, luego de varios escándalos corporativos de los años 70 y 80. Mas tarde, en 1991, la *US Sentences Commision* toma este modelo y redacta las *Federal Sentences Guidelines for Organizations* que prometen la reducción de multas a las empresas que pueden demostrar que tienen un programa de *compliance* efectivo. Según Chen et al. (2018), "*compliance* a menudo carece de sustancia". Si bien no es fácil lograr un programa efectivo, lo importante, dicen los autores, es "entrar en la cabeza de la gente" y no solo demostrar a los reguladores que la empresa cumplió con la tarea. Es decir, "no se ha de confundir la responsabilidad legal con un *compliance* eficaz".

A continuación, revisaremos brevemente algo de literatura norteamericana sobre la cuestión del entrenamiento ético en el marco de un programa de integridad, para luego comentar y reflexionar sobre algunas características locales basadas la experiencia desarrollada por 20 años en capacitación presencial en ética y *compliance* en diversas filiales de empresas multinacionales en países del Cono Sur (Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay). El objetivo de los comentarios y la reflexión es contribuir a, en palabras de Chen, "darle sustancia" a *compliance* mediante la capacitación en ética integridad y *compliance*.

II. Las recomendaciones del DOJ sobre la capacitación en ética, integridad y *compliance*

Chen *et al.* (2018) consideran que, si bien los programas de *compliance* consumen mucho tiempo y dinero, las compañías están dis-

(*) Doctora en Filosofía por la Universidad de Navarra (2015). Máster en Administración de Empresas, Escuela Superior de Administración de IDEA (1992), Filosofía, UCA (1989). Profesora Titular e Investigadora de la Facultad de Ciencias Económicas (UCA). Directora de la Certificación en *Compliance*, ética y derecho (UCA). Profesora de Ética en la Maestría en Derecho Empresario Económico y en el MBA, UCA. Experiencia en consultoría y capacitación en ética y *compliance* en empresas multinacionales.

puestas a realizarlos porque funcionan como una póliza de seguro. Sin embargo, advierten, hay dos causas por las que los programas de *compliance* no son efectivos. La primera es que el *compliance* es abordado como una especie de *check-list* legal y la segunda es que las formas de medir la efectividad del programa no sirven. La solución propuesta por los autores consiste en mejorar las métricas para poder mejorar la gestión. Sin embargo, si bien puede ser correcto afirmar como Chen *et al.* (2018) que estas mediciones no miden nada significativo, la razón es porque no reflejan la profundidad del comportamiento humano. En los puntos IV y V, nos referiremos a ello.

Hui Chen, representando al DOJ, solicitó a los fiscales que tratasen de determinar si la corporación que investigaban tenía un programa de *compliance* "solo en los papeles" (*a paper program*) o si estaba diseñado, implementado y revisado de una manera efectiva. Chen observaba que las empresas presentaban enormes carpetas con políticas y procedimientos y con los controles realizados sobre la información financiera. Sin embargo, no ofrecían ninguna evidencia de haber testeado si realmente cumplían los objetivos. Según Chen *et al.* (2018), los tres objetivos más importantes de un programa de integridad son: prevenir y detectar la mala conducta y alinear las políticas corporativas con las leyes y regulaciones. Para ello, Chen diseñó un listado de preguntas para evaluar un programa de *compliance* corporativo que fue publicado en 2017 (1). Veamos qué preguntas específicas realiza sobre el entrenamiento ético, que, de los tres objetivos, fundamentalmente está orientado a prevenir la mala conducta, según Chen:

> *Entrenamiento basado en riesgos*: ¿qué entrenamiento han recibido los empleados que se desempeñan en funciones de control relevantes? ¿La compañía ofreció entrenamiento a medida para empleados de alto riesgo, abordando los riesgos específicos a los que se enfrentan en su área, si ocurre una falta de ética empresarial? ¿Qué análisis hizo la compañía para determinar quién debe ser entrenado y en qué temas?
>
> *Forma, contenido, efectividad del entrenamiento*: ¿se ha ofrecido en un lenguaje y forma apropiados para la audiencia a la que se dirige? ¿La empresa ha medido su efectividad? (...)
>
> *Disponibilidad de guía/consejo*: ¿qué recursos están disponibles para que los empleados reciban consejos prácticos sobre la aplicación de las políticas de la empresa? ¿La empresa ha evaluado si los empleados saben cuándo buscar consejo y si estarían dispuestos a hacerlo? (DOJ, 2017:5).

Ahora bien, según indican Chen *et al.* (2018), estas preguntas generaron un efecto indeseado, ya que las empresas comenzaron a seleccionar los datos para responder y demostrar que eran efectivos, en lugar de revisar y reconocer en qué estaban fallando.

Chen *et al.* (2018) dan ejemplos de cómo mejorar la medición de la efectividad del entrenamiento a fin de ofrecer evidencia más rigurosa a los fiscales, los tribunales y los reguladores. Por ejemplo, proponen no sólo medir quiénes y cuántos completaron el entrenamiento sino también, cuántos empleados —y cuántos no— fueron disciplinados por alguna violación de las políticas corporativas. Asimismo, proponen medir no sólo la comprension de las normas, sino también si los empleados saben discernir entre diversos escenarios posibles. A su vez, sugieren que no se evalúe mediante encuestas a los entrenados la efectividad del entrenamiento, ya que la gente responde con un sesgo subjetivo. Otra propuesta es evaluar el conocimiento anterior y posterior a la capacitación a fin de ajustar los contenidos ya sea por carencia o sea por redundancia. En definitiva, proponen medir la calidad, la pertinencia y su efectividad, es decir, si los empleados lo ponen en práctica.

III. Los objetivos de la capacitación en ética, integridad y *compliance*

De acuerdo con Chen *et al.* (2018), "el objetivo del entrenamiento no ha de ser solo mejorar la

(1) U.S. Department of Justice, "Criminal Division, Fraud Section, 'Evaluation of Corporate Compliance Programs'", 2017, disponible en *https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download*.

comprensión que los empleados tienen de las reglas, sino el de inculcar y perpetuar el comportamiento adecuado". Es decir, el objetivo principal es "internalizar las reglas". Para ello es muy importante "reconocer que muchos factores intervienen en la violación de las normas".

En esa línea el eticista Paul Verhezen (2010) afirma que *compliance* no solo debe buscar satisfacer a los reguladores, sino lograr que la empresa tenga un buen gobierno. Para Verhezen (2010), la capacitación en ética debe crear un nivel de concientización tal, que pueda surgir cuando la situación lo requiera. Sin esa concientización instalada de modo tácito en la organización no es posible la institucionalización de prácticas que sean cultura cotidiana.

El *Institute of Management and Administration* (2003) propone hacerse las siguientes preguntas para evaluar la integración del entrenamiento ético en la cultura organizativa:

> ¿Los valores de la organización son consistentes entre sí?;¿las reglas siguen siendo las mismas cuando las cosas van bien y cuando van mal?; ¿los empleados comprenden el impacto del clima ético en la productividad, la calidad y el servicio al cliente? (...); ¿los empleados son entrenados tanto en "cómo" actuar, como en el "por qué" actuar de tal modo?

Por otra parte, para Stephen Knouse y Robert Giacaleone (1996) el objetivo del *training* no es enseñar ética, sino ayudar al empleado a tomar decisiones. Para ello, el enfoque tiene que ser muy práctico y especifico. Knouse et al. (1996) subrayan que el entrenamiento tiene que conducir a los que lo realizan, a reflexionar sobre las decisiones que ya tomaron en el pasado y qué consistencia tenían con los valores de la empresa y con los propios para poder decidir en el futuro. Knouse *et al.* (1996) identifican los elementos que tiene un entrenamiento ético exitoso. Primero, el empleado logró revisar la consistencia de su decisión con los valores de la organización y los propios. Luego, el entrenamiento ofreció la posibilidad de comprender cuáles son las propias tendencias éticas. Y, por último, el entrenamiento contempló de forma realista los factores que obstaculizan las decisiones éticas.

Según la renombrada abogada y eticista Lynn Sharp Paine (1991), la educación ética puede fortalecer y refinar las capacidades del ejecutivo de negocios, específicamente, su sensibilidad ética, su razonamiento ético, su conducta ética y su capacidad de liderazgo. La sensibilidad ética es lo que permite reconocer factores éticamente relevantes de una situación. Por otra parte, el razonamiento ético permite encuadrar los casos particulares en los principios generales y hacer una correcta determinación de alternativas. Para Paine (1991), en los talleres se puede conducir a los participantes a evaluar, por ejemplo, el peso de las presiones, las tentaciones y de las racionalizaciones en la toma de decisiones. Como afirma van Luijk (2002):

> La discusión, mejora la sensibilidad y la competencia moral (...) y entrena en consultarse mutuamente registrando tanto las posibilidades como los obstáculos para el comportamiento ético dentro de la estructura y cultura de su organización. (ISBEE, 2002:5)

Según Richard Guerrette (1988), un programa de capacitación en ética está más cerca de un programa de gestión del cambio porque implican "resetear el *ethos* corporativo" y reordenar el sistema de valores de la corporación. Para Guerrette (1988), "el desafío de reestablecer el *ethos* de la compañía es hacer que las estructuras hagan posible tomar decisiones éticas".

En síntesis, la empresa tiene varias alternativas a considerar en cuanto a cómo enfocar la capacitación teniendo en cuenta o bien un objetivo "de mínima" o bien un objetivo "de máxima". Como objetivo de máxima, se puede encontrar con la oportunidad para un cambio cultural o una mejorar el gobierno de la empresa. En este último caso, es necesario que la capacitación tenga un espacio para que los sujetos que participan de ella puedan reflexionar y dialogar. Es decir, que no solo reciban una instrucción unidireccional sobre las normas y las consecuencias de su incumplimiento, sino puedan acceder a un diálogo —con pares y superiores— que aumente su sensibilidad ética para reconocer problemas donde antes no los veían, en donde reconozcan sus sesgos subjetivos y se identifiquen los rasgos de la cultura compartida que dificultan el cumplimiento de

las normas. Estos, entre otros, son algunos de los múltiples factores a los que elípticamente se refieren Chen *et al*. (2018) y que "intervienen en la violación de las normas".

IV. El estilo cognitivo de los ejecutivos de empresa y el silencio moral

El entrenamiento no solo transmite información, sino que genera capacidades. En el caso del entrenamiento ético, ha de generar la habilidad de tomar decisiones éticas en el contexto de una empresa determinada. Para entrenar adecuadamente, hemos de considerar que cada profesión tiene su mentalidad e idiosincrasia, es decir, una forma habitual de analizar la realidad y sus problemas y de buscar soluciones para ellos. En cuanto a los ejecutivos de empresa, se ha estudiado largamente el estilo cognitivo de los ejecutivos y, específicamente, se ha investigado cómo "funciona" en relación con los temas éticos. Por tanto, se recomienda que la capacitación o entrenamiento tenga en cuenta el estilo cognitivo de aquellos a quienes va a capacitar, al menos las tendencias generales. A continuación, algunas de ellas.

Según Max Bazerman y Ann Tenbrunsel (2011) los ejecutivos tienden a la "decolorar" los aspectos éticos de las decisiones bajo el deseo de lograr un objetivo o de obtener un beneficio. La cuestión no es que carezcan de educación moral, afirman los autores, sino que es posible observar en ellos un proceso psicológico que "decolora" la ética. Bazerman *et al.* (2011) afirman que no se puede saber cuán consciente o inconsciente es este proceso, pero sí que permite que las personas se comporten de una manera egoísta y al mismo tiempo estén convencidas de que son éticas. Por otra parte, Jessica Kennedy y Cameron Anderson (2017) señalan que a los ejecutivos de alto rango les cuesta mucho más que a los de bajo rango, reconocer que su empresa se comporta de forma no ética. La razón que encontraron es que los altos directivos se identifican mucho más con la organización que dirigen y ello les hace difícil reconocer el error y reconducir a la empresa hacia mejores prácticas.

Según el eticista Eduardo Schmidt (1993) los ejecutivos suelen tener una moralidad de tipo acrítica, es decir, una moralidad prerreflexiva donde priman los "sentimientos" éticos. En esta línea, Ann Tenbrunsel y David Messick (2004) señalan que el fracaso de los "entrenamientos éticos" se debe a que se basan en una presunción errónea. Se suele presuponer que, si el entrenamiento subraya los componentes morales de una decisión, es más probable que los ejecutivos la elijan. En verdad, para que no fracase el entrenamiento hay que "reconocer la tendencia psicológica innata de las personas a autoengañarse" (Tenbrunsel *et al.*, 2004). El autoengaño, según los autores, tiene "varias capas gruesas". Se compone de prejuicios, sesgos, negaciones y racionalizaciones. Si bien es claro que esta capacidad es propia de todo ser humano, en una empresa es posible encontrar muchas excusas para racionalizar. Tal como definimos en otro lugar:

> "La racionalización es el proceso que un sujeto lleva a cabo en su conciencia mediante el que juzga como buena una acción realizada (o a realizar) que él sabe que es moralmente mala y cuyo resultado es la falta de reproche de la conciencia". (Preziosa, 2016).

Este proceso de carácter psico-moral diluye la conciencia de responsabilidad individual sobre la acción realizada atribuyendo la inclinación de la propia voluntad "a una fuerza superior a ella misma, por ejemplo, la autoridad, el grupo, los deseos de superación, la necesidad de seguridad, el logro de los objetivos, etc." (Preziosa, 2016).

Tal como afirma Stelios C. Zyglidopoulos *et al*. (2008), el proceso de racionalización posibilita la dilución de la conciencia y la colaboración al mal realizado colectivamente en una organización. Este proceso facilita que la persona experimente una cierta "consonancia" (2) consigo misma. Esto es lo que explica por qué los individuos corruptos tienden a no a verse a sí mismos como corruptos.

Por tanto, se podría afirmar que, en el estilo cognitivo de los ejecutivos de empresa, la racionalidad y la objetividad pueden quedar disminuidas en lo que se refiere a los aspectos

(2) La disonancia cognitiva o ansiedad moral es un concepto de León Festinger (cf. Ovejero, 1993).

éticos en la toma de decisiones. Es decir, la racionalidad y la objetividad se mezclan o se enmascaran bajo emociones y sentimientos prereflexivos, prejuicios y creencias acríticas y bajo autoengaños y justificaciones (en función de los objetivos a lograr o de los beneficios a obtener). Esta disminución de la racionalidad y la objetividad dificulta el desarrollo de una conciencia equilibrada que se ha de caracterizar por una "racionalidad atenta y empática" (Goodpaster, 2007). Por ello, Schmidt (1993) sostiene que la educación ética debe conectar a los ejecutivos con su moralidad más profunda y reflexiva, ayudándolos a dar pasos en esta línea mediante un análisis crítico.

Ahora bien, un estilo cognitivo acarrea también un estilo comunicacional. Según Verhezen (2010), no todos los integrantes de una empresa suelen estar versados en expresar sus preocupaciones y visiones relacionadas con la ética. Para este autor, los gerentes regularmente usan formas del discurso que obscurecen estas preocupaciones. Por otra parte, según Frederick Bird y James Waters (1989), los ejecutivos suelen considerar que hablar de ética en la empresa es ineficiente, ya que lleva a culpabilizar a la gente y a habilitar que se quejen. Además, dado el esquema de autoridad de las organizaciones, muchos sobreentienden que no es necesario discutir qué hacer sobre ciertas cuestiones, porque para eso está la cadena de mando.

Sin embargo, Bird *et al*. (1989) advierten que no hablar de estos temas conduce a un importante aumento del estrés. A este fenómeno lo denominan "mudez moral" (*moral muteness*). Verhezen (2010) sobre este fenómeno, que denomina "silencio moral" (*moral silence*), afirma que consiste en no señalar abusos, violaciones o mala conducta, en no disentir abiertamente acerca de las políticas de la organización que pueden incluir comportamientos moralmente discutibles, en no proponer el debate de decisiones cuya moralidad no es clara, en no proveer *feedback* a los superiores o pares sobre estas cuestiones éticas, en no hablar de los ideales morales personales y no negociar con fuerza sobre lo que amenaza los valores. Verhezen (2010) destaca dos posibles razones: o bien el temor a comprometerse en una discusión ética con el riesgo de mostrarse sin solvencia en la argumentación; o bien la gente porque solo quiere encontrar la respuesta correcta, resolver el problema y seguir adelante.

Hasta aquí, podríamos subsumir todas estas características del estilo cognitivo de la gente de empresa bajo la tendencia general de considerar las decisiones en la empresa sin su carácter moral (amorales), donde no hablar del tema y justificar las decisiones en función de los beneficios obtenidos contribuyen a dicha tendencia. A continuación, de acuerdo con lo observado en discusiones y argumentaciones conducidas en talleres de capacitación presencial en empresas en la Argentina, se agregan otros cuatro rasgos a esta caracterización del ejecutivo de empresa.

En primer lugar, se ha observado cierta tendencia al pensamiento dicotómico (dualista o maniqueo) donde se identifican extremos irreconciliables y no se advierten alternativas o valoraciones intermedias. Esta dificultad para encontrar matices necesita ser desarrollada en la capacitación de modo que se facilite encontrar la mejor alternativa posible de decisión en un determinado contexto y bajo ciertos principios. En segundo lugar, es posible observar una tendencia a no distinguir entre los incentivos externos de la conducta (autoridad, recompensa, etc.) y los incentivos internos y la libertad personal. Confundir lo externo y lo interno conduce fácilmente a la racionalización. Además, no promueve que el individuo reconozca el alcance de su responsabilidad moral personal, tendiendo a victimizarse respecto del entorno organizacional o del mercado. En tercer lugar, se puede observar una tendencia a la "obediencia debida" basada en la conveniencia y en el temor al despido. Es decir, se tiende a aceptar o ver como "normales" ciertas prácticas en función de la supervivencia personal dentro del entorno de la organización. En cuarto y último lugar, se observa una tendencia a no distinguir entre el juicio que proviene de la mirada de los otros y el juicio de la propia conciencia. Esta no distinción facilita también la racionalización y el no reconocimiento de la responsabilidad moral individual.

V. Capacitación, cultura organizacional y el "speak up"

Tomando en cuenta las recomendaciones para los entrenamientos ya citadas y considerando, además, las características del ejecutivo

de empresa, cabe preguntarse si la capacitación puede solamente focalizarse en los aspectos racionales de los temas éticos y legales.

Ann Tenbrunsel *et al.* (2004) afirma que en el interior del sujeto "compiten" las razones que brindan los incentivos económicos contra las razones éticas. Por ello, para la autora una capacitación meramente racional en las cuestiones éticas solamente logra que en esa "competencia interior" ganen las razones económicas. Como decía L S. Paine (1991), la capacitación debe permitir la reflexión sobre las presiones y demás factores que dificultan las decisiones éticas (Chen *et al.* 2018) y permitir que los que se entrenan reconozcan sus propias tendencias. En términos de Tenbrunsel (2004), la capacitación tiene que tener como objetivo remover las diferentes "capas" que facilitan el autoengaño.

Esta recomendación de los autores citados se corrobora con la experiencia realizada en empresas. Se ha podido observar que en la discusión de casos (racional) muchas veces se filtran cuestiones no estrictamente racionales como la desconfianza, el cinismo, la frustración o los temores y que en el debate aparecen como sarcasmo o como "argumentos defensivos" (Argyris, 1994). Lograr que los elementos no-racionales, conscientes o no conscientes puedan ser elaborados en los talleres de capacitación, permite ubicar las normas en la experiencia real que los empleados tienen en la empresa. (Cfr. Preziosa, 2016).

Ahora bien, a este objetivo de reconocimiento de los aspectos subjetivos de quienes participan del entrenamiento, se sugiere agregar, con ocasión de la capacitación, el objetivo de reconocer los rasgos de la cultura organizacional en la que se está inserto y, por ejemplo, contrastarlas con las normas del código de ética.

La cultura de una organización se compone de muchas "creencias". Es decir, los integrantes de una organización suelen compartir algunas "presunciones básicas subyacentes" (Schein, 1999) de las que muchas veces no son totalmente conscientes. Algunas de esas presunciones o creencias son explicaciones acerca de cómo funciona la empresa (3). Esto, que llamamos la mentalidad compartida (Preziosa, 2016), es una trama subyacente que rige las interacciones de sus integrantes y a la que los nuevos integrantes de la organización se adaptan.

La mentalidad compartida tiene un cierto carácter normativo —basado en el uso y la costumbre— y contiene una interpretación de la realidad del mercado, de la organización y de la gente que la integra. Asimismo, le asigna, en el imaginario colectivo, un rol y una medida de poder a sus integrantes para influir —o no— en la organización. La fuerza de la mentalidad compartida otorga unidad, certeza y estabilidad y ofrece criterios para la toma de decisiones. La mentalidad funciona desde ese nivel prereflexivo y acrítico que antes citábamos y tiene mucho más peso, cuando el grado de institucionalización de la empresa es bajo.

Una capacitación en ética, *compliance* e integridad será más efectiva en la medida que permita que los integrantes de la organización sean conscientes de los puntos fuertes y débiles de su mentalidad y su cultura. Así como también, si la institucionalización y rutinización de ciertas prácticas acompaña la capacitación, se podría llegar a generar una especie de "conciencia corporativa" (Goodpaster, 2007) atenta a los aspectos éticos del negocio. De acuerdo con Verhezen (2010) una transformación profunda de la mentalidad o del *ethos* cultural en sí mismo debe ser conducida por el liderazgo, esto es, el directorio y el máximo nivel gerencial mediante la creación de una atmosfera de apertura y honestidad.

La posibilidad de diálogo (Van Luijk, 2002) que brinda una capacitación presencial en el formato de taller permite confrontar la objetividad y racionalidad de las normas con los aspectos subjetivos individuales y con los rasgos culturales organizacionales. Asimismo, mediante el diálogo se anima y se entrena el *speak up*, es decir, que los integrantes de la organización superen el silencio moral (Verhezen, 2010) entablando conversaciones sobre estos temas, ya sea buscando consejo, deliberando alternativas o denunciando. Generando este contexto organizacional, disminuye la probabilidad de

(3) Ejemplos de esas presunciones: "Acá siempre las cosas se hicieron así"; "estamos en la Argentina y esta es la única forma de hacer plata", "acá los héroes están en la Chacarita", etc.

aducir "obediencia debida" como justificación de ciertas acciones y principalmente se fortalece a aquellos integrantes de la organización que desean actuar éticamente. En el diálogo también es más factible comprender el sentido de las normas. Es decir, no ver solo el aspecto de prohibición de la norma, sino comprender aquellos bienes que se están protegiendo con la misma y que son de interés de todos. A su vez, comprendiendo su sentido se puede ser más creativo en la determinación de los diferentes caminos a seguir.

VI. Breve reflexión final

Como afirman Chen *et al.* (2018), hay que ver el *compliance* como una ciencia del comportamiento y no solamente como un ejercicio legal. En estas líneas, se ha intentado poner de manifiesto algunos de los aspectos del comportamiento humano psico-morales y psico-sociales que son relevantes a la hora del cumplimiento normativo en el contexto tan particular de trabajar en una empresa u organización.

Por último, cabe recordar que la empresa no capacita solamente en los entrenamientos sino todos los días, sin proponérselo, con las decisiones que se toman, las recompensas e incentivos que se ofrecen, la comunicación que se establece, la forma en que se evalúa el desempeño, los despidos, los ascensos, etc. Su influencia educadora "por default" es grande. Por ello, es importante destacarla como un actor social relevante en la cultura de trabajo en nuestra sociedad y tener en cuenta que el ciudadano "de a pie" es más receptivo a las normas intra-empresa y a los lineamientos de sus líderes y jefes que, al poder de control y sanción del Estado, porque es en la empresa, su lugar de trabajo, donde se juega el día a día de su supervivencia individual.

VII. Bibliografía

Argyris, Chris, "Good Communication that Blocks Learning", *Harvard Business Review,* julio-agosto 1994, ps. 77-85.

Bazerman, Max - Tenbrunsel, A., "Ethical Breakdowns. Good people often let bad things happen. Why?", *Harvard Business Review*, 89(4):58-65, 2011.

Brown, Marvin T., "The Ethical Process: An Approach to Disagreements and Controversial Issues", Prentice Hall, Pennsylvania, 2002.

Chen, Hui - Soltes, Eugene, "Why Compliance Programs Fail and How to Fix them", *Harvard Business Review,* marzo-abril 2018, ps. 116-125.

Goodpaster, Kenneth, *Conscience and Corporate Culture*, Wiley-Blackwell Publishing, Nueva York, 2007.

ISBEE, "Interview with Henk van Luijk", en *International Society of Business, Economics, and Ethics Newsletter,* vol. 1, nro. 2, 2002, ps. 4-5.

Kennedy, Jessica A. - Anderson, Cameron, "Hierarchical rank and principled dissent: How holding higher rank suppresses objection to unethical practices", *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 139, 2017, ps. 30-49.

Knouse, Stephen - Giacalone, R., "The Six Components of a Successful Ethics Training", *Business & Society Review* (00453609). Summer 96, Issue 98, 1996, p. 10.

Ovejero, A., extracto de la "Teoría de la disonancia cognoscitiva" de la obra de León Festinger, *Psicothema*, vol. 5, nro. 1, 1993, ps. 201-206.

Paine, Lynn S., "Ethics as Character Development. Reflections on the Objective of Ethics Education", *The Ruffin Series in Business Ethics*, 1991, ps. 67-86, DOI: 10.5840/ruffinoup199122.

– "Managing for Organizational Integrity", *Harvard Business Review*, 72, nro. 2, 1994, ps. 106-117.

Patterson, Susan, "Ethics Training: Tips to design a program that works", *Institute of Management and Administration' s Report on Managing Training & Development*, New York, 2003, ps. 1-5.

Preziosa, María Marta, *La mentalidad compartida en la empresa*, Teseo, Buenos Aires, 2016.

– "*Compliance* o la cercanía de la ley", *Revista Portal Empresa de ACDE*, 2017, disponible en:

http://empresa.org.ar/2016/compliance-o-la-cercania-de-la-ley/.

– "El silencio moral y el habla del sentido común", *Revista Portal Empresa de ACDE*, disponible en: *http://empresa.org.ar/2017/el-silencio-moral-y-el-habla-del-sentido-comun/*.

Schein, Edgar, *The Corporate Culture Survival Guide- Sense and Nonsense About Culture Change,* Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1999.

Schmidt, Eduardo, *Ética y negocios para América Latina*, Universidad del Pacífico, 1993, Lima.

Tenbrunsel, Ann - Messick, D., "Ethical Fading: The Role of Self-Deception in Unethical Behavior", *Social Justice Research*, vol. 17, nro. 2, 2004, ps. 223-236.

US Department of Justice, "Criminal Division, Fraud Section, 'Evaluation of Corporate Compliance Programs'", 2017, disponible en: en *https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download.*

Verhezen, Paul, "Giving Voice in a Culture of Silence. From a Culture of Compliance to a Culture of Integrity", *Journal of Business Ethics,* nro. 96, 2010, ps. 187-206.

Zyglidopoulos, Stelios. C. - Fleming, P. - Rothenberg, S., "Rationalization, Overcompensation and the Escalation of Corruption in Organizations", *Journal of Business Ethics*, vol. 84, 2008, ps. 65-73.

La toma de decisiones en *compliance*

POR **TOMÁS THIBAUD** (*)

Para dar comienzo a este artículo preciso manifestar en primer lugar que *compliance* es un término que va más allá de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Compliance* es una materia que mira a la compañía y a los negocios en todos sus niveles de una manera transversal y holística.

Asimismo, debo decir que las decisiones en materia de *compliance* no se limitan a decidir si una situación es corrupta o no, o si un pago es un soborno o no lo es. Las decisiones de *compliance* son mucho más abarcativas, y más complejas que evaluar un pago indebido. Muchas veces se utiliza a los expertos de *compliance* o a sus procesos y reglas, para buscar el "deber ser" o para tomar la mejor decisión que logre posicionar a la empresa de una forma más responsable o de conciencia humana.

Las decisiones de *compliance* muchas veces no son la decisión de una sola persona sino la expresión de una cultura empresarial de cómo hacer las cosas. Estas decisiones no deben ser tomadas exclusivamente por el *compliance Officer* sino por cada uno de los empleados de una empresa. Creo que si el único que pudiera decidir si una acción es correcta o incorrecta en términos de *compliance* fuera una sola persona, la empresa estaría frente a un gran problema. Las decisiones de negocios no pueden dejarse al arbitrio de una sola persona, y mucho menos de una persona que posiblemente no venga de la esfera del mundo de los negocios, pues las empresas están justamente para hacer negocios y eso es indiscutible. Los *compliance officers* debemos ser facilitadores de decisiones por sobre decisores finales. Debemos ser buenos consejeros con el mayor conocimiento posible de las cuestiones comerciales, pero al mismo tiempo independientes para lograr una opinión lo más objetiva posible.

I. Análisis de riesgo

Recuerdo varios años atrás cuando comenzaba a trabajar en la creación de cultura de *compliance* en mi rol de abogado de empresa y debía dar entrenamientos a los empleados de la compañía sobre la ley de prácticas corruptas a oficiales extranjeros (FCPA). Dichas presentaciones daban un entendimiento general del

---

(*) Director de Asuntos Legales, *Compliance* y Relaciones con Gobierno de 3M Argentina y 3M Uruguay. Miembro del Board of Directors de la Association of Corporate Counsel (ACC) para el Capítulo de Argentina. Presidente de la Red de Profesionales de Abogados de Empresas de IDEA.

Es abogado, graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y tiene un Premáster del Programa de Profundización en la Problemática de la Empresa, dictado por la Universidad Austral. Máster en Derecho Empresario —2014-2015— de la Universidad Austral (Tesis pendiente). Diplomatura en *Compliance* de la Universidad Austral (2015-2016).

Participó en el "Primer Congreso Latinoamericano de Ética, Transparencia y *Compliance* Anticorrupción" con una ponencia sobre "Cómo cumplir y ser competitivo en América Latina". Ha sido disertante en la Conferencia Anual 2015 del Centro de Gobernabilidad y Transparencia - IAE. En 2016 ha brindado una ponencia a la Oficina Anticorrupción de la Nación en temas anticorrupción y Programas de *Compliance* en las empresas. En 2017 ha sido incluido en la distinguida lista de "General Counsel Power List para Argentina of The Legal 500".

alcance normativo y de las implicancias que significaban, pero las mismas tenían también un contenido que permitía a los empleados tener un conocimiento más acabado sobre los riesgos. Es que reitero, las empresas nacen para generar riquezas o soluciones, llámese como se llame, nacen para vender productos o servicios, aunque de a poco se va desparramando más la noción de la acción social que una empresa debe cumplir a través de sus políticas de Responsabilidad Social Empresaria, ya sea con la comunidad que la rodea o con el medio ambiente.

No hay dudas que para crecer como empresa hay que asumir riesgos y que el no asumir riesgos impide el crecimiento. Esto se ve quizás más claramente cuando hablamos de emprendedores o de pequeñas y medianas empresas, donde la cercanía con los riesgos y los desafíos está más a flor de piel.

No quisiera que se mal interprete. Los riesgos no son aquellos que uno asume cuando hace algo mal. Hay riesgos también cuando uno hace lo correcto. Cuando uno cumple normas éticas. Hay riesgos de negocios aun con un sólido plan estratégico. Las empresas comercializan productos a terceros ajenos a la misma, y el lanzamiento de un producto nuevo e innovador es un riesgo de por sí. También hay riegos cuando uno lanza al mercado productos, o servicios que, cumpliendo con todos los requisitos, no evitan el modo en que un tercero utilizara el producto con un eventual riesgo intrínseco. Hay riesgo también cuando uno publica algo, ya sea de forma personal o en nombre de la empresa, en una red social, o en un medio de comunicación, por ejemplo. Hay riesgos cuando uno habla, escribe o se manifiesta. No todos los seres humanos pensamos del mismo modo, y ese hecho produce que la misma opinión pueda significar un riesgo de recibir como respuesta una opinión distinta y a veces opiniones ligeras e infundadas que generan daño.

He comentado anteriormente que los temas de *compliance* no se limitan a temas de corrupción. *Compliance* es cumplimiento, es comportamiento, es cultura. En cualquier actividad que nos desarrollemos existirán riesgos. Claro, cada actividad quizás con un riesgo o alcance particular y distinto a otra.

Habiendo aclarado esto, puedo decir que quien busca un crecimiento, ya sea económico, comercial o intelectual, precisa antes entender cómo lograrlo, y en la generalidad de las veces significará hacer algo nuevo, hacer algo distinto. Es muy difícil crecer y dar un salto haciendo lo mismo que siempre se hizo. Y si deseamos ese crecimiento, si buscamos hacer algo de un modo distinto, seguramente debamos asumir riesgos.

Es por ello que en las presentaciones para una generación de cultura en *compliance*, debemos aclarar que las empresas no deseamos quedarnos inmóviles por temor. No deseamos paralizarnos. Por el contrario, las empresas y quienes las componemos, tenemos un alto deseo de crecimiento, y un ejercicio diario en el análisis de riesgos. Refuerzo este punto también, pues cuando comenzábamos a desparramar la cultura de *compliance*, mucho antes que esta ley entrara en vigencia, había una creencia en que las empresas que promulgábamos la cultura de *compliance* pretendíamos no asumir riesgos, y pretendíamos no competir o, permitir que el eventual competidor que no compartiera nuestra misma cultura ganase el negocio o nos ganara mercado. Eso no es cierto. Eso es una falacia. Considerar que las empresas que tienen normas de *compliance* robustas, tienden a perder negocios en manos de competidores que prefieren otros comportamientos está muy alejado de la verdad y de la realidad. Considero eso una excusa simplista. Más aún, considero que quienes tienen Programas de Integridad robustos, y que trabajan en su cultura de *compliance*, tienen más ventajas frente a sus competidores que los que muchos creen, y no por atender temas de transparencia y dedicarle tiempo al asunto dejan de ser competitivas, sino todo lo contrario.

Probablemente antes de leer este artículo, hayas oído hablar de la ventaja competitiva que genera la transparencia. Es así. No solo lo ratifico, sino que también tengo ejemplos concretos, y verídicos, adicionales a los Estudios de importantes entidades que ya lo han expresado en infinidad de documentos. Puedo comprender que las empresas o empresarios no transparentes hayan ganado muchos negocios basados en sobornos o en actos corruptos pero eso es un capítulo aparte, y considero que tarde

o temprano eso cae. Algunos con consecuencias más gravosas que otros dependiendo del juzgamiento que se haga.

Volviendo al punto, los riesgos son necesarios, y es ahí donde los procesos de decisión generan un rol trascendente en el mundo de los negocios y la transparencia. Hay riesgos asumibles, y hay otros que no se pueden asumir, siquiera pensar. Hay riesgos de negocios en decisiones correctas, pero existen también las decisiones de tomar un camino incorrecto asumiendo un mayor riesgo, o los que muchos creemos, un riesgo no asumible o intolerable. Cada uno debe asumir la debida responsabilidad de sus propias decisiones.

Los líderes de negocio y sus equipos deben planear y liderar todo tipo de riesgos que impliquen un crecimiento. Es correcto que los negocios piensen en arriesgar pues eso muestra su intención de crecer. Es importante que se haga un análisis de riesgo de las situaciones y que los mismos líderes tengan la capacidad de discernir entre los distintos tipos de riesgo, los asumibles y los intolerables.

Tiempo atrás quienes analizaban los riesgos de realizar un negocio o de asociarse con un tercero se limitaban a cuestiones financieras, a ver sus estados contables, sus garantías, su capital o extractos bancarios. Un análisis puramente económico y financiero, considerando que el riesgo era que el socio, distribuidor, o cliente no pagara una deuda. Pero hay mayores riesgos que el no pago de una deuda cuando se decide asociarse con un tercero, y las consecuencias pueden resultar mucho más gravosas. Tener un socio que cometa actos indebidos, o utilizar a un tercero como medio para realizar actos inapropiados o corruptos, es un riesgo infinitamente mayor que los riesgos financieros tradicionales, por tanto debe prestárseles mayor atención y análisis. Los riesgos de *compliance* exceden los riesgos tradicionales. Un programa de *compliance* y un análisis de riesgo precisa también un análisis mayor sobre los terceros con los que uno se relaciona, y es allí donde también deben tomarse decisiones de *compliance*. ¿Quién quisieras que sea tu socio comercial?, ¿Cuáles son las condiciones que habría que exigir?, ¿Cuáles son las acciones para mitigar el riesgo? Cuando se analizan proveedores sucede lo mismo. Es falso creer que el proveedor que cotiza el precio más bajo es realmente el más económico, si no se hizo un análisis de riesgo más amplio. Es incorrecto decidir únicamente por una cuestión de precio, cuando hay costos ocultos que pueden generar una pérdida aún mayor.

Cuando se habla de riesgos o de costos como consecuencias de una decisión en contra de las normas de *compliance*, no hablamos solamente de consecuencias para la empresa sino también para las personas individuales. Las decisiones de *compliance* o el conocimiento de las políticas de la empresa no son responsabilidad de una persona sino de todos, y lo mismo ocurre con las consecuencias. Una decisión mal tomada en el ámbito de la transparencia afecta a todos los miembros de la empresa y hasta puede afectar también a otros terceros que trabajen o se relacionen con ella.

Trabajar en una empresa que tiene esto claro y dentro de sus valores, permite que el trabajo sea más sencillo y que los empleados tengan mayor tranquilidad, consecuentemente que se obtengan mejores resultados. La tranquilidad de conciencia de los empleados y su intención de trabajar en la empresa, es una de las ventajas competitivas ocultas más importantes que logran las conductas y decisiones apropiadas.

Posiblemente las empresas ante actos corruptos pueden tener graves consecuencias, pero las consecuencias de las personas y las familias se torna inmensurable. Esto no es un lugar común. Es una realidad. Los invito tan solo a observar cómo se sienten y se expresan las personas individuales que, no digo hayan ido a prisión por actos de corrupción, limitémonos tan solo a quienes han sido investigados, han sido foco de investigación, o ha sido publicado su nombre en medios de comunicación masiva. Veamos cómo afecta a una persona individual, un procesamiento judicial, o tan solo una investigación interna de la empresa con investigadores especializados. Preguntémosle a la madre, abuela o demás familiares de una persona investigada por corrupción cómo se siente. Consultémosle cómo ha cambiado su círculo íntimo, o sus relaciones de amistad. Si aún continúan teniendo el mismo apoyo de siempre por parte de su círculo no tan íntimo. Para quienes creemos en las relaciones humanas, y en la vida

en sociedad, ésta es una de las consecuencias a las que posiblemente más debamos respetar.

Lo mismo sucede para quienes nos apasiona trabajar en la formación de equipos, en la creación de líderes o de jóvenes profesionales. Hay mucha gente que confía en otros, y que luego por una decisión incorrecta, pierden todo tipo de confianza, de respeto. Los supervisores muchas veces no nos damos cuenta el rol que cumplimos, y cómo impactan nuestras decisiones y sus consecuencias en otras personas.

II. Procesos de decisión

Las distintas decisiones que se deben tomar en el mundo empresario son más ricas y sanas si se logran en equipo. Puede ser que siempre haya un líder o un funcionario que tenga la decisión final, pero previo a ello es mejor nutrirse de otros y participar abiertamente en una mesa de discusión.

Así cuando se crea un nuevo producto, a veces surge de una idea aislada de una única persona, pero muchas otras surgen de la interacción entre distintos profesionales que plantean necesidades y soluciones diferentes. Lo mismo ocurre en las decisiones de *compliance*, puede que sea una sola persona quien tome la decisión en el día a día, pero dependiendo de su impacto muchas veces es tomada o al menos analizada entre varios.

Es importante entender en qué etapa de desarrollo en aspectos de transparencia se encuentra la empresa y su cultura. Pueden existir empresas que vengan hablando de transparencia desde hace años, y otras no solo que no hablan, sino que llevan en su modo de hacer negocios, una cultura no tan alineada con aquella que promulgan las normas de *compliance*. También en el primer grupo pueden aparecer las empresas con una alta conciencia de transparencia, aunque con una estructura pequeña, que no le permita tener procesos de decisión con tantos participantes sino más bien decisiones que se toman entre una o dos personas. Eso no debiera ser una limitante, pues cada programa de cumplimiento debiera ajustarse a la realidad de cada empresa, y no se pretende que en empresas unipersonales existan varios comités ni equipos, pero sí que se tengan conductas transparentes sin importar la cantidad de socios o empleados.

He manifestado que si una empresa depende de su *compliance officer* para tomar una decisión, es un indicio de que no se ha trabajado debidamente en la creación de una cultura donde todos los empleados pueden discernir entre lo correcto y lo incorrecto. El *compliance officer* puede ser muy útil en la creación de cultura, en el dictado de cursos y entrenamientos, en facilitar el proceso decisorio, y en saber detectar en qué momento es necesaria una mayor participación de su parte. Con esto quiero decir, que, si el *compliance officer* es siempre el que decide, y no permite que el resto de los empleados puedan trabajar sobre su proceso decisorio tanto interno como externo, nunca se va a poder crear la cultura necesaria para que todos tengan capacidad de discernir. Considero que es más útil tener un *compliance officer* que trabaje en la generación de cultura logrando transmitir el mensaje a otros que luego se transformen en embajadores de esas decisiones correctas, antes que ser un empleado que se limite a ser juez o policía dentro de la empresa, o el único con capacidad entrenada de discernir entre lo correcto e incorrecto.

Es así, que, si bien sabemos que los negocios tienen riesgos, son los mismos líderes quienes deben trabajar con sus equipos en la creación de un plan estratégico, o en el desarrollo de un negocio. Las distintas gerencias o los equipos, dependiendo la magnitud de la empresa, deben tener los canales de comunicación y decisión aceitados de tal modo que sea aceptable que todos puedan opinar sobre los riesgos que se presentan, y que cualquier empleado pueda manifestar su incomodidad o advertencia sobre algún asunto, aunque quien esté en frente sea un supervisor, jefe o superior. La cultura de *compliance*, como los procesos de decisión, precisan canales de comunicación transparentes, y eliminación de temores a cualquier tipo de represalia. En esos canales de comunicación se incluyen los espacios y herramientas para realizar denuncias anónimas a fin de evitar el temor de la gente a hablar.

Hace un tiempo no muy lejano me han preguntado ¿Qué es lo más retador y que más te recompensa de tu posición?

A lo que respondí que lo que más me recompensa es que las personas vengan sin temor, a consultar, pues eso es una demostración clara de la transparencia que existe en el dialogo. Que sepan que no hay represalias ante las consultas o reportes, sino que, todo lo contrario, es una forma de trabajar en conjunto para lograr negocios saludables a largo plazo. Cuando una empresa viene hablando de *compliance* desde su gestación, los casos de análisis que se presentan pueden tener mayores desafíos, ya que es menos frecuente que aparezcan consultas simples que cualquiera de los empleados que viva el Código de Conducta puede dilucidar si es correcto o no. Llega un momento en que toda la organización sabe lo que está bien y lo que está mal (los entrenamientos y ejercicios brindan esas pautas de discernimiento). Los planteos que surgen a medida que una empresa crece en transparencia, se tornan más difíciles, pues comienzan a considerarse cada vez con mayor detalle. Es ahí cuando el Comité de *Compliance* cumple su rol fundamental siendo un espacio en el que se plantean distintas posiciones y no una única verdad.

Esa respuesta que he dado me permitió en breves líneas expresar la importancia de la cultura de *compliance* al momento de tomar decisiones en este ámbito, como asimismo introducir la ventaja de contar con un Comité de Cumplimiento. Agrego asimismo que la falta de transparencia en el diálogo mata las ideas. Esto es, si se quiere ser una empresa innovadora o se desea que los empleados piensen nuevas ideas, no se les puede coartar el ingenio con respuestas desmotivadoras. La apertura al dialogo debe permitir que cualquiera pueda plantear ideas sin temor y de una manera franca. Eso hará que de varias ideas esbozadas quizás alguna sea disruptiva, innovadora y exitosa.

El Comité de Cumplimiento puede tornarse en la herramienta perfecta al momento de tomar decisiones relativas a *compliance*. Dependerá también, lógicamente, de cómo está compuesto ese Comité. Lo recomendable es que los miembros cumplan distintos roles en la empresa, es decir que pertenezcan a distintas áreas de *expertise,* y a la vez que tengan el *seniority* suficiente como para poder brindar opinión sin limitaciones ni temores. Dependiendo del rubro en el que se desarrolle la empresa, puede ser recomendable que el Comité este compuesto por representantes de áreas como Legales; Finanzas; *compliance*; Negocios; Recursos Humanos. Asimismo, los miembros pueden ser parte del órgano de dirección de la empresa, o mezclarse también con empleados que no estén en el directorio. Lo importante es que por lo menos algunos de sus miembros sí sean parte del directorio, pues serán los encargados de entender el curso del Comité, de comprender el camino de la empresa, de llevar el mensaje al resto del órgano de dirección, de liderar el Comité, y de hacer de nexo entre los altos rangos de la empresa y los líderes de la gerencia.

Al mismo tiempo, considero que también es importante que el Comité de Cumplimiento no esté compuesto única y exclusivamente por miembros del Órgano de Dirección, pues tener en el Comité a representantes del nivel gerencial, permite que el Comité no sea inaccesible ni lejano al resto de los miembros de la empresa. Del mismo modo ayuda a que el desafío por generar una filosofía de *Tone at the Top* no haga que se pierda de foco la necesidad de existencia de *Tone at the Middle*. Ambos tonos son bien importantes, y no debiera primar uno sobre otro, sino que cada uno se nutre sinérgicamente. Es importante para el Comité conocer qué es lo que está sucediendo en la empresa y cómo son entendidas y difundidas sus medidas o decisiones.

Contar con miembros de distintos niveles de liderazgo, ayuda entonces a tener un Comité más diverso e informado. Hablando de diversidad es bien importante la misma. En el Comité de *Compliance* se pueden tratar temas bien diversos, y tener distintas voces ayuda a tomar mejores decisiones y brindar dictámenes más justos. Me refiero a la diversidad en todo aspecto, ya sea de género, de profesión, de *expertise*, de liderazgo, de pensamiento y de cualquier otra forma que fuera posible. Cuanto más diverso, mejor. Cada individuo es distinto. Cada profesional tiene una estructura de análisis y pensamiento diferente. Las decisiones que contienen condimentos diversos son las más positivas.

Cuando hay decisiones difíciles que pueden llegar como consulta al departamento de *compliance*, de Legales, de Recursos Humanos, de

Finanzas o de cualquier otra área, contar con el Comité de *Compliance* es una ventaja inmejorable. Mismo para el *compliance officer* puede transformarse en una ventaja, pues como venía comentando, las decisiones de *compliance*, en empresas que son cada vez más humanas, son muy difíciles. Ya no basta con hacer lo que es legal o lo que el Código de cumplimiento o las políticas dicen, sino que hoy hay que ir por el *extra mile*. Es ahí cuando la discusión de temas se hace más nutrida.

Un abogado tendrá facilidad para opinar si algo es legal o ilegal; un *compliance officer* puede opinar si algo se ajusta al Código de Conducta o no; pero un Comité de Cumplimiento, puede tomar ambas opiniones, unirlas con las opiniones de otras áreas, juntarlas con la visión del negocio, discutirla entre opiniones diversas y crear una solución más compleja que no se limite solo a un "sí", a un "no", o a un "tal vez". Siempre hay alternativas para pensar soluciones que estén fuera de lo habitual, y esas soluciones innovadoras, que permiten cumplir, respetar las normas, ser legítimas, y a la vez dar una respuesta satisfactoria a quien consulta, son las que nos hacen crecer como personas, como profesionales, y como empresas.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, hay varios espacios dónde se pueden tomar decisiones de *compliance*. Ya vimos que no es el *compliance officer* el único que las toma, más bien el que menos debe tomarlas, desde mi punto de vista, aunque siempre estar presente para colaborar y dar su opinión. Le tocará al *compliance officer* más de una vez, tomar la decisión en temas delicados, y aplicar las medidas apropiadas en caso que haya existido un apartamiento de la norma, pero eso no debiera ser lo habitual sino la excepción.

Ya vimos también que el Comité de Cumplimiento es un espacio de excelente valor para tratar estos temas, discernir y tomar la mejor decisión con el aporte de todos sus miembros.

También cada área puede tener su canal o su espacio de toma de decisiones. Una gerencia tiene varios miembros, y si ellos comparten la cultura de *compliance* van a saber cómo trabajar las decisiones difíciles que se le interpongan en la vida de los negocios, sin necesidad quizás de ir al departamento de *compliance*, o mejor aún, poder ir a dicho departamento a plantear varias alternativas o solicitar opinión sobre alguna solución o una decisión en vista de implementarse.

Suele pasarme en mi rol de *compliance officer,* que venga un empleado de la empresa a consultarme si puede hacer tal o cual cosa. Hay situaciones que generan satisfacción en este rol, como por ejemplo que vengan a contar que van a realizar tal acción, y que la idea original era otra, pero que luego de un análisis detectaron un mejor camino. O cuando vienen a plantear un proyecto, pero me cuentan que el director del área solicitó que primero se consiga la opinión de *compliance*. Esto último es gratificante no por el hecho que *compliance* se transforma en una oficina notarial, sino porque se demuestra que en la empresa hay una cultura de cumplimiento, cuando todos, en distintos niveles se toman el momento para detenerse y pensar si lo que van a hacer, es acorde a las políticas de la empresa o no. Me veo en la obligación de reiterar que cuando me refiero a *compliance* no me refiero a sobornos o actos de corrupción únicamente. *Compliance* es mucho más que ello, por tanto, la consulta del negocio cuando tiene una duda de *compliance* puede ser sobre cualquiera de las políticas de la empresa.

III. ¿A quién corresponde la función de *compliance*?

El análisis me lleva a introducir otra cuestión respecto a si es correcto que las funciones de legales y *compliance* sean responsabilidad de la misma persona. Comentaba que las normas de *compliance* deben ser conocidas y promovidas por todos. Especialmente los valores que promulga la empresa. Asimismo, que dependerá de la estructura de cada empresa, la cantidad de empleados y la división de funciones lo que hará que sea apropiado o no tal asunto.

Vuelvo a plantear el caso de los emprendedores o las pequeñas y medianas empresas donde no hay más que uno, cinco o diez empleados. Podría estar en cabeza de una misma persona varias funciones. No hay otra opción. Es así. Y dichas empresas hasta pueden estar mejor preparadas para la ley de responsabilidad penal empresaria, si cuentan con un programa de in-

tegridad a su medida, si tienen los valores éticos bien definidos, y si cumplen con ellos y los promulgan.

Existe cierta crítica a que las funciones de legales y *compliance* sean responsabilidad de la misma persona. Lo cierto es que hay opiniones diversas y eso se da porque cada empresa desarrolla su estructura según sus negocios, cantidad de personal, riesgos a los que se enfrenta, y por sobre todo valores o políticas internas.

En mi opinión, el respeto por los valores de la compañía y sus políticas, no pasa por quién tiene puesto el sombrero, y si tiene uno o dos sombreros a la vez, sino por la cultura de transparencia con la que se viva. Así pueden existir empresas que tengan un Código de Conducta redactado en forma excelente, pero que en la práctica no se aplique, o empresas que, al contrario, no tengan un Código de Conducta vigente, pero que los valores y la transparencia estén más vigentes que en otras compañías con manuales "perfectos".

Dicho esto, considero que depende del contexto de la empresa en que se desarrolla la función y qué es lo que la empresa considera es la mejor opción para evitar los riesgos de *compliance*, que sin dudas son muy significativos.

El sombrero de *compliance* debe llevarlo alguien, varios y todos. Si trabajamos dentro de una empresa que lleva la transparencia en sus entrañas, entonces no habrá inconveniente en que ese sombrero lo lleve el responsable de legales, de Finanzas, de RRHH, cualquier otro, o hasta el mismo presidente. Respecto al presidente, alguno podría referir que el *compliance officer* debe tener independencia de aquel. Estoy de acuerdo, pero en empresas más pequeñas eso puede no ser posible. Adicionalmente el presidente puede ser el mayor interesado en promover la transparencia y de tal modo ser el mejor embajador, el referente, quien baje la voz más fuerte. Hay situaciones donde los procesos son más valiosos que las personas en temas de control, pero no por ello vamos a negar que existen personas con marcados atributos de liderazgo y transparencia que contagian una cultura aún más fuerte que los procesos o a pesar de ellos. Posiblemente ese líder tenga habilidad para empujar a la organización a mejorar los procesos mismos. Si toda la empresa conoce cuáles son las reglas, quien lleve la responsabilidad de *compliance* será tan solo una guía para colaborar en que el resto de los empleados analice el riesgo de cada acción de la manera correcta, teniendo espacio en su agenda a analizar comportamientos y decisiones de un modo transversal. De hecho, ya he manifestado que el *compliance officer* no es ni el primero ni el último responsable de las acciones y decisiones que tomen otros miembros de la empresa. El *compliance officer* tiene la obligación de promulgar valores, de enseñar las políticas, y de ayudar a que los demás empleados vayan por el camino correcto. Pero puede ocurrir que el *compliance officer* haya hecho los mayores esfuerzos para una buena comunicación y empuje de cultura transparente, mismo que la empresa haya marcado el camino desde sus más altas autoridades enseñando con el ejemplo y aplicando el tono en lo más alto, que se hayan establecido mecanismos de control y procesos de entrenamiento, pero que sin embargo aparezca una persona que se aparte de las normas y que incumpla las políticas.

Insisto, entonces, que las características propias de la empresa juegan un rol importante en definir quién debe ser el responsable de cada función, sin existir una única receta válida. A veces las funciones deben ponerse en cabeza de personas diferentes para pasar un mensaje, o simplemente por una cuestión de cantidad de tareas, otras veces también puede ocurrir por controles cruzados, o por los riesgos del mercado en el que se desenvuelve.

Aún más, las empresas van creciendo en la creación de programas de integridad, y los empleados comprenden cada vez más los valores que los guían. La función del *compliance officer* puede haber comenzado hace años como la de quien implementa un programa y genera cultura, pero una vez que ese paso ya se cumplió, la función de *compliance* puede ir mutando o creciendo, y cada vez se buscan objetivos nuevos, se busca meterse aún más en las entrañas del negocio. Las empresas no son estáticas. Van mutando. Van creciendo. Lo mismo sus funciones y funcionarios. Hoy se ven muchos *compliance officers* que no vienen del mundo del derecho. Comenzaron apareciendo quienes venían de las finanzas pues conocen bien los

procesos de control interno, y la registración en libros contables, como asimismo tienen facilidad para comprender el análisis de costo de los negocios. Junto con los abogados han sido los primeros en ocupar estas posiciones. Sin perjuicio de ello podemos encontrar hoy día en grandes empresas la intención de ir brindando la posición del *Compliance Contact* o *compliance officers* a otras áreas de las empresas que antes era impensado. Hay compañías que ven la posición de *compliance* como un área de desarrollo de sus líderes, ya que es un área que tiene una visión transversal de la compañía y que adicionalmente sirve para la generación de cultura y de valores. Llegará el día que cualquier líder de empresa haya pasado probablemente por la función de *compliance officer,* o al menos haya participado como miembro activo de un Comité de *Compliance*. Las decisiones de *compliance* forman a las personas y enseñan a pensar sin prejuicios, poniendo el foco en lo correcto y lo incorrecto.

A la vez el *compliance officer* debe ser una persona criteriosa y tener el más común de los sentidos. Debe tener capacidad de análisis de riesgo, y cierta flexibilidad para no transformarse en una persona negativa que nadie quiera consultar, pues en caso de no ser consultado, ya sea por temor, o por creer que siempre dirá que "no", perdería toda finalidad su existencia y su función. El *compliance officer* está para promulgar una cultura, pero a la vez para guiar que los negocios sean realizados de la manera correcta. Me he referido a "guiar" y no a "prohibir", aunque ciertas veces esto último sea necesario. Hay veces que pueden presentarse dudas sobre si una situación es correcta o no, y eso está bien. Quien se detiene a pensar si algo es correcto o no, es justamente porque se da tiempo a que se enciendan las alarmas. Las cosas no siempre son tan automáticas y es allí donde el *compliance officer* puede brindar su asesoramiento, en protección de la compañía, del individuo que consulta, y del resto de los empleados que componen la empresa.

Cuando todos dentro de la compañía manejamos los mismos valores y políticas, es todo más simple. Sin importar la función que tenga cada uno, todos hablamos el mismo idioma. Así como los abogados pueden ser auxiliares de justicia y trabajar para una sociedad más justa, los *compliance officers* pueden ser auxiliares de la transparencia y trabajar para una sociedad más ética.

IV. Los valores facilitan la toma de mejores decisiones

Un buen programa de *compliance* debe estar basado en valores que guíen y sirvan de sostén en la toma de decisiones. Esos valores van a facilitar el desarrollo de la empresa y la toma de decisiones correctas. Si bien cada empresa puede tener sus propios valores, aquí cito algunos como ejemplo:

— Sea Correcto.

— Sea Honesto.

— Sea Justo e Imparcial.

— Sea Leal.

— Sea Preciso.

— Sea Respetuoso.

Una vez definidos los valores, los mismos guiarán todas las decisiones.

Cuando hay que tomar decisiones de *compliance*, hay que conocer si las mismas se adaptaran a las normas internacionales, luego a las normas locales, a la ley, a las reglamentaciones, a los procesos internos, a las políticas internas y al Código de Conducta. Pero como bien sabemos, puede ocurrir que muchas veces deban tomarse decisiones cuya respuesta no vamos a encontrar en un manual, un código ni una ley. Más aún pueden existir decisiones legales y legítimas, pero que no están a la altura de poder soportar el escrutinio público en un determinado contexto. Es por lo que, ante situaciones difíciles, muchas veces se plantea, si a pesar de tomar una decisión legal, sigue sin embargo siendo la mejor decisión.

Son los valores que compartimos en la empresa los que nos van a ayudar a tomar esas decisiones difíciles. No se busca una decisión legal pero fría. Se busca la mejor decisión. Las empresas cada vez más piensan en los impactos que sus decisiones y acciones generarán en la comunidad, más allá de que sean legalmente válidas.

Si aún así, hay dudas en la decisión que se está tomando, hay tres preguntas básicas y muy sencillas que nos van a poder ayudar a entender si es correcta la decisión que estaríamos tomando.

1. ¿Esta acción es consistente con los valores de la empresa de no comprometer la honestidad y la integridad?

2. ¿Esta acción protegerá la reputación de la empresa como una empresa ética?

3. ¿Esta acción puede soportar el escrutinio público?

Si alguna de esas tres preguntas no se responden con un rápido "sí", entonces hay algo que merece mayor análisis y seguramente un cambio de decisión.

En *compliance* hay muchas decisiones que pueden tomarse haciéndote una pregunta simple pero que a veces no nos tomamos el tiempo de hacérnosla: ¿qué pensarán mi familia y mis amigos de esta acción? O más aún: ¿qué pensaré yo mismo de esta decisión en un tiempo?

Luego viene la parte más difícil. El tratar de dilucidar qué hacer si una de esas preguntas no es positiva. Se plantean desde situaciones en las que uno quiere dar soluciones, pero a veces no se puede. Situaciones en las que uno piensa que está siendo más estricto de lo que debe. O situaciones donde el temor a tomar una decisión puede paralizar.

Seguramente si se llega a esta instancia es porque estaríamos ante situaciones complejas por más que tengan una apariencia sencilla. A veces las decisiones que más sencillas parecen, son las que luego significan consecuencias más difíciles. Es allí donde lo mejor es conversar el asunto con algún par o con algún superior. También llevar el caso al responsable del área de *compliance* o al Comité de *Compliance*. Aparece en estas situaciones también la ventaja de las empresas grandes, con estructura y con procesos, que tienen presencia en otros países, pues seguramente se pueda estar hablando de alguna situación que otro ya haya vivido, y la experiencia puede ayudar a resolver el caso teniendo también en cuenta las particularidades del mismo.

Otra máxima para la toma de decisiones en este ámbito es que si el decisor por algún motivo tiene dudas, lo recomendable es frenar, pensar y no hacerlo si las dudas continúan (*if you doubt, don't do it*). No lo hagas. Quizás en otras materias avanzar ante dudas genere algunos riesgos que tengan solución. En *compliance*, no atender a esas dudas puede llevarnos a situaciones realmente gravosas. Una decisión tardía, y consultada con un experto, vale más que una decisión apresurada e incorrecta.

V. Pequeñas empresas o grandes empresas

Todos los comentarios expresados en este artículo son aplicables en mayor o menor medida a cualquier estructura empresarial. Han notado que no he limitado mis comentarios a las distintas empresas según su tamaño, sino por el contrario he tratado de buscar el modo de comentarlo para que no sean limitados ni a las grandes ni a las pequeñas. Hago los siguientes comentarios a fin de que no queden dudas.

Las normas de *compliance* no son solo para unas empresas y no para otras. Varias veces me comentaron que las empresas más grandes tienen mayor espalda financiera para soportar propuestas o manejos incorrectos. Considero que soportar esa manifestación es peligroso. Las empresas no son más o menos transparentes por la cantidad de empleados que tiene. Las empresas son transparentes por los valores que promulga, por las políticas que predica, y por la cultura que ha creado. No se puede permitir que se diga que una empresa tiene más facilidades en este respecto cuando es más grande o menos facilidades cuando es más pequeña. Entiendo el punto que puede ocurrir que a una empresa pequeña le resulte más difícil soportar el atraso de un pago por un servicio brindado o por un producto vendido. Lo mismo a una empresa grande le genera impacto. Más aun, posiblemente la empresa más grande participe de negocios más grandes, y los incobrables que tenga cada una sean proporcional a su giro comercial.

El mensaje que quiero dejar aquí es que la transparencia en los negocios, no dependen del tamaño de la empresa sino de las convicciones de sus líderes. No considerarlo de este modo crearía un espacio de excusas para no hacer lo que se debe, y más aún crearía un espacio de

subjetividades basadas en capacidad de la empresa y cantidad de empleados, o facturación de la misma. He visto cómo pequeñas empresas de uno o dos socios, han rechazado propuestas inaceptables, y lejos de generarles un inconveniente, les genero más negocios, pues la transparencia se valora y no es un mito que es una ventaja competitiva.

Aun las empresas más pequeñas tienen mayor capacidad de reacción, y la posibilidad de que el mensaje de *compliance* llegue con más fuerza a los empleados, puesto que tienen una relación más cercana con el presidente de la compañía o con sus dueños. Si hay una empresa pequeña cuyo dueño establece claramente las reglas, considero que es más sencillo para ella no caer en una situación corrupta que lo que le podría costar a una empresa de mayor envergadura donde el mensaje es más lento, y donde se precisan más sistemas de control, pues el empleado infiel tiene mayores posibilidades de pasar desapercibido entre tantos colegas.

Es cierto que las empresas más grandes tienen mayor estructura y la posibilidad de crear sistemas de control con mayores recursos. De todos modos, esto no pretende ser una discusión sobre a qué empresa le resultará más sencillo o más dificultoso con las normas de *compliance*, sino más bien intento comentar que cada una tendrá sus dificultades, pero no por ello, excusa suficiente para soportar comportamientos corruptos.

Si vos estás leyendo este artículo es porque realmente crees que la transparencia es un valor. Lo que hay que lograr es que la cultura de la transparencia se haga cada vez más fuerte para que todos nos animemos cada vez más a tomar las decisiones correctas sin buscar justificativos que nos empujen hacia otro lado.

El rol del Oficial de Cumplimiento en la Práctica

POR **RAMIRO CABRERO** (*)

I. Introducción

A la luz del aumento en las regulaciones que buscan promover mejores prácticas de transparencia corporativa y, naturalmente, combatir los delitos relacionados mediante la utilización de herramientas cada vez más modernas; sumado a la creciente exigencia ética por parte de todos los actores impactados de manera directa o indirecta por el mundo de los negocios, el riesgo legal y reputacional que enfrentan las compañías se ha vuelto ciertamente estratégico.

Es en este contexto donde el rol del oficial de cumplimiento (o *compliance officer,* según su denominación en inglés) ha tomado un marcado protagonismo a fin de no solo asegurar un riguroso cumplimiento normativo, sino también de fijar los cimientos éticos que permitan que la compañía desarrolle un negocio sustentable en mercados cada vez más competitivos.

El cumplimiento o *compliance*, entendido en su forma más amplia, es la combinación de todos los procesos que permiten a una empresa garantizar el respeto por los valores y la ética fijados por la organización, y reunidos habitualmente en lo que se denomina *programa de cumplimiento*. Esto no significa que dicho programa no deba basarse además en normas internas y respetar las leyes aplicables, sino que un programa basado en valores tiene mayores probabilidades de aterrizar en la organización y ser efectivo.

A continuación, abordaremos cuestiones como el rol específico del oficial de cumplimiento dentro de la empresa, resaltando las habilidades deseadas de quien ocupe dicha función. Luego nos sumergiremos en las cuestiones propias del puesto, partiendo de las decisiones críticas que deberá tomar la organización para delinear la función de cumplimiento y así estimular su éxito (o, contrariamente, garantizar su fracaso).

En el camino repasaremos los contenidos básicos de un programa de cumplimiento, para finalmente arribar a aquellas tareas clave que el oficial de cumplimiento desarrollará en su día a día, incluyendo algunas recomendaciones basadas en la práctica.

II. Características definitorias del rol del oficial de cumplimiento

Como experto en la materia, el oficial de cumplimiento deberá primero definir el ADN de la organización, ponderando variables como el negocio específico que desarrolla la misma, el apetito de riesgo establecido por su órgano de dirección y, fundamentalmente, los valores éticos que se buscan promover y cuidar.

Simultáneamente será responsable de implementar normas y procedimientos destinados a

(*) Abogado graduado de la UBA, con Maestrías en Derecho y Economía por la UTDT y en Dirección de Empresas por UCEMA. Cuenta con diversos estudios de posgrado en Argentina y EE.UU., y con una Certificación Internacional en Ética & *Compliance* otorgada por AAEC-IFCA. Se desempeña como *Chief Compliance Officer* para América Latina en Baker Hughes, a General Electric Company, y es expositor habitual en temas de ética de negocios en diversas universidades e instituciones internacionales.

garantizar que el programa de cumplimiento sea eficaz y eficiente para identificar, prevenir, detectar y corregir las posibles transgresiones a las leyes aplicables y a los valores de la empresa.

Una parte crítica de su rol será adaptar el programa de cumplimiento a los problemas específicos que enfrenta la organización, a su cultura e historia, así como a los riesgos operativos y de reputación.

El oficial de cumplimiento deberá así proporcionar una seguridad razonable a la alta gerencia y al órgano de dirección sobre la existencia de un programa que sea entendido y respetado por todos los empleados y que la organización cumpla con todos los requisitos reglamentarios, comprendiendo que su incumplimiento puede generar sanciones legales y/o administrativas, pérdidas financieras o daños a la imagen y la reputación.

Lejos de ser un trabajo estático, el mayor desafío residirá en ajustar permanentemente el programa al dinamismo del mercado, diseñando o mejorando herramientas para atender a las nuevas complejidades. Recordemos que los principales riesgos mitigados a través de un programa de cumplimiento, como ser la corrupción, tienen un alto grado de mutación y sofisticación, exigiendo a la organización importantes esfuerzos para situarse siempre un paso adelante y evitar transgresiones.

III. Habilidades requeridas para el puesto

Resulta por demás comprensible que el oficial de cumplimiento deba contar con una sólida capacidad técnica que le permita identificar tempranamente los riesgos de la organización, gestionar un programa de cumplimiento adecuado a los mismos y dirimir dilemas éticos. También, como detallaremos más adelante, deberá contar con una aguda visión comercial que le permita comprender en detalle el negocio. Pero eso es solo el comienzo.

Los oficiales de cumplimiento deben poseer, además, grandes habilidades interpersonales a modo de persuadir a las principales partes interesadas, especialmente a la gerencia alta y media, para que se comprometan y dediquen tiempo y recursos a los temas de ética y cumplimiento.

Podemos asegurar que, si un oficial de cumplimiento se sienta en su escritorio y espera escuchar a los empleados sobre los problemas de ética y cumplimiento, el programa será una receta para el desastre, donde la organización con frecuencia verá al oficial de cumplimiento como alguien que solo busca entorpecer irrazonablemente el desarrollo comercial. En estas situaciones, el personal comercial puede buscar eludir los controles de cumplimiento por considerarlos irrelevantes o sin sentido, llevando a la organización a asumir riesgos indeseables.

Contrariamente, si el oficial de cumplimiento es proactivo, involucra al negocio, lo escucha y promueve su éxito, logrará generar una confianza y credibilidad mutua que multiplicará sus esfuerzos. Con esta credibilidad, el oficial de cumplimiento puede realmente involucrar al negocio en la misión de cumplimiento. En otras palabras, al establecer una relación de colaboración respetuosa con las demás áreas de la organización, el oficial puede aprender del negocio y, a su vez, puede educar a los distintos actores sobre la importancia del cumplimiento.

Pero ¿cómo saber si dicha interacción necesaria realmente está sucediendo? Pues bien, un oficial de cumplimiento debiera evaluar una serie de aspectos como, por ejemplo, si tiene un asiento en la mesa de toma de decisiones estratégicas; si proporciona un valor agregado demostrable para el negocio, promoviendo el cumplimiento como una ventaja competitiva frente a los clientes y competidores; o si comprende adecuadamente los objetivos comerciales, las operaciones y los incentivos establecidos por la organización.

El oficial de cumplimiento debe, asimismo, tener sólidas habilidades y cualidades humanas que le permitan asesorar, capacitar y crear conciencia entre los empleados sobre la importancia de la ética y el cumplimiento. Entre ellas, podemos destacar su integridad, de modo que sea un ejemplo para los demás; su carisma, para inspirar y contagiar las ganas de hacer lo correcto; su independencia, para incentivar a que los empleados y terceros le acerquen inquietudes; su capacidad de comunicar efectivamente, para garantizar que el programa se comunique de forma clara, comprendida por cada país, re-

gión o ubicación, y asimilado e integrado por los empleados a los que se dirige; y por sobre todo su liderazgo, para lograr que todo lo anterior fluya con naturalidad.

Ahondando aún más en sus capacidades interpersonales, destacamos que el oficial de cumplimiento tiene que estar conectado a una red interna y externa. Estas redes son muy importantes para mantenerse motivado y desarrollar perspectiva, ya que a menudo podrá sentirse con mucho peso sobre sus hombros a la hora de tomar decisiones difíciles. Recordemos que la función del oficial de cumplimiento con frecuencia debe decidir en base al sentido común y no sobre la claridad de una norma, por lo que su criterio y credibilidad es puesto a prueba en todo momento por las partes interesadas.

En este marco debe desarrollar relaciones y mantener un diálogo fluido con los demás empleados, dedicando especial tiempo y atención a las relaciones importantes: el directorio, el gerente general y los líderes de las distintas áreas. Un oficial de cumplimiento que no puede interactuar con sus contrapartes naturales está condenado a sufrir decepciones. Y, ciertamente, no debiera sentirse orgulloso de que lo perciban como el policía de la empresa. Si bien es un experto en asegurar el cumplimiento de las normas internas y externas, el éxito de un programa no depende de una sola persona, sino de un sostenido y genuino compromiso común.

Por último, destacamos la importancia de que el oficial de cumplimiento se conecte externamente con sus pares en otras empresas. Las redes de pares suelen ser una enorme fuente de información para las mejores prácticas existentes y, a su vez, brindan tranquilidad y convicción a medida que se enfrentan desafíos similares, especialmente para quienes estén dando sus primeros pasos en el rol.

IV. Desafíos esenciales en la delimitación del rol

Es momento de embarcarnos en aquellas cuestiones que, dada su relevancia, seguramente definirán el éxito o fracaso del rol del oficial de cumplimiento y del programa. Resulta comprensible y hasta necesario que un programa de cumplimiento sea ajustado con frecuencia para dar la bienvenida a mejores prácticas. Sin embargo, hay pilares fundamentales que enmarcarán su funcionamiento.

El desafío inicial para el oficial de cumplimiento, como figura central del programa, es comprender qué se espera de él, dependiendo del sector y el tamaño de la empresa. El segundo paso será poner en marcha un programa que refleje debidamente la cultura de la empresa y mitigue adecuadamente los riesgos identificados.

Arribamos de este modo al primer gran desafío: no implementar un programa cosmético o "de papel". Es cierto que la implementación de un programa de cumplimiento se suele dar de manera gradual y, dependiendo de los riesgos de la organización, puede demorar meses o incluso años en alcanzar su estructura y funcionamiento óptimo. Pero ello no deberá motivarse en la falta de convicción o decisión tibia de sus líderes, sino en la propia complejidad de la implementación y puesta a punto. Comprendemos, asimismo, que la empresa, como actor económico, cuenta con recursos escasos. Sin embargo, hay muchas acciones concretas en materia de ética y cumplimiento que se pueden realizar con una muy baja inversión.

Otro desafío habitual para el oficial de cumplimiento es evitar implementar un programa lo suficientemente complicado como para que no sea comprendido con claridad por la totalidad de los empleados, estableciendo procesos de difícil cumplimiento o que, sencillamente, carezcan de sentido común. En este caso, el objetivo del oficial de cumplimiento será poder vincular cada parte del programa con la cultura de la empresa y simplificar sus contenidos para que sean entendidos con claridad, generando confianza y credibilidad.

Seguidamente, trataremos otros desafíos ciertamente críticos que, sin pretender ser taxativos, suelen encontrarse con mucha frecuencia en las empresas, como ser: (i) la inexistencia de un plan estratégico de cumplimiento; (ii) la falta de autoridad e independencia del oficial de cumplimiento; (iii) la existencia de conflictos de interés; (iv) la falta de compromiso gerencial y de liderazgo por parte del directorio; y (v) la escasa asignación de recursos al área de cumplimiento.

La gestión de estos desafíos hace a la naturaleza del rol del oficial de cumplimiento y moldean al programa. Si bien gran parte de los puntos mencionados podrían identificarse y aclararse desde el inicio y no requerir un seguimiento cercano por parte del oficial de cumplimiento, notamos que la dinámica de las empresas (incluyendo cambios en el mercado, reorganizaciones, rotación en posiciones clave, etc.) suele indicar lo contrario.

Comencemos refiriéndonos a la necesidad de aquellos que estrenan su rol de oficial de cumplimiento y no han definido una visión o estrategia para ellos, su equipo y la empresa en general. Nuevamente resaltamos la necesidad de asegurarse de que, sean cuales sean sus propios objetivos, deben alinearse con la estrategia general de la organización. El oficial de cumplimiento no puede seguir un camino que no respalde los objetivos que la empresa ha establecido.

Una tarea crítica, ante todo y por el referido motivo, es *desarrollar un plan estratégico*. Dicho plan explicará la visión, los valores, los objetivos, y las prioridades del oficial de cumplimiento y cómo llevará adelante ese trabajo. También aclarará los roles y responsabilidades y proporcionará una arquitectura de cómo el cumplimiento se relaciona con la empresa y con el mundo externo. Debe ser un documento que a menudo comienza con una evaluación: ¿cuál es la herencia? ¿Qué está funcionando, qué no funciona y qué debe hacer el oficial de cumplimiento para llevar esto al futuro? Este trabajo es el punto de partida para generar credibilidad dentro de la organización y sus negocios respectivos. Sin duda, cada vez que se deba tomar una acción importante el oficial de cumplimiento podrá decir: "Aquí es donde estamos, pero aquí está nuestro plan para los próximos 12 a 18 meses". Caso contrario, puede encontrar una reacción hostil por parte de las autoridades de aplicación o, más habitualmente, resistencia por parte del directorio y la gerencia a la hora de asignar recursos adicionales.

IV.1. Autoridad e independencia del rol

Primero y, ante todo: ¿qué significa que un oficial de cumplimiento sea independiente y por qué es tan importante? La respuesta es aparentemente obvia. Si un oficial de cumplimiento debe tomar decisiones difíciles e imparciales, es problemático cargar el proceso con capas de mandos intermedios, creando así una situación donde se puede percibir un conflicto. Pongamos como ejemplo el manejo de una investigación por posibles violaciones a políticas de cumplimiento. Es de suma importancia que un oficial de cumplimiento evite cualquier interés real o percibido en el resultado, no solo para mantener la integridad de la investigación, sino también para resguardar su credibilidad personal dentro de la organización. Si el oficial de cumplimiento reportara al individuo o grupo que está siendo investigado, existirá un posible interés en el resultado.

El papel del oficial de cumplimiento ha crecido constantemente en jerarquía y prestigio a lo largo de los años. Su estatus de alta gerencia y la necesidad de que tenga acceso directo y real al órgano de dirección ha sido sostenidamente incluido como una buena práctica internacional y resaltado por la mayoría de los reguladores.

Uno de los reguladores con mayor experiencia en materia de cumplimiento es el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, una de las autoridades de aplicación (junto con la Comisión de Valores de dicho país) de la ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (1) (FCPA por sus siglas en inglés) del año 1977. El Departamento de Justicia ha sostenido de forma categórica la necesidad de autoridad e independencia del oficial de cumplimiento. En su "Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo de 2017" (2), documento de recomendada lectura que contiene preguntas esenciales que un oficial de cumplimiento debería realizarse a fin de evaluar concretamente la eficacia del programa, el Departamento de Justicia enlista, entre otros, los siguientes puntos con relación a la independencia del rol:

Jerarquía: ¿cómo se compara la función de cumplimiento con otras funciones estratégicas de la empresa en términos de jerarquía,

(1) *www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf* (17/4/2018).

(2) *www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download* (17/4/2018).

niveles de compensación, rango/título, línea de reporte, recursos y acceso a tomadores de decisiones clave? ¿Cuál ha sido la tasa de rotación para el área de cumplimiento y el personal de la función de control relevante? ¿Qué papel ha desempeñado el área de cumplimiento en las decisiones estratégicas y operativas de la empresa?

Autonomía: ¿el área de cumplimiento y las funciones de control relevantes tienen líneas de reporte directo a cualquier miembro del órgano de dirección? ¿Con qué frecuencia se reúnen con el órgano de dirección? ¿Están presentes los miembros de la alta gerencia en estas reuniones? ¿Quién revisó el desempeño de la función del área de cumplimiento y cuál fue el proceso de revisión? ¿Quién ha determinado compensaciones, bonificaciones, aumentos, contratación, terminación de oficiales de cumplimiento? ¿El personal del área de cumplimiento y el personal de control relevante en el campo tienen líneas de reporte a la casa matriz? Si no, ¿cómo ha asegurado la empresa su independencia?

También se resalta la calidad y experiencia requerida del personal involucrado en el área de cumplimiento, de modo que puedan comprender e identificar las transacciones y actividades que representan un riesgo potencial para la empresa. Claramente el regulador está expresando que espera verdaderos profesionales que entiendan la forma en que el cumplimiento interactúa con la empresa y la apoya. Los días en los que los oficiales de cumplimiento cumplían meras tareas de control han quedado claramente atrás.

Notamos, además, que existe una exigencia clave para demostrar la autoridad del rol en la práctica. El oficial de cumplimiento no solo debe contar con la posibilidad formal de acceder al órgano de dirección de la empresa, sino que se espera que dicho derecho se ejerza con marcada regularidad y que, por ende, pueda ser demostrado. Aquí hay algunas preguntas que nos pueden ayudar a responder el estado de situación en cada caso: ¿es el oficial de cumplimiento parte de la alta gerencia? ¿Es parte de las reuniones regulares de este grupo? ¿Puede desvincularlo el gerente general, o requiere aprobación del órgano de dirección?; y lo que es más importante, ¿podría una persona investigada por el oficial de cumplimiento despedirlo? Si la respuesta es afirmativa, el oficial de cumplimiento claramente no tiene la independencia requerida.

Otra de las cuestiones que delimita la independencia del oficial de cumplimiento es su *línea de reporte*, es decir, quién es su jefe inmediato en la estructura organizacional. Continuamos percibiendo una alta tendencia de las empresas en las cuales el oficial de cumplimiento no reporta directamente al gerente general (como máximo responsable de la administración), sino que se sitúa la posición un escalón más abajo, reportando con frecuencia al director legal, al director financiero, o incluso a auditoría interna (3).

Podemos comprender, principalmente en pequeñas y medianas empresas, que frecuentemente el rol del área de cumplimiento nazca y se desarrolle bajo el ala de algún área de control. Sin embargo, es una práctica altamente recomendada desdoblar tales funciones para evitar posibles conflictos de interés, por lo que observamos con atención algunos estudios que indican que, en la Argentina, menos de la mitad de las empresas cuenta con un responsable interno exclusivamente a cargo de la coordinación, implementación y supervisión del programa de cumplimiento (4).

Pongamos como ejemplo que el oficial de cumplimiento reporte al área legal de la empresa. Si bien ambos roles protegen finalmente el negocio, el área legal se dedica también a mantener la salud y el impulso comercial. Es decir, en empresas con un alto apetito de riesgo los asesores legales pueden jugar al límite de la norma y ser comercialmente agresivos, sin priorizar necesariamente la cultura de la empresa que suele no solo protegerla de violaciones concretas sino incluso de situaciones que, aún sin violar una

(3) Deloitte, "Encuesta sobre tendencias en *compliance* 2016". La mayoría de las respuestas indicaron que el oficial de cumplimiento designado (o la persona responsable del cumplimiento si no se designa) reporta directamente al Gerente General (32%) o al asesor legal (23%). Solo el 14% reporta al órgano de dirección.

(4) KPMG, "Encuesta sobre la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 2018".

norma aplicable, puedan dañar la reputación. Otro posible conflicto podría presentarse si el oficial de cumplimiento reportara al área de finanzas o auditoría interna, quienes se convirtieron en el centro de atención del gobierno corporativo después de los escándalos de fraude corporativo de comienzos de este siglo y con la sanción de la reconocida Ley *Sarbanes-Oxley* de los Estados Unidos de América. Desde ese momento y para remediar los escándalos de los informes financieros adulterados, las áreas financieras y de auditoría se encargaron de tareas clave como la mejora de los procesos de información financiera y el diseño e implementación de controles internos. Para reforzar la importancia de los controles de información financiera, los gerentes generales y los directores financieros deben incluso certificar la integridad de los informes financieros de sus empresas. Sabemos que el adecuado diseño y monitoreo de dichos controles resulta crítico para prevenir y detectar hechos de fraude o corrupción, por lo que sin dudas se percibe un posible conflicto de interés en caso de que el oficial de cumplimiento reporte al responsable de desarrollar dicha importante tarea.

Una cuestión que también ha tenido un creciente debate es si el oficial de cumplimiento, más allá de la ya citada necesidad de que se involucre en el negocio de la empresa, puede asumir responsabilidades gerenciales. Cuando el oficial de cumplimiento asume el trabajo de gestión y participa en la toma de decisiones comerciales se convierte en administrador y difícilmente podrá considerárselo independiente. En tal caso no solo se podría cuestionar la independencia en la estructura organizacional, sino que también se lo puede responsabilizar personalmente por los errores o violaciones cometidas por otros dentro de la organización.

IV.2. Rol del órgano de dirección en materia de cumplimiento

Ya hemos comentado sobre la necesidad de que los órganos de dirección tengan un rol protagónico en materia de ética y cumplimiento, lo que usualmente se materializa a través de un comité especial que lleva dicho nombre (aunque aún notamos que menos de 1 de cada 4 empresas lo ha instaurado (5)). Revisemos ahora algunas buenas prácticas relacionadas con este tema.

Como primer paso, resulta deseable que cada órgano de dirección cuente entre sus miembros con un profesional con conocimientos concretos en materia de ética y cumplimiento. Como segundo paso, los oficiales de cumplimiento —con el respaldo de la alta gerencia— deben "educar" al órgano de dirección sobre los riesgos, las normas aplicables y el programa de cumplimiento de la empresa y, lo más importante, cómo supervisar y monitorear dicho programa.

En esta nueva era de excelencia en el gobierno corporativo, los miembros del órgano de dirección deben familiarizarse con los problemas de cumplimiento clave que enfrenta la organización, garantizando que existan controles efectivos para identificar, elevar y resolver los problemas según corresponda. Al llevar a cabo esta función de supervisión, hay algunas cuestiones importantes que se deben abordar:

1. Perfil de riesgo: el órgano de dirección debe comprender exactamente los riesgos de la empresa y definir su perfil, es decir, su "apetito". Para realizar dicho trabajo debe ordenar a la alta gerencia que brinde información y datos sobre la evaluación, monitoreo y administración del riesgo, y los procedimientos establecidos para garantizar que las actividades de riesgo se aborden adecuadamente en cada nivel. El oficial de cumplimiento será, en ese caso, un engranaje clave a la hora de asesorar a ambos grupos en materia de riesgos de ética y cumplimiento.

2. Controles de cultura ética y de cumplimiento: el órgano de dirección debe ayudar a definir la cultura de la empresa, sus valores y principios, y asumir la responsabilidad de la gestión y supervisión de dicha cultura. Las expectativas del órgano de dirección deben ser claras: la cultura (en particular, el comportamiento ético) es el activo más importante y ningún negocio está por encima de ella.

3. Medición y rendimiento: con el aporte del oficial de cumplimiento, el órgano de dirección debe desarrollar métricas precisas y apropiadas para el programa de cumplimiento, a fin de evaluar si la gerencia y los empleados entienden los contenidos del código de conducta, las políticas y la ley, si su comportamiento se ajusta a los

(5) PWC, "Reporte sobre el estado de *compliance* 2016".

mismos, y si no, los motivos y acciones correctivas recomendadas.

4. Análisis de brechas y remediación: el órgano de dirección debe comprender exactamente la brecha entre el perfil de riesgo de la empresa y su programa de cumplimiento. En la medida en que se analicen estas brechas, el órgano de dirección debe exigir planes por parte de la alta gerencia y del oficial de cumplimiento para remediar estas brechas y el cronograma de remediación.

5. Funciones continuas: A medida que el órgano de dirección entiende sus responsabilidades de supervisión y monitoreo, debe preguntarse en qué medida el programa cumplimiento de la empresa genera información y datos necesarios para ajustar y mejorar funcionamiento. El órgano de dirección debe asegurarse que la alta gerencia y el oficial de cumplimiento implementen controles suficientes, generen datos relevantes, analicen dichos datos y presenten ideas, oportunidades y recomendaciones para mejorar y revisar el programa de cumplimiento.

IV.3. Recursos del área de cumplimiento

Un programa eficaz de ética y cumplimiento depende de la autoridad, la independencia y también de los recursos (humanos y económicos) que se le asignen al área. No caben dudas de que el apoyo de los órganos de dirección y administración es fundamental. Sin embargo, ningún programa podrá considerarse adecuado si no cuenta con los recursos necesarios.

Las encuestas muestran con frecuencia que los oficiales de cumplimiento ubican a la escasez de recursos dentro de los problemas más relevantes (6), y que los equipos de cumplimiento en sí mismos permanecen relativamente delgados, aunque en su mayoría reconocen una tendencia creciente en materia de presupuesto asignado (7).

El oficial de cumplimiento tiene la responsabilidad de demostrar que está usando los recursos de manera eficiente, coordinando y aprovechándolos con funciones relacionadas, y proporcionando una justificación convincente para los mismos. Una tarea inicial será analizar detenidamente el talento de su equipo, especialmente en la medida en que hayan heredado personas que tal vez no satisfagan las necesidades del área de cumplimiento o que no tengan las habilidades requeridas. También deberán valerse en la medida de lo posible de los recursos disponibles en áreas afines, como legal, auditoría, recursos humanos, entre otras, ya sea para colaborar en acciones de comunicación y consolidación de la cultura como en tareas propias de control.

Por su parte, los órganos de dirección y administración deben comprometerse con su programa de cumplimiento. Muchos directivos continúan aferrándose a la visión estrecha de que los programas de cumplimiento son importantes únicamente para evitar que la empresa se meta en problemas, para simplemente cumplir con los requerimientos establecidos por las leyes aplicables, condición necesaria pero sin dudas insuficiente para que un negocio sea reputacionalmente sustentable.

IV.4. Compromiso concreto y visible de la alta gerencia

El involucramiento directo de la alta gerencia en temas de ética y cumplimiento (conocido en idioma inglés como "*Tone from the Top*") es crucial y no puede ser meramente cosmético. El entusiasmo y la voluntad de respetar y encarnar estos valores deben ser sólidos y visibles. Además, el comportamiento ejemplar en la parte superior debe ser constante e inquebrantable. El liderazgo en esta materia requiere, en esencia, dar el ejemplo.

Siendo uno de los pilares fundamentales de todo programa de cumplimiento, este compromiso sellará el futuro del mismo. Por tal motivo el oficial de cumplimiento debe medir permanentemente dicho compromiso a través de acciones concretas, desde la credibilidad de los mensajes de los directivos colocando a la cultura ética por encima de cualquier negocio hasta la decisión que cada uno de ellos tome en un caso específico a la hora de dirimir un dilema ético.

El problema recurrente más importante se presenta cuando el más alto directivo, el ge-

(6) Kroll, "Encuesta sobre anti soborno y corrupción 2018".

(7) Deloitte, "Encuesta sobre tendencias en *compliance* 2016".

rente general, afirma que respalda la ética y el cumplimiento pero en la práctica no cumple con sus promesas. Es aquí cuando la tarea del oficial de cumplimiento se vuelve aún más estratégica. Para lograr esta conversión, los oficiales de cumplimiento deben alinear el soporte al programa de cumplimiento mediante el reclutamiento de las diferentes partes interesadas con el fin de sumar fuerzas y reducir su exposición personal. Así, el oficial de cumplimiento debe reunir —además del gerente general— a los altos directivos, incluidos los jefes de áreas comercial, el director legal, el director financiero, el auditor interno, a recursos humanos y otros líderes clave de la organización, y crear así un *comité de ética y cumplimiento* que él mismo presidirá. Esta herramienta es altamente utilizada para consolidar la cultura ética y corregir posibles resistencias individuales. El comité de ética y cumplimiento es un espacio único para persuadir a quienes necesitan convencerse sobre los méritos del cumplimiento y la necesidad de asignar recursos adecuados a tal fin. Y por supuesto, toma aún mayor relevancia si el propio gerente general es uno de los escépticos ya que, sin su apoyo, el oficial de cumplimiento está luchando una batalla cuesta arriba.

IV.5. Liderazgo en la gerencia media

Acabamos de destacar la importancia del compromiso de la alta gerencia enfatizando que, más allá de las palabras, la conducta es lo que importa, y es el comportamiento lo que finalmente genera confianza en una organización.

Para promover una cultura ética, las empresas deben desarrollar un sistema de liderazgo en cascada donde el compromiso con estos valores comience en la parte superior y se extienda a todos los empleados. El vínculo fundamental en este proceso es el de los mandos medios.

Las empresas deben dedicar tiempo y atención a capacitar a la gerencia media sobre cómo inculcar una cultura de ética en sus empleados inmediatos. Trabajando con el área de cumplimiento, dichos gerentes deben aprender estrategias específicas para demostrar un compromiso con la cultura y promover un mensaje para reforzar los valores éticos. Un ejemplo concreto es nutrirse de diversos temas relacionados con la ética y cumplimiento (casos reales, políticas relevantes, resultados de auditorías, etc.) para discutirlos sostenidamente en las reuniones con sus reportes directos. El objetivo es mantener vivo el mensaje, y para ello se le debe dedicar tiempo. La colaboración del oficial de cumplimiento será clave para facilitar y encausar dicha tarea gerencial, asegurando vigencia y consistencia.

Los gerentes de nivel medio también deben aprender a escuchar las inquietudes de los empleados, responder a tales inquietudes y generar confianza. El éxito de un programa de cumplimiento depende de estas interacciones críticas entre los mandos medios y los empleados.

V. Principales actividades del oficial de cumplimiento

Hablamos sobre el rol del oficial de cumplimiento y su desafío de correlacionar el programa y su implementación con la gestión de riesgos (corrupción, antimonopolio, lavado de dinero, reputación, etc.), destacando que la riqueza de su trabajo proviene de una alianza entre las regulaciones y el comportamiento ético.

Como paso inicial en la demarcación del comportamiento ético el oficial de cumplimiento debe armonizar y definir, en conjunto con la alta gerencia y el órgano de dirección, los valores fundamentales de la organización (como integridad, trabajo en equipo, aprendizaje, respeto, resiliencia, etc.) que serán entendidos y respetados por todo el personal, en todos los países y culturas. Dichos valores activan el comportamiento ético al establecer conductas esperadas para los empleados y terceros y deben ser transmitidos con acciones concretas por parte de la organización. En muchos casos se diseñan también programas de incentivos o de recompensa para aquellos empleados que demuestren alguno de dichos valores en su trabajo.

El *objetivo del programa de cumplimiento* es crear una cultura apoyada por sistemas y procesos, que se centren en los elementos siguientes: (i) la prevención, para evitar problemas de ética, cumplimiento y regulación; pero cuando la prevención falla debe existir una (ii) detección, para identificar los problemas que llega-

ran a ocurrir en el estado más avanzado posible; y una vez detectados habrá que trabajar en la (iii) respuesta, para atender a los problemas de manera rápida y minuciosa.

Prevención, detección y respuesta son los resultados de un sólido programa de cumplimiento que comienza por compromisos personales del equipo de liderazgo y se sostiene mediante sólidos procesos de cumplimiento.

A su vez, la *estrategia del programa de cumplimiento* consta de procesos fundamentales que, cuando se ejecutan eficientemente, crean y sostienen el cimiento de una cultura de cumplimiento de primer nivel. Destacamos que el compromiso del liderazgo es el corazón de estos procesos, pero que también debe rodearse de una adecuada evaluación de riesgos, la investigación y resolución de desviaciones, la capacitación en temas de ética, la comunicación, y el monitoreo continuo.

V.1. Contenidos esenciales del programa de cumplimiento

Mucho se ha escrito y regulado sobre los contenidos particulares que debe tener un programa de cumplimiento para considerarse adecuado al riesgo de la empresa. Con el propósito de no extendernos sobremanera en este tema, elegimos destacar en particular las recomendaciones de la "Guía de Recursos de la FCPA" elaborada por el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores de los EE.UU. en 2012 (8); a las "Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y *Compliance*" emitidas por la OCDE en 2010 (9); a los "Principios de Negocios para Combatir la Corrupción de Transparencia Internacional de 2013" (10); y a la norma ISO 37001-2016 sobre Sistemas de Gestión Anti Soborno (11), por considerarlas las más completas (en especial la primera de ellas) y representativas.

Ahora bien, es cierto que tales documentos —entre tantos otros— ponen al alcance de la mano de cualquier oficial de cumplimiento una serie de buenas prácticas diseñadas para atender desafíos concretos, pero es aún más cierto que implementar un programa no se trata de compilar buenas prácticas sino de decidir rigurosamente qué es lo necesario para cada caso. De lo contrario, el oficial de cumplimiento estaría exponiendo a la empresa a riesgos innecesarios (de no implementar medidas tendientes a mitigarlos), o bien estaría malgastando recursos (ante un exceso de regulación interna). Por ejemplo, todo oficial de cumplimiento coincidirá en la relevancia de efectuar capacitaciones periódicas. Pero, ¿sobre qué temas? ¿Es necesario capacitar sobre antimonopolio o lavado de dinero cuando no es un riesgo concreto para una empresa en particular? La sobrerregulación es dañina y no solo pone en juego el criterio y credibilidad del oficial de cumplimiento, sino que incluso muchas veces suele entorpecer indebidamente los negocios de la empresa.

Al solo efecto referencial y considerando su reciente vigencia, citamos las disposiciones que la ley 27.401 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos de Corrupción (12) establece en cuanto a los contenidos esenciales y recomendados de un programa de cumplimiento o integridad, como se lo refiere en la norma. Celebramos, por cierto, la sanción de una ley que incorpora herramientas modernas para luchar contra la corrupción en un país en el que 1 de cada 4 empresas denuncia haber perdido negocios por rehusarse a pagar sobornos (13).

Así notamos que en su art. 22 la norma destaca que el programa de integridad exigido "deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica". Compartimos que se le otorgue a este punto la relevancia que ciertamente tiene, ya que el diseño de un programa no puede tener otro punto de partida que no sea la correcta evaluación de riesgos propios de la empresa y la adaptación de las

(8) *www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance* (17/4/2018).

(9) *www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf* (17/4/2018).

(10) *www.transparency.org/whatwedo/publication/business_principles_for_countering_bribery (17/4/2018).*

(11) *www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:es* (17/4/2018).

(12) *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846* (17/4/2018).

(13) PWC, "Encuesta sobre delitos económicos 2016".

medidas de mitigación a la propia estructura organizacional.

A continuación, en su art. 23, la ley indica:

> *...El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:*
>
> *a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;*
>
> *b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;*
>
> *c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.*
>
> *Asimismo también podrá contener los siguientes elementos:*
>
> *I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;*
>
> *II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;*
>
> *III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;*
>
> *IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias;*
>
> *V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;*
>
> *VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;*
>
> *VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;*
>
> *VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;*
>
> *IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;*
>
> *X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica...*

El contenido propuesto, como suele ocurrir con las enunciaciones, nos parece arbitrario y deja afuera algunas buenas prácticas del mercado en materia de ética y cumplimiento. Preocupa en especial la distinción que hace la norma entre requisitos obligatorios y optativos. Esperamos que la autoridad de aplicación pueda contribuir próximamente a la interpretación de la norma mediante la emisión de lineamientos o directrices específicas para los diferentes tipos de empresas, más aún si consideramos que algunos estudios recientes indican que casi el 80% de las empresas aún no cuenta con un programa de cumplimiento adecuado (14).

V.2. El día a día del oficial de cumplimiento

Podemos afirmar sin lugar a dudas que no hay un día "típico" para el oficial de cumplimiento. Claramente hay una serie de tareas en las que estará involucrado de manera diaria, semanal y mensual. Pero también habrá impre-

(14) KPMG, "Encuesta Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 2018".

vistos que tomarán una parte significativa de su tiempo. Ese dinamismo no es casual, sino que refleja cabalmente la complejidad del puesto y su estrecha relación con la problemática actual de las organizaciones.

A continuación destacamos algunas de las actividades y desafíos (y, por qué no, algunas recomendaciones) que suelen encontrarse en la orden del día del oficial de cumplimiento:

• Desarrollar relaciones con los empleados y, en especial, con el equipo de liderazgo. Es críticamente importante ser visible y accesible para impulsar la comunicación abierta y la transparencia en toda la organización.

• Fomentar que el cumplimiento sea parte de toda la organización, no solo de un área experta. La responsabilidad de toda la empresa es la clave del éxito.

• Encontrar maneras de agregar valor a la organización, proponiendo soluciones viables para que la organización avance de forma innovadora, rentable y ética.

• Involucrar a los empleados en campañas de cumplimiento. Las historias, las anécdotas y los videos pueden mostrar un lado personal y real del cumplimiento mientras llevan a casa el mensaje significativo.

• Encontrar "embajadores de cumplimiento". Una vez que hayan identificado a los líderes respetados en diversas áreas de la empresa, es bueno intentar utilizarlos para reforzar los mensajes de cumplimiento en entornos más pequeños.

• Consolidar al cumplimiento como una ventaja competitiva. Los clientes quieren asociarse con organizaciones comprometidas con el comportamiento ético.

• Encontrar formas de recompensar y reconocer visiblemente a los empleados que están a la altura de los valores fundamentales de la organización.

• Evitar utilizar el "poder de veto". Por supuesto, hay ocasiones en que debe rechazar un acuerdo ilegal o de alto riesgo, pero se deben agotar los esfuerzos y la creatividad para transformar algo inviable en viable.

• Reforzar permanentemente el compromiso de la gerencia alta y media. Los líderes deben ser un ejemplo vivo del comportamiento ético.

• La cultura correcta es fundamental para el éxito de un programa de cumplimiento efectivo, incluso en medio de innumerables políticas de cumplimiento, procedimientos y controles internos. La gerencia debe tener tolerancia cero para cualquier actividad o persona que socave seriamente la cultura deseada.

• Los datos y las mediciones objetivas son un gran recurso para el oficial de cumplimiento. Debe valerse lo más posible de los recursos tecnológicos a la hora de comunicar.

• De ser necesaria una acción disciplinaria, asegurarse de que se implemente de manera justa, consistente y equitativa, independientemente de la posición del empleado.

• Promover una cultura de puertas abiertas. Si no existen denuncias ni dudas relacionadas con cuestiones de cumplimiento, algo no anda bien.

• Justificar la existencia de ciertas políticas cuya razonabilidad pueda cuestionarse. El oficial de cumplimiento no puede exigir que todos los empleados comprendan los riesgos con su mismo nivel de detalle. Si los empleados consideran que una política no tiene sentido, aumentan las probabilidades de incumplimiento.

• Realizar capacitaciones lo más personalizadas posibles. El aprendizaje en base a casos reales impulsa una comprensión y resulta más efectivo.

• Comprender que contar actualmente con un programa de cumplimiento robusto y efectivo no garantiza eternidad. Los riesgos y desafíos cambian y los programas deben adaptarse permanentemente. Incluso el entorno regulatorio no es estático, por lo que el programa de cumplimiento tampoco debiera serlo.

VI. Conclusiones

Tras años de constante evolución notamos que el rol del oficial de cumplimiento se encuentra cada vez más consolidado en las grandes empresas nacionales y extranjeras. Se percibe también un marcado interés, actualmente

estimulado por la sanción de la referida ley 27.401, de las pequeñas y medianas empresas por designar responsables de cumplimiento y comenzar a delinear los cimientos de sus programas de cumplimiento.

Resaltamos la necesidad y el valor de que los distintos tipos de organizaciones colaboren entre sí para incrementar los niveles de integridad y transparencia del mercado. Las pequeñas y medianas empresas pueden así incorporar buenas prácticas y experiencias ya vividas por las grandes empresas al momento de implementar sus programas de cumplimiento. A su vez, las grandes empresas pueden comprender e identificar mejor los riesgos existentes en los demás eslabones de la cadena para ajustar sus programas. Esta colaboración reviste especial interés dado a que existe un marcado consenso entre los oficiales de cumplimiento en identificar el *riesgo de manejo de terceros* (esto es, en términos muy simplificados, empresas de mayor estructura transgrediendo leyes y obteniendo beneficios indebidos mediante la utilización de empresas más pequeñas) como el de mayor impacto en las organizaciones (15) (16).

Los oficiales de cumplimiento, como actores principales, deberán continuar sumando fuerzas y experiencias para recorrer este complejo pero excitante camino, con la convicción de que sus acciones contribuyen directamente a mejorar la transparencia y competitividad de sus empresas y del mercado en general.

---

(15) Deloitte, "Encuesta sobre tendencias en *compliance* 2016". El 47% de los oficiales de cumplimiento identificó al manejo de terceros como el más importante.

(16) Kroll, "Encuesta sobre antisoborno y corrupción 2018". El riesgo de terceros se destacó como el de mayor preocupación. Incluso el 58% de los encuestados reportaron haber experimentado problemas éticos con terceros aún luego de haberles efectuado revisiones o *due diligence* de integridad.

La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Programa de integridad y Código de Cumplimiento Ético

POR **ENRIQUE PRINI ESTEBECORENA** (*)

I. Introducción

Dentro de los elementos regulatorios que conforman el mecanismo de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ley 27.401 (LRPPJ), es importante destacar que dicha normativa posee distintos institutos y herramentales para su aplicación idónea en el marco del Sistema Jurídico Local y también en función de las previsiones de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) el 21 de noviembre de 1997 (la Convención Anticohecho) y que entró en vigor el 15 de febrero de 1999.

La Convención Anticohecho debe también leerse en conjunto con las Recomendaciones para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009 (que incluye la Guía de Buenas Prácticas en Controles Internos, Ética y Cumplimiento), las Recomendaciones de Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009 y las Recomendaciones sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación de 2006 y las Recomendación del Comité de Ayuda para el Desarrollo Sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral (1). Este detalle es clave para tener clara idea de la importancia tanto a nivel nacional como internacional de la nueva normativa, que se une al plexo de control internacional contra la Corrupción, el Lavado de Activos, el combate al narcotráfico y el financiamiento del terrorismo internacional.

Es así que podremos dar real trascendencia a la normativa de la LRPPJ, y cómo se suma a las gestiones y pasos para el ingreso de la República Argentina a la OCDE, y también a las tareas de coordinación que se llevan a nivel local, regional e internacional en la lucha contra la corrupción transnacional.

Adentrándonos en la parte del herramental regulatorio que propone la LRPPJ, es cardinal el lineamiento desde el punto de vista técnico del *Compliance*, al establecer dicha norma, como

(*) Asesor Experto Of Counsel Allende&Ferrante Abogados, Master en Finance & Law UCEMA, *Certified Compliance Officer* AAEC-IFCA, Socio Fundador y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Ética y *Compliance*, Graduado del Regulatory Studies Program-The Eli Broad Graduate School of Management- Michigan St. University, Certificado como *Compliance Officer*, IAE-Ethics & *Compliance Officer Ass.* ECOA. Profesor de la CEC AAEC-UCEMA y de la UADE. Miembro del Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible. Miembro del Consejo de la Cámara de Sociedades Anónimas.

(1) *https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.*

eje de la demostración de diligencia y colaboración contra la corrupción de la Persona Jurídica el Programa de Integridad o *Compliance* (PDC o Programa). De su diseño y aplicación surgirán si es adecuado a la Organización, y si en su seguimiento y ajustes se fueron analizando los riesgos que la Organización tenia originalmente y como fueron mutando o cambiando su abordaje o los efectos de los mismos sobre la operación y la continuidad operativa ante la concreta afectación del riesgo.

Es clave tener como línea rectora al ver el PDC, que tendrá que ser específico para cubrir los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, como también su tamaño, y adecuación tanto en la faz preventiva como en la detección y también en la reactiva ante la ocurrencia de hechos típicos o descriptos por la norma que sin dudas van a ocurrir en muchos casos por el mero curso de la probabilidad actuarial en organizaciones que están altamente expuestas a determinados riesgos y no obstante lo adecuado de su PDC tendrán que enfrentarlos en sus efectos no deseados.

La gran virtud de la LRPPJ, reside en haber receptado las recomendaciones técnicas de *compliance* más modernas y haber visto las ventajas en otras regiones de tener un Sistema y no meros parches o normativas aisladas que dan respuestas puntuales a hechos no sistémicos que pueden afectar a una Organización.

El requisito del Programa como parte de un sistema de *compliance* basado en los riesgos propios y específicos de la Organización nos permite avanzar en una protección amplia, que será una generadora de certezas y apoyos que permiten que la actividad sea sustentable, no solo desde lo regulatorio sino en toda la estrategia comercial y operativa, dando valor a los productos y servicios como también a los inversores y Stakeholders.

El PDC entonces tendrá que tener un objetivo claro e indubitable, por lo que será específico y no un mero formulario o casillero "a completar" ni una proforma general sino un producto "a medida" de los riesgos de la Organización, no más gravoso ni burocrático, por el contrario será ágil y puntual. Con foco en agregar valor y evitar los riesgos más importantes y sobre todos los vinculados a *compliance* y a la lucha contra la corrupción.

Lo hecho "ad hoc" no es lo más caro, sino lo más adecuado como pide acertadamente la normativa de la LRPPJ en su art. 22, lo que permite prevenir o reducir el impacto del riesgo y mitigar su continuidad y lo que es peor su existencia sistémica o "Cultural" dentro de la Organización. A más para ser razonable el PDC tiene que ser adecuado a la "dimensión y capacidad económica" de la entidad, no proyectos faraónicos ni que la empresa se dedique a vender "compliance", muy lejos de ello. el *compliance* como generador de competitividad y ganancias es el único instrumento que se debe usar, reducción de riesgos hacia la generación de desarrollo sustentable en la organización.

Para ello se requiere en el PDC el llamado Código de Conducta, o también nombrado Lineamientos de Ética o Código de Cultura Corporativa para las organizaciones comerciales con fines de lucro (CCE). Es palmaria su importancia estructural y básica dentro y no en vano el legislador de 2017 lo pone como primer requisito obligatorio y los califica también como el kelseniano vértice de la pirámide de la técnica de *compliance* en la organización.

De allí partirán los siguientes dos requisitos obligatorios de tener "Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público" y el de "la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados". Y los no obligatorios en los siguientes incisos del art. 23 de la LRPPJ.

II. Código de Conducta Ética en las organizaciones

Como planteamos en la introducción es claro que los riesgos de la Organización y su prevención son los lineamientos de la LRPPJ para el CCE, mas debemos tener presente que dichos Códigos o Lineamientos van más allá en su aplicación, como herramientas del *Compliance*. Son la base inmanente de la Cultura de la Organización. Deberán contener aquellas directivas que la organización considera cardina-

les y esenciales a la forma de desarrollar sus actividades.

Cómo se opera en esta organización, cómo "se hacen acá las cosas", nuestra manera de hacer negocios o de brindar servicios o cumplir con nuestro objetivo como grupo social o empresarial.

Por eso la elaboración misma del CCE es un valor en sí mismo que permitirá no solo el cumplimiento con la LRPPJ sino coadyuvar a la sustentabilidad de la organización y a prevenir los riesgos que nos afectan en nuestra actividad. Ese carácter constitucional y primigenio del ADN de la Organización, su característica permanente y su ética de actuar deben ser incluidos claramente. Sin eufemismos ni grandilocuencias y menos aún con lenguajes protectivos ni chicanas.

La Ética empresarial y la visión y objetivos de la organización comienzan en el CCE a tener implementación práctica y concreta, y de allí se traducirá en conductas aceptadas y conductas prohibidas, en procedimientos hacia su logro y en mecanismos para detección de irregularidades y de solución de errores o adaptación a nuevos riesgos que la sociedad de la información y las novedades tecnológicas y de nuevos requisitos de *stakeholders* van a requerir de la organización en el futuro.

Por ello el CCE tendrá elementos fijos e inmutables pero también la posibilidad de ajustarlos a las nuevas técnicas o avances, y sobre todo en su formato y modo de divulgación el CCE estará en constante adaptación, con el fin de ser la mejor herramienta de comunicación para todos los participantes en la entidad y de divulgación a sus *stakeholders* actuales y los que se sumarán.

Los principios éticos y trascendentes serán mantenidos y difundidos en todo su texto, destacados y puestos en relevancia, para que no sean modificados en su esencia y solo ajustados en su formato o modalidad de mensaje para ser plenamente entendidos por los directivos, funcionarios, usuarios, clientes y también permitir una amplia difusión, no solamente idiomática sino también de formatos y soportes (electrónicos, físicos, orales y todo aquel que permita su conocimiento pleno y sobre todo su aplicación en el día a día de la actividad).

III. Elementos del CCE

La gran ventaja de la LRPPJ es que nos permite cumplir con el principio técnico de libertad y amplitud de estructura y conjuntamente con su decreto reglamentario 277/2018 facilita el poder darle un formato y una disposición que solamente requiere los requisitos antes vistos.

En su estructura básica es recomendable incluir como elementos estructurales los valores de la organización, la descripción clara de los principios éticos, la forma en que a través de Políticas y procedimientos se hará la instrumentación prácticas de dichos valores y principios éticos. Y fundamentalmente para que no sea un mero glosario de expresiones de deseo las concretas implicancias del no cumplimiento con las disposiciones del CCE.

Para aumentar la potencia del CCE, y propender a su claridad y orientación a resultados y conductas éticas concretas se recomienda que estén claramente detallados dentro de varios de los instrumentos de una buena y moderna estrategia de control de riesgos y sustentabilidad, una descripción clara de los *Principios éticos que se quiere dotar a la organización (respeto, diversidad, equidad, igualdad, transparencia, integridad, liderazgo, rendición de cuentas, reconocimiento de excelencia, generosidad y objetividad)* entre muchos otros deben ser evaluados y priorizados para hacer un instrumento claro y concreto, sin maniqueísmos ni facilismos.

En cuanto a la aplicación práctica el CCE tiene que ser un documento vivo y flexible, que pueda ser fácilmente entendible, y que le dé al usuario claras señales de cómo la organización espera que sus colaboradores, directivos y terceros se comporten y qué pueden esperar de sus actividades, de sus productos y de sus servicios en el presente y en el futuro. Fundamentales elementos a considerar serán trabajar en el mejoramiento de la reputación de la organización, demostrar un compromiso concreto con el obrar ético, permitir mejorar las relaciones con los terceros a la organización tanto aguas

arriba como en la cadena y ciclo de vida de sus productos y servicios.

Es en el CCE donde se fijan las bases de un sistema de gestión de la Organización, principalmente como vimos al regular la gestión de los riesgos asociados con la conducta y la toma de decisiones en la organización, las cuales tienen que estar siempre medidas contra el estándar ético fijado. Hacer lo correcto sobre lo conveniente, resulta un buen indicador para tener como elemento de evaluación ético a la hora de ver la inclusión de temas o actividades en la organización.

Focalizando en la parte práctica, la elaboración de un CCE resulta desafiante pero no por ello inmanejable para una organización pequeña o mediana. Lo importante es poder establecer los principios éticos y sustentables y agregar los riesgos claramente descriptos. Para ello y fundamentalmente para que pueda ser entendido por todos sus destinatarios es que debe ser corto, tener si es posible historias que cuenten lo que se quiere obtener (descripciones poderosas y que no dejen lugar a dudas sobre lo que está bien y no que no se tolerará). Incluir casos claves conocidos en la industria o experiencias de líderes de opinión trascendentes. En un lenguaje sencillo y en casos de varias regiones tantas versiones como lenguas tengan sus usuarios, incluso prever la oralidad y hacer versiones leídas para una mejor difusión. Y fundamentalmente ya que no debemos tener un CCE para el caso patológico y el mal obrar de los usuarios, sino por el contrario propender al reconocimiento expreso y claro de aquellas conductas éticas buscadas y difundir los casos de colaboradores que hicieron su cometido con el más alto *standard* que la organización valora. El sobreponerse a la adversidad o a los sistemas corruptos externos, es sin duda una medida clara de los casos a difundir y sobre todo que permitan modificar procedimientos antiguos adaptándolos al obrar ético del caso que se muestra como ejemplo.

Los ritos y las costumbres dentro de las organizaciones tienen un rol clave dentro de los elementos de un buen CCE. Cada organización deberá describir de qué forma espera destacar las acciones erradas y su reparación, como también elementos y ceremonias tendientes a premiar o reconocer aquellos momentos destacables para la conducta ética y sustentable dentro de la organización. No es solamente económico o financiero el enfoque que se puede usar, sino también una comunicación clara y elocuente a todos los miembros de que el obrar ético es altamente valorado por el conjunto de la organización y su exteriorización es ampliamente divulgada y premiada. Cada organización verá cual es la mejor forma y los trofeos o símbolos de tal reconocimiento que mantendrán vivo el mensaje del CCE en el día a día de la organización.

Para permitir su difusión, elemento clave en el éxito del PDC y en especial de la comprensión del CCE, es clave que el formato del Código no solo sea amigable sino que tenga la impronta y estilo de la Organización, ya sea en sus colores, símbolos, marcas y isologotipos propios de sus productos, marcas y descripción de sus servicios.

En cuanto a la estructura del CCE, como ya adelantamos, la normativa vigente permite una latitud importante en este periodo de implementación y adecuación a los requisitos que se les piden a las Organizaciones. Como un lineamiento se podría describir que los elementos deberían responder de menor a mayor en cuanto a la estructura del mensaje a transmitir y a los sujetos a lo que está dirigido el documento. Comenzando con un claro objeto del Código, describir su alcance, quien lo interpreta en casos de dudas, luego atender a los mensajes y reglas éticas a los colaboradores y autoridades a los que está dirigido. El CCE debe tener relevancia y tratar de comunicarse eficazmente a todos los *stakeholders,* incluyendo empleados y subcontratistas, directores, clientes y proveedores, terceros representantes y socios estratégicos, reguladores, inversores y la comunidad de negocios en general. Este criterio amplio en algunos casos puede ser focalizado en función a la evaluación de riesgos más significativos por lo cual no se abordarán a todos los *stakeholders*, dejándose para otros procedimientos o reglas específicas la atención de terceros no tan significativos al foco clave del CCE.

Las relaciones laborales, los criterios de conducta, no discriminación y criterios de interacción con colegas, clientes, competidores y terceros serán descriptos en forma clara, dando lineamientos concretos, indicando que es requerido y qué no será aceptable.

Seguidamente se incluirán los compromisos que voluntariamente se decidieran adoptar, el manejo y uso de los activos de la organización, sus informes legales, transparencia y relación con los mercados financieros y sus reportes, incluidos balances y comunicaciones internas y externas.

En ciertas oportunidades algunas organizaciones tendrán que poner disposiciones muy características de sus actividades, como las relaciones con funcionarios públicos, proveedores de insumos y servicios, política de regalos y presentes, hospitalidades. Para determinados conflictos de intereses que en el análisis de riesgos se determine que son claves de ser prevenidos, una especial mención se hará por ejemplo en el caso de parentesco con clientes, funcionarios públicos y terceros *stakeholders* que la organización requiera que sean denunciados y en algunos casos estén prohibidos. Tal el caso de nepotismo o beneficios que sean inaceptables para los criterios éticos que el PDC y el CCE establezcan.

Si la organización tuviera posibilidades y fuera atendible se trabajará usando las mismas capacidades internas de mercadeo, analizado su estructura y entendiendo en todo momento que se trata de una herramienta de comunicación, que trascendente en sus principios éticos rectores, debe adaptarse a los elementos más innovadores que la tecnología y las estrategias de retención de talentos en la organización requieren. La visión de la organización donde se trabaja como una entidad ética es visto en la actualidad como un elemento clave para poder seguir contando con los mejores talentos y colaboradores más eficaces. Lejos de ser solo un tema de estética o formato agradable y moderno requiere un comportamiento de la entidad que acompañe con hechos los dichos del CCE, el "walk the talk" de los sajones implica que no solo sea declamaciones sino hechos soportados por las conductas desde los directivos hasta los colaboradores más noveles.

IV. CCE y las políticas y procedimientos de integridad para prevenir riesgos

Para permitir que el CCE sea una herramienta efectiva del establecimiento de una Cultura Ética dentro de la Organización es clave que el documento sea concreto y no contenga elementos que podrían estar en otros instrumentos con características más operativas y prácticas o que sean de aplicación a áreas o gestiones especificas dentro de la entidad, logrando así mayor efectividad.

Para ello la LRPPJ prevé acertadamente que el Programa no tenga todo su contenido en el CCE, dejando abierta la expresa opción de establecer políticas de aplicación a áreas específicas y procedimientos que ataquen a riesgos específicos que fueran detectados en áreas concretas y que no sean de interés para su inclusión en el CCE.

Estas políticas deberán mantener los principios rectores del CCE pudiendo centrar el ámbito de aplicación a funciones específicas dentro de la organización. Dentro de las Políticas que la organización puede instrumentar para continuar con el entramado del Programa, se pueden destacar las que estén más cercanas a los riesgos hallados que tengan una especificidad o autonomía que no hagan imprescindible su inclusión en el CCE. Distintas entidades tendrán diferentes necesidades conforme su peculiar esquema de riesgos, actividad, tipo de productos o servicios que realicen como también su dispersión geográfica y grado de regulación que tenga. Asimismo los *stakeholders* en su interacción con la organización van a ir requiriendo determinados controles o información que pueden ser soportados con una Política específica, en general es recomendable avanzar desde adentro hacia afuera, partiendo con políticas de relaciones en el ámbito de trabajo, de relación con proveedores y contratistas, para luego pasar a políticas para vínculos con clientes, accionistas e inversores, con reguladores y el sector público y con la comunidad. En muchas oportunidades se focaliza en una política general distintos temas como podría ser la Política de Sustentabilidad en la cual se englobarían temas de calidad de productos, atención al cliente, seguridad, continuidad operativa, emergencias, crisis y medioambiente. Si fuera necesario para tener un documento más adaptable también se recomienda establecer una Política de *Compliance* o Cumplimiento regulatorio independiente, más deberá tener especial atención la coordinación con el Programa completo y el CCE.

Asimismo, los procedimientos como elementos de estructura claramente operativa seguirán

los lineamientos del Programa, el CCE y las Políticas que sean de alcance general, mas permitirán que se puedan adaptar al día a día y a las actividades que tengan una variabilidad mayor, generalmente sujetas a cambios regulatorios ordinarios o a cambios en las tecnologías que en el contexto actual de los negocios modifican de manera casi constante las formas y las instrumentaciones de muchas actividades dentro de la provisión de productos y servicios. Clave es la coordinación que debe hacer el Responsable de *compliance* para controlar que los cambios operativos o de continente no afecten la esencia ética y de sustentabilidad de los principios culturares y rectores que dispone el CCE. La forma y los mecanismos no deben cambiar el foco trascendente de los principios éticos del *compliance* y por tanto es función de todos los generadores de políticas y procedimientos en una organización controlar o verificar que las regulaciones creadas por ellos no entren en conflicto con los criterios básicos que promueve el CCE y el Programa.

Considerar en la instrumentación de procedimientos especiales y políticas que algunas cuestiones y sugerencias de la LRPPJ, en lo atinente al Programa, no bien no son obligatorias pueden ser previstas e incluidas por estos instrumentos. La LRPPJ y el decreto proponen como ya se mencionara mantener una periodicidad en la evaluación de riesgos, la implementación de canal interno de denuncias y la protección de dichos denunciantes, disponer de una sistemática de investigación a violaciones al CCE como también la verificación de la integridad de terceros con los que se celebren contratos en la relación comercial y la evaluación de la efectividad del PDC entre otros temas que darán mayor robustez al sistema de control de la organización.

En especial es clave que los procedimientos, sean actualizados con una frecuencia periódica para recibir los ajustes que las novedades tecnológicas o regulatorias prevén, y permitan que sean analizados para ver su homogeneidad con el Programa y el CCE. Los Sistemas de Gestión integrados brindan en este caso una gran ayuda, ya que a través del principio de la mejora continua permiten que la organización tenga una mecánica permanente de control y actualización que va más allá de las personas y cambios organizacionales y entrega un valor al control del *compliance* y el evitar la presencia de los riesgos que la LRPPJ intenta evitar en las Personas Jurídicas. Tanto organizaciones nacionales como internacionales proveen guías y ayudas a la hora de poder congeniar los sistemas integrados tradicionales con los de *Compliance*. En la Argentina el Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM) ha emitido en julio de 2017 la Norma IRAM 19.600 de Sistema de Gestión de *Compliance* la cual, siguiendo también la normativa de la *International Organization for Standardization* (ISO) 19600-2014, permite la instrumentación de un Programa de *Compliance* con un enfoque en la continuidad operativa y la evaluación de los riesgos de la organización (2).

V. Seguimiento de la efectividad en apoyo y comunicación

Como toda herramienta, el CCE deberá evaluarse en cuanto a su efectividad y apoyar su comunicación dentro de la organización.

En general se plantea que dicha evaluación es compleja y hasta se ha llegado a decir que no es posible de mensurar. Lejos de ello, luego del crecimiento de los reportes integrados y de triple resultado, existen guías y fundamentalmente indicadores como el *Global Reporting Inicitative* (3) o la Guía de *Reporting* Integrado de la *International Integrated Reporting Council* (IIRC) (4), que poseen una variedad de métodos de medición y análisis cuantitativos y cualitativos que permiten evaluar si el CCE es conocido y lo más importante aplicado por la organización.

Asimismo el Pacto Global de las Naciones Unidas (5), posee varias guías y documentos

(2) *http://www.iram.org.ar/index.php?IDM=44&IDN=599&mpal=no&alias=.*

(3) *https://www.globalreporting.org/standards/gri-standards-translations/gri-standards-spanish-translations-download-center/.*

(4) *http://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2015/03/13-12-08-THE-INTERNATIONAL-IR-FRAMEWORK-SPANISH-1.pdf.*

(5) *http://pactoglobal.org.ar/recursos/guia-practica-para-la-comunicacion-del-progreso-crear-transmitir-y-publicar-una-cop/.*

que pueden ayudar a las organizaciones para incluir dentro de su Programa elementos de evaluación de la efectividad del CCE y del grado de avance de la concientización de la cultura ética y de *compliance* de la organización. Específicamente para las empresas que requieren informar sobre su avance en la materia y tienen intenciones de comunicar a sus *stakeholders* sus lineamientos pueden utilizar modelos o guías que el Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible pone a disposición en su página de internet (6).

La visión que se propone del CCE como herramienta efectiva del establecimiento de una Cultura Ética dentro de la Organización, es fundamental para poder tomar concreto valor del beneficio que aporta al evitar los riesgos de Corrupción, verificar el *compliance* y fundamentalmente permitir la sustentabilidad de las actividades, en el entorno actual de los negocios donde, la incertidumbre en muchas industrias y negocios es la regla y no la excepción.

A posteriori de la evaluación se recomienda implementar una regular actualización del CCE, especialmente en el formato, ajustar la narración a las expresiones coloquiales y quitarle los rastros de tecnicismos y giros complejos. No existe actividad o principio ético que no pueda expresarse con lenguaje claro o a través de una historia o un pictograma. Imágenes y vínculos a videos pueden darle una vitalidad y credibilidad al CCE que permita la efectividad del mensaje.

(6) *http://www.ceads.org.ar/downloads/Guia%20Practica.%20Informes%20de%20Sostenibilidad.pdf.*

VI. Qué no se le puede pedir al CCE. Conclusión

Su importancia fue claramente detallada en los primeros detalles de este artículo, mas resulta importante no pensar que el CCE es el único elemento del Programa, si clave y fundacional, mas no el único.

Permitir que se propague en comunicaciones internas y externas especiales como reportes de sustentabilidad, gacetillas de prensa, web sitos y redes sociales internas y redes sociales externas sin dudas facilitarán mantener una fluida comunicación, divulgación y concientización de los objetivos de la organización en ética y *compliance*.

Los cambios de conducta o el establecimiento de una cultura ética en una organización dependen fundamentalmente de la consistencia entre el decir y el hacer. Para ello no hay mas recetas que las trabajo y la insistencia, si con apoyo en las modernas técnicas de enseñanza, y los consejos y nuevas técnicas que unen el *compliance*, con la psicología conductual y la evaluación de investigaciones utilizando *data mining* y sistemas de procesamiento de información para fundamentalmente prevenir los impactos dañinos de las faltas de cumplimiento regulatorio y violaciones a los lineamientos éticos.

Nuestro CCE, nos permite fijar las reglas básicas, elemento fundamental y en el cual hay que poner el máximo de empeño ya que es el cimiento sobre el cual se construirá todo el esquema de procesos, políticas y procedimientos que harán real las ideas que los visionarios iniciales y los colaboradores pondrán en ejecución en el día a día. Siguiendo a Lao-Tsé, este camino de mil pasos comienza con el primer paso.

Análisis periódico de riesgos de *compliance* y su impacto en un programa de integridad dinámico

POR **MARÍA MERCEDES DOMENECH** (*) (**)

De forma creciente en los últimos años, el entorno global muestra cambios continuos en materia social, política y económica, que impactan significativamente sobre hábitos, conductas y reglas de negocio, obligando a las organizaciones a dar una respuesta rápida. En este contexto de cambio, la gestión de riesgos toma vital importancia, convirtiéndose en un aliado para las organizaciones. Podríamos citar varias leyes, regulaciones, estándares y guías internacionales y nacionales que en los últimos años han modificado sus textos para profundizar y brindar mayor identidad al tema.

La incorporación de la gestión de riesgos como parte integral y central para la ejecución de la estrategia de la organización ya no está en discusión, es la forma de reconocer que la generación de valor y el riesgo no pueden ser analizados por separado, y como tal deben formar parte de todo proceso de toma de decisiones.

Esta tendencia creciente hacia la aplicación de enfoques basados en riesgos ha generado que en ocasiones convivan dentro de las organizaciones diversos enfoques, dependiendo del propósito y el alcance de la evaluación de riesgos. Si bien cada tipo de evaluación tendrá sus particularidades, es importante intentar que los distintos programas se alineen bajo una metodología y terminología común, en pos de generar eficiencia en la utilización de recursos y de lograr una mirada más amplia e integrada que se mida por parámetros comunes.

Podríamos distinguir tres grandes tipos de evaluaciones de riesgos que habitualmente conviven en las organizaciones:

(*) Socia de la práctica de *Risk Advisory* de Deloitte Argentina con más de 18 años de experiencia en gestión de riesgos corporativos, estrategias de ética y *compliance*, y control interno. Cuenta con amplia experiencia internacional que incluye países como Chile, Estados Unidos y México donde se radicó y lideró proyectos. Participó de proyectos para Compañías de primera línea nacionales e internacionales, liderando equipos multidisciplinarios en diversas industrias. Complementariamente a sus responsabilidades de servicio a clientes, se desempeña como líder de calidad y gestión de riesgos en su línea de servicio para la región de las Américas. Ha facilitado capacitaciones externas e internas en los temas bajo su especialización en Argentina, México, Estados Unidos y Colombia. Asimismo, colabora como miembro activo, panelista y orador en diversos eventos de gestión de riesgos, cumplimiento y auditoría interna.

(**) Las manifestaciones de este artículo sólo reflejan la opinión del colaborador y no deben interpretarse como opiniones de la firma a la cual pertenece.

	Gestión de riesgos corporativa	**Auditoría Interna**	***Compliance***
Objetivo	Identificar, priorizar y asignar responsabilidad por la gestión de riesgos estratégicos, operacionales, financieros y de reputación	Identifica y prioriza los riesgos que facilitan el desarrollo del plan de auditoría interna, para asistir el Directorio y a la Alta Gerencia, con la evaluación independiente de la efectividad de los programas de gestión de riegos y cumplimiento	Identificar, priorizar y asignar responsabilidad por la gestión de amenazas existentes o potenciales relacionadas con el incumplimiento legal o normativo, o conducta ética inapropiada que podrían generar multas o sanciones, daños a la reputación o la incapacidad de operar en mercados clave
Alcance	Cualquier riesgo que afecte significativamente la capacidad de la organización para lograr sus objetivos estratégicos	Riesgos asociados a estados financieros y riesgos de control interno, así como algunos riesgos operacionales y de cumplimiento que probablemente tengan un impacto material en resultados y estados contables	Leyes y reglamentaciones que la organización debe cumplir en todas las jurisdicciones en las que realiza negocios, así como políticas organizacionales críticas, independientemente de que esas políticas se basen o no en requisitos legales
Responsable usualmente designado	*Chief Risk Officer /* *Chief Financial Officer*	*Chief Audit Executive*	*Chief Compliance Officer*

Fuente: Risk Assessment in Practice —a research commisssioned by COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commision)— (2012)

I. La evaluación de riesgos de compliance

Diversas encuestas sustentan que el costo de incumplimiento para las organizaciones es muy superior al costo de cumplimiento. En particular, una encuesta realizada hace unos años por *Ponemon Institute* revelo que, en promedio, el costo de incumplimiento es 2,65 veces el costo de cumplimiento. La prevención requiere mucho menos tiempo y recursos que el esfuerzo de remediación, más aún considerando que al mismo tiempo se protege la marca y la reputación de una organización.

La evaluación de riesgos de *compliance* y el consecuente plan de acción que se diseñe en respuesta, debería contribuir con:

— Minimizar el riesgo de reputación.

— Disminuir el riesgo de continuidad de negocio y gestión de crisis.

— Mejorar la alineación con las prioridades estratégicas.

— Fortalecer la confianza y lealtad del cliente.

— Generar una mayor ventaja competitiva.

— Propiciar un mayor compromiso por parte de los empleados.

— Disminuir la exposición a multas, sanciones y litigios.

— Generar mayor confianza.

— Mejorar la asignación de recursos de ética y *compliance*.

— Acrecentar la visibilidad de los riesgos y las vulnerabilidades de la organización.

— Aminorar el costo de cumplimiento y maximizar la eficiencia.

Bajo esta premisa y acompañado por un contexto de creciente cambio y mayor complejidad en materia regulatoria, la gestión de riesgos de *compliance* ha tomado un indiscutible rol protagónico dentro la gestión de riesgos corporativa.

Una evaluación de riesgos de *compliance* adecuadamente enfocada debería permitirnos responder a los siguientes interrogantes:

— ¿Cuáles son los principales riesgos de ética y cumplimiento?

— ¿Qué cambios regulatorios y factores externos pueden afectar nuestro negocio?

— ¿Entendemos el impacto reputacional, operacional y financiero?

— ¿Estamos alineados con nuestras prioridades estratégicas y de negocios?

— ¿Qué tipo de fallas de cumplimiento crearían un riesgo de marca significativo o daño reputacional? ¿Dónde se originan esos eventos?

— ¿Cómo debe ser el diseño del programa de cumplimiento, la tecnología y los recursos necesarios?

— ¿Qué conocimiento existe de los planes de crecimiento (fusiones, adquisiciones, desarrollo de nuevos productos, nuevas geografías)?

— ¿Cómo se integra a los terceros relacionados en los planes de mitigación?

— ¿Cuál es el costo total de cumplimiento de la organización? ¿Se encuentra alineado con los principales riesgos identificados?

— ¿Cómo está posicionada la función de *compliance*?

— ¿Cuál es la responsabilidad del Directorio y la Alta Gerencia en caso de incumplimiento? ¿Cuán vulnerable es la organización hoy en día?

Al mismo tiempo que permita la identificación y medición de riesgos relacionados con los siguientes dominios que, entre otros, habitualmente integran un programa de estas características:

— Anticorrupción / Anti-soborno.

— Antimonopolio.

— Fraude / Delitos financieros.

— Protección al Consumidor y defensa de la competencia.

— Licencias y Permisos.

— Privacidad, protección y confidencialidad de datos.

— Cyber-seguridad.

— Relaciones laborales.

— Aduana: importación/ exportación.

— Seguridad e higiene.

— Seguridad de productos.

— Medioambiente.

Cabe destacar que más allá del propio modelo de operación de las organizaciones, cada industria cuenta con sus particularidades, y como tal tendrá dominios que tomen más relevancia o nuevos que se incorporen, como temas de operaciones (medición y reporte del estado del servicio, reconexiones, etc.) en una empresa de servicios públicos o la seguridad de productos/ alimentación en sectores como laboratorios o manufactura.

Ahora bien, realizar una evaluación de riesgos de *compliance*, entendiendo por esto los principales requisitos de cumplimiento de políticas internas y leyes/regulaciones externas a los cuales la organización se encuentra obligada, puede resultar un gran desafío para las organizaciones. La amplitud y la diversidad de temas fácilmente abruman cualquier intento de abordaje. En este sentido, definir un perímetro de alcance y prioridades puede ser de gran ayuda. Los enfoques basados en riesgos facilitan la priorización de acciones, contribuyendo con la implementación de planes de acción más precisos, concretos y focalizados, y contribuyendo con una gestión más eficiente.

La definición de este perímetro se puede abordar desde dos ángulos complementarios con el propósito de integrar tanto los requisitos de cumplimiento internos como externos.

Por un lado, se pueden definir grandes áreas o temáticas (como los listados precedentemente) y, por otro lado, se puede complementar con la construcción de un inventario de regulaciones y los principales requisitos normativos externos.

Con este primer ejercicio deberíamos tener claridad acerca de nuestro mapa de obligaciones, para así poder trabajar en la construcción de un programa de *compliance* que aborde primero aquellas regulaciones o requisitos normativos (ya sea internos como externos) de mayor riesgo para la organización.

II. La evaluación de riesgos de corrupción y sus particularidades

La recientemente reglamentada ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria establece que el programa de integridad que definan e implementen las organizaciones, deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad, su dimensión y su capacidad económica.

Pensemos por un minuto que, del ejercicio realizado en la sección anterior, resulta que la ley 27.401 es una de las prioridades para nuestra organización. Tendremos entonces que trabajar en crear/adecuar un programa que responda a los riesgos de corrupción propios de nuestra organización. Podremos incluso en esta instancia definir si nuestro análisis se centrará exclusivamente en el riesgo de corrupción respecto de organismos públicos, o incorporaremos a dicho análisis la evaluación del mismo riesgo entre privados también.

Por lo tanto, no hay una respuesta única para el abordaje de una evaluación de riesgos de estas características ya que, como indicamos previamente, dependerá de diversos factores vinculados con la propia organización, tales como: el modelo de operación, la industria, el tamaño de la organización su apetito al riesgo, los recursos disponibles, entre otros. Sin embargo, podemos mencionar algunas condiciones mínimas que deberían reunir:

— *Tone from the top*: el programa (que parte de la evaluación de riesgos) deberá contar con el apoyo inequívoco de los máximos responsables de la organización.

— Enfoque integrado: el enfoque que se adopte deberá guardar relación con el programa de riesgos corporativos.

— Actualización periódica: el programa debe actualizarse con regularidad con el propósito de incorporar los cambios externos e internos que se produzcan.

— Prueba de efectividad: la efectividad de las acciones de mitigación que se definan deberá ser evaluada regularmente a fin de retroalimentar el programa.

Antes de comenzar con el proceso de evaluación de riesgos de corrupción, repasemos algunas definiciones:

¿Qué se entiende por corrupción?

Transparencia Internacional define a la corrupción como el abuso de poder confiado para beneficio privado.

¿Cuáles son las formas más comunes en que se manifiesta?

— Soborno: ofrecimiento, promesa, entrega, solicitud u aceptación de una ventaja como un incentivo para una acción ilegal, no ética, o que deriva en una violación de la confianza o en la abstención de actuar. Puede ser económica, en especie, en forma directa o a través de intermediarios. Algunas de las formas más frecuentes de soborno se presentan como pagos de facilitación, donaciones, contribuciones a campañas políticas, gastos de representación, esponsoreos, regalos, entre otros.

— Conflicto de intereses: un conflicto de interés ocurre cuando una persona (director, empleado o tercero relacionado) o entidad incumple un deber que le compete con la organización, en beneficio de otro interés.

— Colusión: si bien puede tomar varias formas, las más comunes son los acuerdos conspiratorios de precios o los acuerdos licitatorios pre-definidos.

— Patrocinio: se refiere a la selección de una opción sobre la base de contactos, independientemente de las calificaciones, mérito, o derecho.

— Acceso a información privilegiada y/o confidencial, que pudiera generar una ventaja competitiva.

— Evasión fiscal.

III. El proceso de evaluación de riesgos

III.1. Planificación de la evaluación de riesgos

La etapa de planificación es el momento apropiado para definir y/o confirmar el marco y la metodología a seguir en el proceso de evaluación de riesgos. Esto abarca aspectos tales como:

— Marco o categorías de riesgo a considerar.

— Alcance de la evaluación (corrupción público-privado, privado-privado).

— Direcciones o Gerencias a involucrar en el proceso.

— Definición de la tolerancia al riesgo.

— Metodología para la identificación de riesgos (entrevistas, encuestas, entre otros).

— Metodología para la evaluación de riesgos (cualitativa, cuantitativa o ambas).

— Definición de los criterios y escalas de medición.

Asimismo, en esta etapa, resulta fundamental comprender algunos factores externos e internos que hacen al modelo de operación y el contexto en el cual opera la organización, entre los cuales podemos citar: el modelo de operación de la organización, la industria y zonas geográficas en las que opera, los puntos de relación con organismos públicos, en contexto país/región, los intermediarios con los que opera, la historia de litigios o denuncias vinculadas con este tipo de delitos, los planes estratégicos de corto y mediano plazo, su situación político-económica y cambios en posiciones clave.

La información preliminarmente obtenida, permitirá identificar las áreas con mayor exposición a fin de definir el alcance y el abordaje más apropiado para la identificación de los distintos escenarios de riesgos.

Existen diferentes técnicas para la identificación de escenarios de riesgos, tales como entrevistas individuales, entrevistas por grupos de afinidad, encuestas, auto-evaluaciones, análisis de datos. Cada organización seleccionará el formato y enfoque que mejor se alinee con sus necesidades y capacidades. Más allá del método o los métodos que se seleccionen, es importante involucrar en el proceso a aquellos que conocen la operación, el alcance de las tareas y el contexto en el cual se desarrollan, a fin de que el ejercicio refleje la realidad de la operación y la viabilidad de las sugerencias de mejora.

III.2. Identificación de riesgos

Uno de los enfoques más populares para la etapa de identificación de riesgo son las entrevistas individuales o por grupos reducidos de afinidad. Las áreas que comúnmente forman parte de este proceso de entrevistas son:

— Gerencia general.

— *Compliance.*

— Legales.

— Auditoría Interna.

— Administración y Finanzas.

— Abastecimiento/Compras.

— Comercial.

— Comercio exterior.

— Asuntos Públicos / Relaciones con el Gobierno.

— Impuestos.

— Operaciones.

— Recursos Humanos.

— Seguridad y medioambiente.

Cada una de estas áreas realizará su aporte para la identificación de los riesgos, siendo los que se detallan a continuación, algunos ejemplos de escenarios usualmente tratados durante estas reuniones:

— Gestión de habilitaciones.

— Inspecciones.

— Renovación de licencias.

— Extensión de concesiones.

— Donaciones a distintos organismos (nacionales, provinciales, municipales).

— Programas fiscales existentes.

— Acuerdos de precio o condiciones comerciales diferenciales.

— Gestión aduanera en los diferentes puertos.

— Acuerdos sobre tasas municipales.

— Los procesos de licitación.

— Acuerdos paritarios.

— Regalos y entretenimiento.

— Entre otros.

Existen determinados factores que deberán analizarse con especial atención al momento de identificar los distintos escenarios de riesgo, tales como: la industria, la zona geográfica, el modelo de operación (descentralizado, centralizado, híbrido), el grado de tercerización de tareas, la alta dependencia hacia renovaciones de licencias, concesiones o grandes contratos sobre los resultados o la continuidad del negocio.

La información recolectada será consolidada en una matriz de riesgos, que podrá contener la siguiente estructura: el escenario de riesgo identificado, el proceso asociado, el organismo público relacionado, indicando si la interacción con el organismo es directa o a través de intermediarios, riesgo inherente, los controles relacionados, el riesgo residual, el dueño de proceso, y el plan de acción resultante. Esta matriz será complementada a lo las distintas etapas del proceso de evaluación de riesgos.

Si bien el propósito central de esta etapa es la identificación de riesgos, en la práctica es habitual que la identificación de riesgos y controles asociados se realicen en simultáneo. Esto dependerá del enfoque adoptado por la organización, la disponibilidad de los recursos afectados al ejercicio, y en ocasiones de la complejidad del área que se evalúa.

Las terceras partes y un rol protagónico dentro de la ley de responsabilidad penal sobre personas jurídicas

¿Qué se entiende por terceros relacionados? Los terceros relacionados son todas aquellas personas físicas y jurídicas que se vinculan con la organización, pero que no forman parte de la nómina o estructura de la misma, sus afiliadas ni subsidiarias. A modo de ejemplo podemos citar los agentes, representantes comerciales, intermediarios, socios de negocios, contratistas, distribuidores, operadores, entre otros.

La ley 27.401 en su art. 2º establece que las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el art. 1º de la misma, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

En el ejercicio de la identificación de riesgos, será entonces determinante identificar los terceros relacionados en los diferentes escenarios de riesgo. La identificación y mapeo de los terceros en la matriz de riesgos facilita la correcta medición del riesgo, y ayuda a definir la extensión necesaria para determinadas acciones de mitigación, como por ejemplo: la audiencia de capacitaciones, la comunicación de canales de denuncia, los procedimientos de debida diligencia, entre otros.

Más allá del impacto ya conocido en la reputación y la marca que pueda producir un vínculo de negocios que no se alinee con los principios de la propia organización en materia de ética y *compliance,* las organizaciones buscan vínculos cada vez más transparentes como eje central dentro de sus políticas de compromiso y adhesión con principios internacionales en materia de derechos humanos.

Los procedimientos de debida diligencia se han convertido en un aliado fundamental para las organizaciones que tienen como propósito incorporar a su cadena extendida en sus programas de sostenibilidad. Es así como, al iniciar (y mantener vigente) un vínculo con terceros, es imperativo ampliar los procedimientos de conocimiento tradicionales y evaluar no solo aspectos de solvencia y calidad, sino también de reputación, cumplimiento regulatorio, compro-

miso social, *cyber*-seguridad, conflictos de interés, responsabilidad social. Indagando acerca de programas existentes, así como hechos pasados. Las organizaciones deberán definir en función de sus capacidades y riesgos observados, y en la profundidad de los procedimientos a aplicar por cada tipo de tercero relacionado.

III.3. Determinación del riesgo inherente

El marco integrado COSO de ERM define al riesgo inherente como el riesgo al que se enfrentan las organizaciones ante la ausencia de cualquier tipo de acción por parte de la gerencia para reducir el impacto, la probabilidad de ocurrencia, o ambos. Por su parte, el término impacto se refiere al grado en que un evento de riesgo podría afectar a la organización. Mientras que la probabilidad representa la posibilidad de que ocurra un evento determinado.

En esta etapa, resulta determinante contar con la definición de criterios y escalas de medición, a fin de que las mediciones de los escenarios sean comparables y consistentes. La selección de la cantidad de criterios, las escalas y la nomenclatura a emplear, quedará a discreción de cada organización, siempre bajo la premisa de guardar consistencia con los criterios aplicados para la evaluación de riesgos corporativa.

Para la determinación del impacto se pueden tomar en consideración criterios cualitativos y cuantitativos. Se utilizarán ponderadores para cada uno de los criterios seleccionados con la finalidad de obtener un *scoring* final por cada escenario. Algunos aspectos a considerar al momento de determinar el impacto inherente de un escenario son:

— Impacto en la reputación de la organización.

— Impacto en la imagen de marca y repercusión en clientes.

— Impacto en la retención de empleados.

— Impacto económico derivado de sanciones, multas, lucro cesante, pérdida de beneficios fiscales, entre otros.

— Impacto legal y penal.

— Entre otros.

A continuación, compartimos un ejemplo de escala para medir el impacto.

Criterio	Impacto en reputación	Impacto económico	Impacto legal
Ponderación	**35%**	**30%**	**35%**
Alto (5)	Repercusión en medios internacionales o nacionales con impacto en imagen de mediano – largo plazo	Pérdida económica superior a $XX	Consecuencia penal para persona física y jurídica
Medio (3)	Repercusión en medios nacionales con impacto en imagen reversible en corto plazo	Pérdida económica entre $XX y $XX	Consecuencia personas físicas y jurídicas, pero sin responsabilidad penal
Bajo (1)	Repercusión en medios locales	Pérdida económica superior a $XX	Sin consecuencia para personas físicas

Respecto de la probabilidad, la misma puede expresarse utilizando mediciones del tipo alto, medio, bajo; o altamente frecuente, frecuente o poco frecuente. Nuevamente en este caso, la definición de alto, medio, bajo, estará asociada a criterios de medición.

Algunos aspectos a considerar al momento de determinar la probabilidad de ocurrencia de un escenario son:

— Historia pasada de la organización relacionada con este tipo de delitos.

— Historia pasada de la industria relacionada con este tipo de delitos.

— La cultura y el entorno de la geografía donde se perpetraría el delito.

— La complejidad del escenario y el nivel de conocimiento y habilidades requeridas para poder concretarlo.

— Entre otros.

III.4. Identificación de controles

Entendemos por control al conjunto de acciones diseñadas con el objeto de mitigar o minimizar un riesgo.

Durante el ejercicio de identificación de controles, que nos permitirá luego determinar el riesgo residual, podremos encontrarnos con dos grandes grupos de controles bien diferenciados. Por un lado, controles asociados con el gobierno del programa o controles también conocidos como de "nivel entidad" que operan como un marco de control general, al mismo tiempo que colaboran con el fortalecimiento de la cultura organizacional en materia de ética y *compliance*. Dentro de este grupo de controles, podemos citar:

— Estructura de gobierno y modelo de operación definido. Funciones designadas con roles y responsabilidades definidos y comunicados, comités de apoyo, entre otros.

— Código de ética y conducta.

— Estándares, políticas y procedimientos vinculados con ética y *compliance*.

— Programas de capacitación.

— Programas de comunicación.

— Canales de denuncia.

— Programas de monitoreo y auditoría.

Mientras que un segundo grupo de controles estará más orientado a responder a los escenarios de riesgos particulares, tales como: procedimientos de debida diligencia, declaraciones juradas relacionadas con conflictos de interés, controles de monitoreo específico de determinadas operaciones, arqueos, aprobaciones, entre otros.

Asimismo, los controles a definir podrán tener una finalidad preventiva o detectiva. Los primeros estarán orientados a desalentar la concreción de los escenarios, mientras que los segundos se orientarán a detectar las irregularidades que por diversos motivos (controles insuficientes, diseño inapropiado, control inefectivo) hayan logrado concretarse. Dado que es un sistema de control interno tiene como propósito brindar un nivel de seguridad razonable pero no absoluto, ya que la combinación de ambos controles resulta necesaria.

III.5. Determinación del riesgo residual

El riesgo residual puede interpretarse como aquel riesgo que subsiste después de haber implementado controles.

El objetivo primario de esta etapa es comprender cuán vulnerable es la organización a este tipo de delitos en su contexto actual. La vulnerabilidad se refiere al grado de susceptibilidad de la organización respecto de un evento de riesgo de cumplimiento en términos de su preparación para afrontarlo y responder al mismo.

Llegada esta etapa, ya habremos identificado escenarios de riesgo, medido el riesgo inherente, identificado los controles y determinado el riesgo residual. Toda esta información es capturada a partir de entrevistas individuales o por grupos de afinidad, para luego ser consolidada en una matriz de riesgos única. Al momento de consolidar la información, las evaluaciones individuales pueden reflejar algún sobre o sub valuación respecto del universo. Es por ello que se recomienda realizar una calibración final, idealmente mediante una sesión donde participen todas las gerencias involucradas. En esta instancia también es recomendable debatir el impacto agregado de los diferentes escenarios. Algunos riesgos podrán tener un impacto moderado para la organización, mientras que dicho impacto podrá modificar su significatividad si se manifiesta de manera conjunta con otros riesgos. De igual forma, comprender y documentar la tendencia de los riesgos) por ejemplo: creciente, decreciente, estable). En un horizonte de tiempo, puede resultar de utilidad

para focalizar o ratificar esfuerzos sobre determinadas áreas. La tendencia de un riesgo puede verse afectada por cambios en el ambiente regulatorio, cambios en la estrategia corporativa, cambios en el volumen o el tipo de operaciones, entre otros.

III.6. Respuesta al riesgo

Para encarar esta etapa del proceso, es deseable contar con una definición del apetito o tolerancia al riesgo, que servirá de base para definir la estrategia de respuesta a adoptar para los diferentes escenarios identificados.

Es difícil pensar en un umbral de tolerancia (distinto de cero) para este tipo de riesgos. Sin embargo, dado que el concepto de riesgo cero no existe y que los recursos organizacionales son finitos, es importante que la Dirección se pronuncie en este sentido, a fin de que la tolerancia se utilice como una herramienta para determinar la respuesta al riesgo, y para priorizar acciones dentro del plan de mitigación. Documentar los riesgos residuales y su plan de acción aporta transparencia a la construcción de un programa de ética y *compliance*.

Para aquellos riesgos que excedan la tolerancia definida, la organización deberá definir su estrategia de respuesta, la cual podrá incluir decisiones vinculadas a aceptar, compartir, reducir o evitar dicho riesgo.

Dependiendo de la estrategia seleccionada, los planes de mitigación pueden involucrar a las más diversas acciones; algunas de las cuales se alejarán de la esfera más tradicional orientada a reforzar el programa de integridad corporativo y podrán implicar decisiones de tipo comercial o de negocios, tales como discontinuar una línea de producto, una unidad de negocio, ciertos vínculos comerciales o zonas geográficas de operación. Es aquí donde el apoyo y la alineación de la alta gerencia toman un rol protagónico, ya que es importante que toda la organización se alinee bajo un mismo propósito y mensaje, con el fin de crear vínculos sustentables y transparentes con las autoridades, los terceros relacionados y la comunidad en general.

Completados los pasos descriptos, tendremos una matriz de riesgos cuyo impacto residual nos marcará las prioridades del plan de mitigación a ejecutar. La organización deberá priorizar dichas acciones y abordar su implementación con objetivos claros, fechas ciertas, responsables designados, y estricto seguimiento.

El plan de mitigación retroalimentará el programa de integridad corporativo, buscando lograr un balance entre la tolerancia al riesgo definida, la estrategia de respuesta seleccionada, los controles y los recursos disponibles.

El resultado de la evaluación de riesgos debe ser compartido con las distintas partes interesadas, incluyendo el directorio, el comité ejecutivo, las áreas de gestión de riesgos y auditoría interna, y los dueños de los riesgos.

IV. Un compromiso continuo y de toda la organización

Las organizaciones continuamente experimentan cambios derivados de factores internos y externos. Es por ello que, el proceso de evaluación de riesgos debe cumplir con ciertas características para que las organizaciones puedan percibir su valor y contribución real. El proceso debe ser metódico y periódico; pero a su vez práctico y simple. Estará en cada organización comprender qué enfoque y profundidad es más acorde para su nivel de madurez en el tema.

No se puede gestionar lo que no se conoce. La actualización periódica brinda la posibilidad de captar los cambios relevantes que exponen a la organización a nuevos y/o distintos escenarios de riesgo, y aproximarse a un conocimiento. Las novedades podrán presentarse por diferentes canales, todos válidos a la hora de mantener actualizado el registro:

— novedades directamente identificadas por la función de *compliance*, derivado de los distintos comités que integre, de ahí la importancia de conectar la función de *Compliance* las áreas operativas del negocio.

— novedades que informan espontáneamente los dueños de los procesos u otras funciones vinculadas con el proceso de evaluación de riesgos, actitud que se fomenta a través de la capacitación, donde se los instruye acerca de la importancia de reportar este tipo de cambios.

— novedades que surjan de la actualización periódica de la matriz de riesgos. Esta instancia

pre-establecida asegura un hito recurrente de revisión.

Los procesos de fusión, absorción, escisión o cualquier otro tipo de transformación societaria pueden afectar el perfil de riesgo de la organización, y como tal deberá evaluarse oportunamente su impacto a fin de tomar las acciones que sean necesarias en el marco de la tolerancia definida.

Un proceso de evaluación de riesgos debe estar acompañado de la definición de una estructura de gobierno que será responsable de coordinar la evaluación de riesgos, mantener actualizada la matriz, monitorear la ejecución del plan de mitigación en tiempo y forma, asistir con la implementación de acciones en caso de ser necesario, coordinar la comunicación con los respectivos grupos de interés, y retroalimentar las mejoras en el programa de ética y *compliance*. Es deseable que las funciones de gestión de riesgos y *compliance* se ubiquen lo más alto posible dentro de la organización y lo más coordinadas con las áreas operativas que son las que en definitiva ejecutan la estrategia a diario.

Por su parte, los propietarios de los riesgos serán responsables por la identificación, medición e implementación de los planes de mitigación para mantenerlos dentro de los límites de tolerancia aceptados.

Otro ingrediente clave en el proceso de gestión de riesgos son los sistemas de información. Para lograr eficiencia y efectividad en el proceso de gestión y cumplimiento, las organizaciones deben poder contar con el apoyo tecnológico apropiado, caso contrario puede resultar un gran desafío llevar adelante las tareas y monitoreo respectivos en tiempo y forma. La tecnología podrá aplicarse tanto a la propia tarea de gestionar los riesgos, así como aceleradores de los planes de mitigación que se definan.

V. La cadena de valor y la responsabilidad social empresaria

Las evaluaciones de riesgos corporativos tradicionales parten de definir el apetito o tolerancia al riesgo para luego identificar riesgos y controles, medirlo, y establecer un plan de mitigación que puede resumirse en todas o algunas de las cuatro estrategias mencionadas previamente: aceptar, compartir, reducir o evitar dicho riesgo. Pero, ¿qué pasa cuando el riesgo a tratar es un riesgo de corrupción? ¿Cómo se vinculan las estrategias que se seleccionan con el compromiso social que tenemos como organización? ¿Aceptar o compartir el riesgo siguen siendo alternativas?

Esto nos remite a la importancia de la interacción, alineación y coordinación de los distintos programas corporativos. El programa de ética y *compliance*, el programa de sostenibilidad, el programa de control interno, el programa de comunicación.

La lucha contra la corrupción es un desafío individual (como individuo y organización) y colectivo (como comunidad), un compromiso al desarrollo de un entorno económico, social y ambiental sostenible. Una organización que se compromete a la lucha contra la corrupción reconociendo, declarando y trabajando sobre las responsabilidades que le competen como empresa, forjará un programa de *compliance* que se alinee con estos principios.

Las organizaciones disponen de varios recursos para abordar este desafío, entre los cuales podemos mencionar a los Principios del Pacto Global de las Naciones Unidas (puntualmente el principio 10 que se centra en anticorrupción), los principios rectores de Derechos Humanos y Empresas, las iniciativas existentes en materia de cadena de valor, entre otros. Las organizaciones que diseñen (o vinculen) sus programas de sostenibilidad en función de estos principios rectores, podrán utilizar la matriz de riesgos de corrupción como una herramienta para conectar las declaraciones con las acciones concretas.

Más allá de la propia convicción de cada organización, el entorno global demuestra que los temas de gobierno corporativo, ética y *compliance* están dejando de ser un diferenciador para convertirse en un imperativo para hacer negocios.

La conducta que las organizaciones adoptan con relación al soborno en su ecosistema, incide sobre las conductas internas de sus colaboradores. Una organización que adopta prácticas corruptas tendrá mayores probabilidades de

exponerse a escenarios de corrupción; y viceversa. Un colaborador que observa que la organización que integra acredita este tipo de práctica, será más vulnerable a estos escenarios. En este sentido, el mensaje y el ejemplo de la Dirección y Alta Gerencia constituye un eje central dentro del programa de ética y *compliance*. El mensaje deberá ser claro y recurrente. La cultura de la organización se forja en gran parte de los mensajes y el liderazgo de la alta gerencia, de los valores éticos que se trasmiten y de la valoración del colaborador en este sentido.

VI. Fuentes citadas/consultadas

— *Ley 27.401. Ley de responsabilidad penal sobre personas jurídicas.*

— *ISO 37.001 anti-bribery management systems.*

— *Risk Assessment in Practice —a research commisssioned by COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commision)— (2012).*

— *A Guide for Anti-Corruption Risk Assessment, Global Compact (2013).*

— *Building world-class ethics and compliance programs. Making a good program great, Deloitte Touche Tohmatsu Services, Inc. (2015).*

— *The True Cost of Compliance Benchmark Study of Multinational Organizations, Ponemon Institute (2011).*

— *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: - Guía práctica. UNODC (2013).*

— *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, Guía para la interpretación. Naciones Unidas Derechos Humanos (2012).*

La implementación y gestión de los canales internos de denuncia y la política de protección de denunciantes contra represalias

POR **ANA LÓPEZ ESPINAR** (*) Y **HERNÁN CARNOVALE** (**)

I. Introducción

Si bien las líneas éticas tienen un largo recorrido en Argentina, lo cierto es que en nuestro país su implementación llegó principalmente por la adopción de buenas prácticas, aunque como se desarrollará más adelante, estas derivaron de la adopción de normativa internacional.

En Argentina, esta normativa se implementó en el marco del compromiso asumido por nuestro país en 1997 en la Convención Internacional sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) —y con el objeto de convertirnos en miembros plenos de esta institución— el Congreso sancionó la ley 27.401, más conocida como "Ley de Responsabilidad Penal Empresaria" que entró en vigencia el 1º de marzo de este año.

Con esta Ley, y por primera vez en nuestro país, las personas jurídicas privadas —ya sean de capital nacional o extranjero— son directamente pasibles de recibir sanciones penales, condenándolas por delitos contra el Estado. Pero esta ley no solo penaliza sino que también incentiva la introducción de prácticas de prevención a través de programas de integridad, sistemas de control, la autodenuncia y la figura de cooperación.

Desde su sanción, en noviembre de 2017, empresas de todo porte iniciaron una carrera contra reloj para ajustar sus políticas a las directrices de esta normativa, ya que aunque un porcentaje cada vez más creciente de empresas cuenten con políticas robustas de ética y transparencia, pocas de ellas hacen referencia a la prevención de corrupción, fraude y sobornos, en interacción con el sector público.

(*) Socia a cargo de la práctica de *Forensic Services* de KPMG en Argentina y miembro del *Global Forensic Steering Group* de KPMG. Ingresó a KPMG en 1997, fue promovida a socia en 2010 y cuenta con más de 18 años de experiencia profesional en Forensic. Contadora Pública Nacional, Lic. en Administración y Lic. en Sistemas de la Información de la UBA. Cuenta con un MBA de la UCEMA. Ha liderado diagnósticos e investigaciones de fraude y corrupción, en la Argentina y en el exterior. Asimismo, ha liderado el diseño, la implementación y la evaluación de Programas de Integridad, la elaboración de códigos de conducta, evaluaciones de riesgos de fraude, mapas de riesgo de fraude y corrupción, creación de Unidades Anti Fraude, implementación de líneas de denuncias y creación de protocolos para la gestión de las mismas.

(**) Contador Público de la Universidad de Buenos Aires y Socio de la práctica de *Forensic Services* de KPMG en Argentina, en donde se especializó en la prevención detección e investigación de fraudes y conductas irregulares hace más de 19 años. A lo largo de su carrera ha liderado numerosas investigaciones en Latinoamérica, así como también la implementación de líneas éticas en distintas industrias. También ha participado localmente y en el exterior de servicios de asesoría de prevención de lavado de dinero y financiación del terrorismo y en diversos proyectos de *Compliance*.

Los delitos que contempla la Ley están relacionados al vínculo entre los sectores privado y estatal y son el cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito y falsificación de balances (1), imponiendo como sanciones multas que serán de dos a cinco veces la ganancia obtenida ilegalmente por la empresa (con su correspondiente difícil tarea de cuantificarlo), suspensión total o parcial de actividades (sanción que incluso puede llegar a tener un impacto económico para la empresa más dañino que la primera), prohibición para participar en concursos o licitaciones estatales, pérdida o suspensión de los beneficios estatales y la disolución y liquidación de la personería solo en los casos en que hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito (2).

A modo de eximición o graduación de penas se tendrán en cuenta las políticas implementadas por la compañía para la prevención de este tipo de ilícitos (3), pero cobra especial importancia para aquellas entidades que contraten con el Estado (siempre y cuando los montos de las contrataciones alcancen determinados montos), en cuyo caso la implementación del Programa de Integridad o de *Compliance* es de carácter obligatorio (4).

Los componentes esenciales de este Programa son la elaboración o revisión de un código de conducta y de políticas orientadas a prevenir la comisión de los delitos contemplados en la ley, así como también la realización de capacitaciones periódicas sobre este Programa. Los restantes componentes son igualmente claves a la hora de determinación de una pena porque serán considerados a modo de graduación de las mismas.

Entre dichos componentes encontramos el análisis periódico de riesgos, apoyo visible e inequívoco al Programa por parte de la alta dirección y gerencia, canales internos de denuncia y políticas de protección de denunciantes, sistemas de investigación interna, procedimientos que comprueben la integridad y reputación de terceros (incluyendo proveedores y agentes o intermediarios) o socios de negocios, la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, monitoreos y evaluación continua del Programa de Integridad y la asignación de un responsable interno a cargo de la coordinación y supervisión de este plan (5).

Uno de los puntos que contempla el Programa de Integridad es la implementación de una Línea Ética (o como la ley lo menciona "canales" de denuncia) abierta a terceros y adecuadamente difundidos (6), junto con una política de protección de denunciantes contra represalias (7), por el cual se entiende como una herramienta dispuesta para que se puedan reportar situaciones irregulares o fraudulentas, siendo uno de sus ejes centrales que se brinde la opción de la realización de denuncias de forma anónima, o en el caso de que se tenga la identificación de quien reporta, que dichos datos sean manejados de forma confidencial garantizándole que no se tomarán medidas en su contra como producto de haber comunicado la situación de la que tuviera conocimiento.

II. ¿Por qué las empresas recurren a esta herramienta?

Podemos mencionar varios motivos, además por supuesto de los establecidos en una norma. Uno de los más relevantes es quizás que los mejores informados sobre las conductas irregulares suelen ser los empleados o, eventualmente, los proveedores, que pudieron verlas u oírlas, pero que por no saber a quién acudir en algunos casos o por temor a represalias, permanecen en silencio.

La implementación de una Línea Ética permite realizar a la dirección de la compañía una gestión centralizada y eficiente en la administración de riesgos y minimizar pérdidas eventuales sufridas por fraudes u otras conductas irregulares o contrarias a su código de ética, consistente con el conjunto de mecanismos de control que tienen por fin la prevención y detec-

(1) Ley 27.401 art. 1º.

(2) Ley 27.401 art. 7º.

(3) Ley 27.401 arts. 8º y 9º.

(4) Ley 27.401 art. 24.

(5) Ley 27.401 art. 23.

(6) Ley 27.401 art. 23 inc. III.

(7) Ley 27.401 art. 23 inc. IV.

ción de los ilícitos contemplados en esta nueva ley.

En los últimos años el crecimiento en el uso preventivo y detectivo de esta herramienta fue exponencial a raíz de distintos casos de gran resonancia, con consecuencia normativa en mucho de ellos, sobre todo en lo relativo a la aplicación de mejores prácticas de gobierno corporativo.

Si bien es cierto que su inclusión en la normativa vigente parece un elemento novedoso en la Argentina —solo algunas menciones soslayaban la buena práctica corporativa de contar con un sistema para reportar conductas irregulares—, lo cierto es que varios países en la región como Chile, Brasil, Colombia y Perú —sin siquiera contemplar el plano mundial en la comparativa— nos llevan una clara ventaja temporal en asimilarlo como un elemento de gran ventaja en la lucha de no solo contra la corrupción, sino también de cualquier comportamiento contrario a los valores de la empresa.

Así, por ejemplo, y a modo de antecedente normativo nacional, nos encontramos con los lineamientos establecidos por el Banco Central de la República Argentina para la gestión integral de riesgos, en el marco operacional, que establecen que las entidades financieras deben contar con un proceso de seguimiento y prevención de los eventos de pérdida operativa, definiendo a estos como, entre otros, los derivados de fraudes internos.

Sin embargo, el antecedente normativo más relevante de la Línea Ética en el escenario mundial es sin dudas la Ley *Sarbanes-Oxley* del año 2002 (8), que se sancionó como resultado del resonante caso *Enron* (9) comúnmente señalado como el mayor fraude, o por lo menos el más escandaloso, de la historia, reportando a través de sus estados contables ingresos ficticios, ocultando pérdidas y obteniendo así financiación de inversiones en apariencia sumamente rentables, pero realizadas sobre un fundamento irreal manipulado.

Aunque no existe mención expresa en la ley 27.401 o en otras normas que determinen o recomienden la contratación de un tercero para proveer de estos canales, lo cierto es que cada vez más cantidad de empresas optan por que sea provisto de manera externa, basándose como eje central en brindar a sus empleados las garantías de manejo confidencial de la información y anonimato que brinda un tercero independiente, así como también a modo de respuesta adecuada y tratamiento de los hechos que fueran vertidos por quien realiza la denuncia. Para ello es clave un protocolo que estipule de forma clara quiénes serán las personas o áreas que tendrán a su cargo la recepción de una denuncia realizada, su análisis y posterior investigación, así como también establecer cómo es el procedimiento en caso de que una de esas personas o áreas sean las que están involucradas en esa potencial irregularidad.

En el ya mencionado caso *Enron*, por ejemplo, la compañía sí contaba con un canal interno de denuncias, cuya utilización incrementó considerablemente pocos meses previos a que el fraude se tornara de conocimiento público —que fue de 2 denuncias por mes en el 2000 a 2 por día en el 2001— (10). Pero justamente de dicha experiencia se manifiesta la necesidad de estipular a través de protocolos internos el correcto tratamiento de la información, siendo que en Enron las personas que tomaban y le daban curso a las denuncias eran justamente quienes más involucrados estaban.

En su sección 301 la Ley *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) requiere que las empresas que coticen en bolsa deben contar con una Línea Ética. La *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (11), por su parte, también lo indica (12). Y a través de

(8) Sarbanes-Oxley Act of 2002.

(9) *Enron Creditors Recovery Corporation*, compañía energética estadounidense.

(10) Brewer, Lynn - Hansen, Matthew Scott, *Confessions of an Enron Executive: A Whistleblower's Story*, AuthorHouse, 1ª edición, 08/10/2004, p. 13.

(11) FCPA: ley de Estados Unidos que data de 1977, que prohíbe a las compañías de dicho país, o a cualquiera de sus subsidiarias, independientemente de dónde estén ubicadas sus operaciones y sus empleados, el propiciar directa o indirectamente el soborno a funcionarios públicos en el extranjero con el fin de beneficiarse de esta acción.

(12) *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* del año 2012.

la *Dodd-Frank Act* se terminó de dar el marco de protección a los denunciantes, proponiendo también la novedosa, y no por ello menos controversial, figura de incentivos, lo cual provocó la proliferación en el país Norteamericano de estudios jurídicos dedicados solo al patrocinio de los *whistleblowers* (denunciantes). Acorde al reporte anual de 2017, solo en ese año la SEC (*U.S. Securities and Exchange Commission*) brindó $50 millones de dólares a 12 individuos que realizaron denuncias, cumpliendo previamente con determinados requisitos (13).

En un plano más regional, los de más reciente inclusión legal, pero aun así anteriores a su aparición en Argentina, son las leyes 30.424 y 1778, de Perú y Colombia respectivamente. Ambas datan del año 2016 y proponen como forma de paliar a los actos de corrupción y soborno la elevación de los estándares de prevención y denuncia.

Anterior a ellas fue la Ley de Anticorrupción 12.846 de Brasil, del año 2013, que determina la implementación de un canal de comunicación que contribuya a la disminución de potenciales prácticas de corrupción, fraude o cualquier otra conducta irregular dentro de la compañía.

Y la pionera fue Chile con la ley 20.393 del año 2009, que además de establecer la responsabilidad penal para las personas jurídicas por los delitos de lavado de dinero, terrorismo y cohecho, motiva a las empresas a realizar los mayores esfuerzos por prevenir la ocurrencia de dichos ilícitos.

III. Beneficios de implementar una línea ética

Pero más allá de que vasta normativa, ordene o sugiera según el caso a las empresas contar con Líneas Éticas, ¿se puede traducir esto en beneficios palpables para la compañía?

Abundan en este aspecto encuestas y análisis de los más diversos tipos, entre ellos se destacan los de ACFE (14), que de forma bianual pondera, entre otros temas, el impacto que puede tener este canal en las empresas de alrededor del globo. Recientemente publicado el informe bianual de 2018, continúa arrojando las mismas estadísticas desde hace más de doce años consecutivamente: la Línea Ética es a nivel mundial el principal método de detección de fraude y conductas irregulares en cualquier organización alrededor del mundo.

De esta forma, el 40% de los fraudes son detectados en las compañías a través de una denuncia. Le siguen como fuentes de detección: auditoría (15%) y revisiones gerenciales (13%). El 53% de estas denuncias son reportadas por empleados, el 21% por clientes, y el 8% por proveedores.

Fue demostrado, a través de distintos estudios, que las organizaciones que disponen de este canal de comunicación reducen considerablemente el tiempo de detección de fraude con respecto a aquellas entidades que no cuentan con esta herramienta, cumpliendo además con una importante función de disuasión para la tentativa de este tipo de hechos y conductas irregulares. Cuando hay una Línea Ética en la empresa, los esquemas de fraude son detectados en un promedio de cinco meses antes que en empresas sin Línea Ética.

Pero no sólo repercute en los tiempos de detección sino que también impacta directamente en las pérdidas operativas que ocasionan los esquemas de fraude en una entidad, haciéndolas disminuir considerablemente, se calcula que alrededor de un 60%.

¿Cómo afecta un fraude a una entidad? Según un estudio de la misma organización (15), la industria más afectada por casos de fraude es la financiera, pero en las que más impacto económico tienen —con un promedio de pérdida de entre USD 525.000— son en las compañías de comunicación.

En Argentina mientras, según una encuesta realizada por KPMG en el año 2016, cuatro de cada 10 encuestados (44%) admitieron que en sus compañías hubo un hecho de fraude, y entre los que reconocieron dicha situación, el 70%

(13) *https://www.sec.gov/files/sec-2017-annual-report-whistleblower-program.pdf.*

(14) *Association of Certified Fraud Examiners.*

(15) Fuente: Association of Certified Fraud Examiners, "2018 Report to the Nation on occupational fraud and abuse".

confirmó haber tenido más de un caso ¿cuáles fueron los más comunes? La malversación de activos fue el tipo de fraude más frecuente (52% de los casos) con una pérdida promedio de USD 50.000. La manipulación de los estados financieros fue la categoría menos frecuente (3% de los casos) pero con un impacto económico mayor a USD 100.000. La falta de controles internos y la debilidad en la cultura ética han sido las principales causas señaladas por los consultados para que el fraude ocurriera (41% y 31% respectivamente). ¿Y qué rol cumple la Línea Ética en este escenario? En el 19% de los casos fue el mecanismo de detección (16).

Aún hoy, cuando su implementación y utilización no parece ya revestir demasiada oposición, aún hay cuestiones no menores que se siguen debatiendo y que incluso pueden ocasionar opiniones trasversalmente opuestas y que deben ser resueltas previo a su ejecución, tales como: ante un determinado tipo de objeto de denuncia ¿se debe requerir la identidad de la persona que realiza la denuncia?; ¿de qué forma se puede asegurar al denunciante que no sufrirá represalias?; y principalmente: ¿quién es el responsable interno de darle curso e investigar una denuncia?.

La tendencia general, y parte también del objeto de contar con una Línea Ética es justamente poder garantizar la alternativa de que la denuncia pueda realizarse de forma anónima y que en el caso de que revele su identidad o que se desprenda su denuncia, que dicha persona no sufrirá represalia alguna. En el caso de Chile, por ejemplo, por una imposición del tipo legal, las denuncias de acoso sexual no pueden realizarse anónimamente, siendo necesaria la identificación de quien está brindando los datos para que la misma pueda tomarse, pero en ocasiones esta imposición puede desmotivar a alguien que está en la duda de dar a conocer un caso de esta naturaleza.

Según una información recabada por la misma consultora, a lo largo de los años de prestación del servicio, el porcentaje de anonimato de las denuncias, más allá del objeto del reporte en sí, depende de dos factores: del país y su idiosincrasia, y también del cargo del denunciante. En Argentina, solo el 18% de los denunciantes se identifican y suelen solicitar una respuesta rápida a su denuncia. En Brasil lo hace el 22%, y es normal que se realice una misma denuncia en reiteradas ocasiones y por diversas vías para procurar así un mayor impacto. Por su parte Chile tiene el porcentaje mayor de denuncias donde su autor aporta datos identificatorios y de contacto, con un 44% de los casos. Pero un denominador común es que a mayor posición jerárquica menor porcentaje de anonimato.

En función de lo dicho anteriormente y también por requerimiento legal, se desprende que éste debe ser acompañado de normas claras y transparentes, y un Código de Conducta que lo complemente, que cumplan una triple función: incentivar denuncias, proteger al denunciante y desalentar la ocurrencia de conductas irregulares, evidenciando así que beneficia a la empresa y al empleado por igual.

Otro indicador relevante es que las empresas medianas tienen un impacto mucho mayor en el monto promedio del fraude sufrido (USD 200.000) que las empresas de mayor envergadura (USD 104.000), mientras que el tiempo promedio de detección es de 18 a 24 meses. Las personas que realizan denuncias en la línea ética, siguen utilizando como principal canal de denuncia la línea telefónica.

Para concluir este punto con la última mención al estudio de ACFE de 2018, se mencionan los siguientes seis *red flags* identificados en los defraudadores en la mayoría de los fraudes detectados en los últimos 10 años: vivir por encima de posibilidades, dificultades financieras, relaciones inusualmente cercanas con clientes o proveedores, temas de control y poca voluntad para compartir tareas, divorcios y problemas familiares y actitud negociadora o especuladora.

IV. Administración e investigación de las denuncias recibidas en la línea ética

Cómo se deben abordar las denuncias y quién les dará curso, nunca es una pregunta fácil de responder, ya que dependerá del porte de la empresa y la segregación de funciones.

Apalancados en la mención de la ley, en el artículo sobre el Programa de Integridad y la

(16) *https://home.kpmg.com/ar/es/home/Tendencias/2016/10/encuesta-de-fraude-corporativo-2016.html.*

designación de un responsable interno a cargo de su coordinación y supervisión, suele entonces dejarse a su mando la interlocución entre ser el receptor de la denuncia y quien realice la investigación de la misma, que en la mayoría de los casos es el departamento de Auditoría o de *Compliance*.

En la vereda opuesta, se encuentran las empresas que lo dejan a cargo de un cuerpo colegiado, habitualmente conformado por representantes de las áreas de *compliance*, auditoría interna, legales y recursos humanos, para su tratamiento y seguimiento de forma conjunta.

En un caso u otro, se debe prever desde un inicio su escalonamiento o procedimiento alternativo en caso de que estas personas sean mencionadas o involucradas en la denuncia, siendo esta también una forma de proteger a quien la realiza.

Esta tendencia implica un cambio de foco empresarial de la detección a la prevención, y que no solo se trata del actual requerimiento estatal sino que también se corresponde con exigencias internacionales, siendo muchas veces necesario para una empresa local postularse como proveedora de ciertas multinacionales, el cumplimiento de estándares que sirvan de "garantías" de su cultura de cumplimiento y buen gobierno corporativo, atrayendo así a inversiones extranjeras.

El nuevo foco se condice también con las nuevas resoluciones de la UIF contra el lavado de activos y financiamiento de terrorismo, que desde el año pasado propone y obliga a diversos sujetos obligados a abordar con esta misma perspectiva basada en riesgos no solo a su operatoria, sino también a su cartera de clientes, en consonancia con la más vigente normativa aplicable al mundo empresarial.

Como sabemos, gran parte de la credibilidad y confianza que una línea ética genere con sus empleados dependerá directamente de la investigación oportuna de las denuncias recibidas. Para esto cada organización deberá realizar una investigación objetiva y que en la medida de la posible informe al denunciante el resultado de la misma.

Cabe aclarar en este último punto que por distintos motivos, no siempre es tan sencillo llevar a la práctica.

La implementación de una línea de denuncias es un componente esencial en el armado de un plan de prevención de fraudes, siendo, junto al código de ética, uno de los pilares para la gestión de riesgos en cada organización, y que puede ser aprovechado por las empresas en el caso de que éstas maximicen las ventajas que este cambio cultural en el ámbito empresarial puede tener tanto a nivel interno —detraimiento de ocurrencia de conductas fraudulentas o irregulares, disminución de pérdida económica como consecuencia de ellos, fortalecimiento de controles internos la graduación de penas, etc.—; como a nivel externo —un mejor posicionamiento en el mercado (habilitando contratación con el Estado o empresas multinacionales) y elevando su consideración reputacional—.

Este proceso por supuesto no se realizará únicamente con la implementación de una línea ética, ni tampoco de la noche a la mañana con un nuevo código de conducta ni con un programa de integridad, sino que será un proceso en el cual resultará clave entre otras cosas, realizar y mantener en el tiempo una comunicación y capacitación constante acompañado del concepto de *tone at the top*.

Acorde a lo dispuesto por el dec. 277/2018 (17) que reglamentó la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria y en línea con lo que desde inicios de las discusiones, se perfiló como el organismo a cargo de brindar el lineamiento, siendo su ente propulsor que le dio curso en cada una de sus instancias, será la Oficina de Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la responsable de indicar los principios que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido por el articulado referido al Programa de Integridad de la Ley, así como también será el encargado de tornar operativo lo dispuesto en relación a acreditar la existencia del Programa como condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional.

La transformación que deben llevar a cabo las empresas no será un esfuerzo imposible e incluso permite la integración de una metodología basada en riesgos con otras acciones que ya se hayan adoptado a nivel organizacional. Muchas

(17) Dec. 277/2018, reglamentación ley 27.401 del 05/04/2018 publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 06/04/2018.

tienen gran parte de los componentes implementados, el desafío en este caso será reunirlos, adaptarlos a los requerimientos provistos, a los riesgos propios de la organización y a su formalización.

El famoso proverbio "prevenir es mejor que curar" nunca tuvo más auge como ahora en esta era del *Compliance*, y este apoyo e impulso, con las medidas que se han tomado en este sentido, es también sin precedentes. La cultura de la transparencia empresarial parece que ha llegado para quedarse, aunque aún tiene un largo camino por recorrer, y la Línea Ética es un gran aliado para alcanzarla.

La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal

POR **DIEGO H. MARTÍNEZ** (*)

La reciente sanción de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 27.401 (en adelante, la Ley) representa un importante cambio, tanto en el marco legal que orienta la actividad de las empresas como en el ecosistema anticorrupción de la Argentina. Por primera vez las personas jurídicas serán responsabilizadas económicamente por los delitos asociados a la corrupción (1) que cometa cualquier persona física en su nombre, interés o beneficio.

Con la sanción de la Ley argentina no sólo ajustó su legislación a las exigencias de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OCDE y saldó una deuda histórica frente a la comunidad internacional (2). Además, introdujo importantes modificaciones en las reglas de juego de la interacción entre los sectores público y privado.

Los efectos de estas nuevas reglas de juego aún no se visualizan con claridad (3). Su configuración concreta dependerá de la aplicación que realicen de ellas los operadores del sistema de justicia y de la administración pública. Pero aún sin evidencia sobre cómo será su interpretación y aplicación es posible aventurar que algunos aspectos de la vida de las empresas y de su interacción con el estado que se verán fuertemente modificados en los próximos años (4).

(*) Abogado especializado en anticorrupción y *compliance*. Diplomado en *Compliance* y Derecho Penal por la Universidad Austral y Certificado como Profesional en Ética y *Compliance*. Asistió en el diseño e implementación de políticas de integridad a diferentes organizaciones incluyendo el Ministerio de Defensa, Vialidad Nacional, Fabricaciones Militares, Poder Ciudadano y la Oficina Anticorrupción. Codirige la Comisión de *Compliance* en el Sector Público de la Asociación Argentina de Ética y *Compliance*.

(1) Los delitos contemplados son cohecho (trasnacional y doméstico), tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, concusión, enriquecimiento ilícito, balances e informes falsos agravados (art. 1º).

(2) Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, "Informe de evaluación de Argentina de Fase 3 sobre la implementación de la Convención contra el Soborno Trasnacional". Allí se remarcaba que 16 años después de haber ratificado la Convención, Argentina aún no había cumplido su compromiso internacional de establecer la responsabilidad corporativa por corrupción. De los más de cuarenta países suscriptores de dicho instrumento internacional Argentina era entonces el único que aún exhibía ese pendiente en su legislación nacional. Informe disponible en: *http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf* (18/04/2018).

(3) Ni han comenzado a sentirse todavía, más allá del incremento de la discusión académica sobre la responsabilidad corporativa y el *compliance* o de los tímidos movimientos de las compañías hacia la reforma de sus diseños internos de control y vigilancia.

(4) Entre los más relevantes: cómo participan en licitaciones, cómo se organizan internamente para lidiar con solicitudes indebidas por parte de funcionarios (y para desincentivar ofrecimientos indebidos por parte de su línea directiva o gerencial, su fuerza de ventas, su operación), qué dispositivos arbitran para detectar comportamientos indebidos de sus propios integrantes y

En el esquema planteado por la Ley, los programas de integridad cumplirán una función decisiva. Con las particularidades que se verán más adelante, su adopción parece encaminada a convertirse en el paso decisivo para reorientar la *performance* de las empresas en su relación con el Estado, tratar sus riesgos penales y, llegado el caso, estructurar su defensa frente a posibles investigaciones.

En otra oportunidad me ocupé sobre el impacto legal de la exigencia de tales programas en el marco de las compras y contrataciones públicas y la evaluación de su carácter adecuado por las autoridades contratantes (5). Ahora pretendo analizar su impacto concreto sobre la persecución criminal de la empresa.

I. Los programas de integridad en la ley 27.401

En la Ley se define "programa de Integridad" como el "conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos" comprendidos en ella. Se exige, además, que el programa guarde "relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica" (art. 22).

Se establece allí que las personas jurídicas "podrán implementarlos", de lo que se desprende que su adopción no es obligatoria. Sin embargo, contar con un programa podría representar una importante ventaja para la empresa que se encuentre bajo investigación criminal dada la importancia que la Ley asigna a su adopción.

En efecto, su "adecuada implementación produce, para la ley bajo estudio, las siguientes consecuencias: eximirla de responsabilidad penal si realiza una autodenuncia espontánea y devuelve el beneficio intentado u obtenido (art. 9º), ser un atenuante en la graduación de la eventual sanción penal (art. 8º), ser una condición necesaria para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18)..." (6).

Si bien no son obligatorios, sí resulta mandatorio, en caso de que la persona jurídica elija tener un programa, integrar en ellos el tres elementos específicos: a) código de ética (7), b) reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las contrataciones y otras interacciones con el sector público, c) capacitación periódica.

Junto con estos, y a mero título ejemplificativo, la ley enumera una decena de otros elementos posibles, pero no los define, no los coloca en un orden de prelación dado ni excluye la elección de otros no enunciados (8).

En definitiva, de acuerdo a sus riesgos (la ley tampoco brinda detalle exhaustivo de qué tipo de riesgos tomar en cuenta ni cómo ponderarlos) y características propias, la empresa elaborará su propio programa tomando en cuenta tanto las pautas obligatorias y las orientadoras de la ley, poniendo atención en que constituya, a la postre, un sistema de supervisión y control *adecuado* (art. 9º).

Frente a este marco legal, el profesional que emprendiera la tarea de diseñar e implementar

reaccionar frente a ellos, qué estrategia adoptan cuando una investigación criminal por corrupción (o un mero trascendido periodístico) los salpica.

(5) Martínez, Diego, "Programas de integridad de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria por Corrupción. Exigencias en el ámbito de las compras públicas a la luz de la reglamentación", en proceso de publicación por Ediciones RAP, *Revista de Administración Pública*.

(6) Durrieu, Nicolás - Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley de Responsabilidad de la Persona Jurídica por Hechos de Corrupción", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 77, nro. 2, diciembre de 2017, p. 42.

(7) O "la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley" (art. 23).

(8) I. Análisis periódico de riesgos; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Política de protección de denunciantes; V. Sistema de investigación interna; VI. Debida diligencia hacia terceros o socios de negocios, VII. Debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones. VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Responsable interno del Programa de Integridad; X. Cumplimiento de las exigencias reglamentarias (art. 23).

un programa (o revisar o reformar uno existente) podría preguntarse: ¿qué autoridad y de qué manera evaluará este programa en el futuro? ¿Será éste suficiente para evitar las sanciones? ¿Servirá como carta de negociación de un acuerdo de colaboración eficaz? ¿Podrá al menos tener un efecto atenuante de la responsabilidad? ¿Cómo, dónde y cuándo ha de explicar la empresa las razones por las que se decidió a adoptar tal o cual programa con tales o cuales elementos?

Se trata, por cierto, de preguntas que no tienen una respuesta unívoca, sino que dependen de cuál sea en concreto la autoridad bajo cuyo estudio se encuentre el programa, así como del momento de la vida de la empresa o el estadio procesal de la investigación penal en el que se plantee la discusión. En los próximos apartados, intentando hallar algunas de las respuestas, se identificarán los diferentes roles asociados a la aplicación, interpretación y reglamentación de la Ley y los distintos tipos de análisis que las autoridades de persecución pueden llegar a realizar sobre la pertinencia y adecuación de los programas de integridad en diversas etapas del proceso penal.

II. El programa frente a las autoridades que aplicarán la Ley

¿Qué autoridades aplicarán la Ley? ¿Cuál será la que diga que tal programa era el adecuado en el caso concreto? ¿Cuál será la que instruya, en general, sobre la mejor manera de hacer programas adecuados? Tales cuestiones merecen estudiadas y aclaradas poniendo especial cuidado en distinguir las competencias para: a) interpretar y aplicar, b) reglamentar y c) elaborar guías o consolidar estándares en relación a la Ley. Del ejercicio de cada una de éstas por diversos operadores derivarán pautas relevantes sobre cómo se realizará luego la evaluación.

En lo que hace a su interpretación y aplicación, es importante llamar la atención sobre el gran número de jueces y fiscales, federales y ordinarios, de instrucción y de juicio, en funciones de investigación y revisoras, que aplicarán la Ley.

En la medida en la que los funcionarios públicos en relación a los cuales pueden entablarse las relaciones corruptas son tanto los nacionales como a los provinciales y municipales, habrá múltiples posibilidades de aplicación de la ley penal tanto en el ámbito federal y como en cada jurisdicción penal ordinaria local, y por ende múltiples intérpretes actuando de acuerdo a ordenamientos procesales diferentes. En consecuencia, una visión integral de los criterios interpretación y aplicación concretos de la Ley sólo derivará, tras de la actividad y la práctica de un sinnúmero de operadores de los sistemas de justicia federal y ordinario, sin olvidar también la influencia que pueda llegar a tener la actuación como querellantes de agencias estatales (Oficina Anticorrupción, UIF, BCRA y AFIP, entre otras).

En lo que hace a la reglamentación de la Ley el reciente dec. 277/18 estableció algunas previsiones sin responder todos los posibles interrogantes que ésta despierta, dejando abierta la puerta a normativa reglamentaria adicional. Puntualmente el decreto confiere a la Oficina Anticorrupción la responsabilidad de establecer aquellos lineamientos en relación a los arts. 22 y 23 de la Ley, precisa la escala de monto de los contratos administrativos en los que se exigirán programas y subordina la acreditación de éstos en los procedimientos licitatorios a lo que se establezca en los pliegos de cada autoridad convocante.

La propia redacción de la Ley conduce a descartar que pueda existir una única reglamentación que resuelva todos los dilemas de implementación y aplicación. Así alude a las "exigencias reglamentarias" que puedan dictar "las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica" dentro de la enumeración de los elementos facultativos de un programa (art. 23) (9).

El abierto catálogo de quienes podrían, no ya simplemente aplicar sostenidamente la Ley sentando criterios, sino además *reglamentarla*, deja claro que el legislador —haya tenido o

(9) Amén de anticipar, al referirse a la "reglamentación" que será esta la que brinde pautas para analizar la relación del programa con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica (art. 22).

no presente cuáles serían en última instancia aquellos organismos con "poder de policía"—ha presupuesto que su reglamentación de la Ley no se limitaría a uno o varios actos de una misma autoridad. Por ende, bien podrá estar conformada por un entramado disperso de decisiones generales sobre el régimen que tomen, en distintos momentos, diversas autoridades competentes (10). Algunas de estas podrían influir sobre la interpretación que se haga en el ámbito penal, sin perjuicio de que la finalidad principal de la reglamentación parecería, en nuestro escenario, orientarse a reglar el rol de las autoridades administrativas.

Por último, cabe detenerse en la función de guía técnico. Es que más allá de la aplicación de las previsiones de la ley en el marco de cada proceso —o de la reglamentación que complete posibles vacíos o clarifique zonas grises—existe, considerable margen para actuación por las agencias especializadas en lucha contra la corrupción (estemos o no dispuestos a llamarlas "autoridad de aplicación" (11) o denominación similar) en un rol asociado a la definición de contenidos técnicos generales relevantes para la interpretación y aplicación de la norma que hagan *otros*.

Estas facultades, como se ve, de manera consonante con lo que sucede en el ámbito comparado (12), han sido conferidas a la Oficina Anticorrupción por el dec. 277/18 en la forma de potestad para establecer " lineamientos y guías" aunque acotados a lo necesario para "el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23" (es decir los artículos que conceptualizan los programas y definen sus contenidos mandatorios y facultativos) (13). Es posible suponer que el marco de competencias preexistente de dicho organismo (14) ya lo autorizaba a desempeñar tal rol —una continuación natural del que ya ejerció, sin necesidad de ningún aval norma-

(10) Desde este prisma el decreto reglamentario admite ser concebido, más que como la reglamentación, como una pieza reglamentaria en relación a la Ley, sobre la que no se puede depositar una expectativa de exhaustividad y que bien puede ser complementada, sin contradecir su sentido, por otras previsiones reglamentarias de autoridades del Poder Ejecutivo competentes para fijar pautas generales vinculantes (por caso, resoluciones de la Inspección General de Justicia, comunicaciones de la Oficina Nacional de Contrataciones o circulares del Banco Central).

(11) La ley no estipula expresamente una autoridad de aplicación. Ello quedó claro durante el debate parlamentario. Fue suprimido el rol de interpretación y elaboración de estándares que se confería expresamente a la OA en el proyecto original y quedaron en el camino incluso propuestas de conferir potestades de registración de sanciones al Ministerio de Justicia.

(12) Como se encarga de resaltar el propio decreto reglamentario en sus considerandos "la experiencia internacional demuestra que resulta habitual, deseable y útil la existencia de lineamientos y guías complementarias en miras de la mejor aplicación del sistema de responsabilidad, a través de las cuales se especifiquen ejemplos, pautas prácticas y criterios interpretativos que brinden auxilio técnico a quienes deben desarrollar, aprobar o evaluar un Programa de Integridad". Tal experiencia comparada presenta diferentes modalidades prácticas, pero siempre con un denominador común: un organismo especializado brinda contenidos que, sin ser jurídicamente vinculantes, influyen de manera decisiva sobre la interpretación de la ley por parte de los sujetos obligados y las autoridades facultadas para aplicarla. Así por ejemplo en el Reino Unido tanto el Ministerio de Justicia (en relación al público en general) como el Ministerio público Fiscal (en relación a las autoridades de persecución) elaboran y recopilan guías y estándares. En estados Unidos ya son célebres y constituyen referencia global los Lineamientos sobre la FCPA que elaboran el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores. En el caso de Brasil un decreto del Poder Ejecutivo, reglamentario de la ley que fija la responsabilidad corporativa, le confiere la competencia de "expedir orientación" al Ministerio de Transparencia y Contraloría General de la Unión (CGU), la que ya elaboró unas interesantes directrices. En España existen lineamientos elaborados por la Fiscalía General de Estado que sirven de orientación tanto para la persecución como para el sector empresario.

(13) El art. 32 del Proyecto de Ley elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso preveía que la Oficina Anticorrupción tendría en relación a la Ley funciones de difusión de sus alcances y promoción de buenas prácticas orientadas a su cumplimiento (similar a la previsión del decreto reglamentario aunque no limitada sólo a los arts. 22 y 23. Disponible en la página web de la OA en el siguiente enlace *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oa-responsabilidad_penal_personas_juridicas_-_proyecto_pen.pdf* (18/04/2018). El legislador, sin embargo, no consideró necesario mantener esa previsión.

(14) La OA ya es autoridad de aplicación en relación al marco jurídico de ética pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y el organismo especializado en corrupción que asiste al Poder Ejecutivo en el diseño de políticas anticorrupción de conformidad con, entre otras previsiones, el art. 1º de la res. MJyDH 17/2000, en conjunto con la ley 25.233 y los el decs. 102/1999 y 838/2017.

tivo expreso—, durante la fase de redacción, consulta abierta y discusión parlamentaria del proyecto (15), sin perjuicio de que la cuestión queda ahora zanjada con mayor claridad.

Tales estándares no tienen la fuerza vinculante de un auténtico reglamento, pero tampoco pueden ser considerados a la par de la simple doctrina o literatura académica. En atención a la fuente que los origina poseen el peso de una legitimidad adicional para influir en la discusión asociada a la aplicación de la Ley. No será, para los fiscales o los jueces, obligatorio aplicarlos o compartir la interpretación legal que expresen. Pero pueden tener un peso decisivo en la fundamentación de las decisiones de estos, así como en los planteos de las empresas e interesados ante instancias decisorias, en el ámbito penal o en el administrativo.

Es de esperar que, al igual que sucede en algunos de los ejemplos comparados, también el Ministerio Público Fiscal argentino elabore —como ha ocurrido con gran frecuencia, sobre todo asociado a la criminalidad compleja (16)— lineamientos técnicos, sea directamente a través del Procurador General de la Nación bajo la figura de Instrucciones Generales (en tal caso serán vinculantes para los fiscales) o por medio de manuales o guías de las fiscalías especializadas (17).

Lo que resulta claro es que el rol que ha pensado el legislador para la autoridad especializada no es tan activo ni ambicioso como el concebido, por ejemplo, en Francia, para la nobel *Agence Française Anticorruption* (AFAC) por la Ley Sapin II, con mandato para proporcionar orientación y apoyo para las empresas y sancionar incumplimientos (en un modelo en el que, a diferencia del argentino, los programas son obligatorios para las empresas más grandes) (18). Si se aspira a incentivar con más vehemencia la adopción de programas, una solución de este tipo podría ser considerada a futuro, lo que parecería requerir de una reforma legal que modificara el modelo establecido por el legislador. Hasta tanto que ello ocurra será de vital importancia, para entender el modo en que se evaluarán los programas en el proceso penal, la práctica de las empresas diseñándolos y explicándolos, y la de los fiscales y jueces analizándolos. Sobre eso se profundiza en los siguientes apartados.

III. El diseño del programa de integridad desde la perspectiva de la empresa

Pueden ser múltiples las motivaciones de una persona jurídica para adoptar un programa: el deseo moral de sus accionistas y su alta dirección de tener una *performance* íntegra y virtuosa a todo nivel, la exigencia de un cliente importante para integrarlo a su cadena de valor

(15) La ley 27.401 es, como resulta evidente desde el momento mismo que la OA comenzó a impulsar su sanción, una pieza clave en la estrategia de lucha contra la corrupción del Estado Nacional. El proyecto que el Poder Ejecutivo elevó al congreso fue elaborado por la OA en base a una propuesta del Centro de Estudios Anticorrupción de la Universidad de San Andrés y fue sometido por la propia OA a un proceso de discusión pública con especialistas de manera previa a su envió al Congreso. La discusión fue acalorada y activa y se extendió luego al debate parlamentario. En ambas Cámaras se realizaron audiencias ante las Comisiones a las que acudieron expertos e interesados (y de las que la OA efectuó seguimiento). Aspectos tales como los delitos alcanzados, el modelo de atribución de responsabilidad, la severidad y modalidad de cálculo de las sanciones y el carácter atenuador de responsabilidad del *compliance* estuvieron en discusión permanente y se verificaron, a ese respecto, considerables cambios en sucesivas versiones del proyecto hasta arribarse al texto definitivo.

(16) Solo por citar algunos ejemplos recientes puede mencionarse el Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (res. PGN 31-2018); Guía de procedimientos y criterios para detectar e investigar la trata con fines de explotación laboral (res. PGN 3838-2017); Guía para la obtención y tratamiento de la evidencia digital (res. PGN 756-2016); Guía de actuación en la persecución penal del transporte transfronterizo y tenencia injustificada de instrumentos monetarios y dinero en efectivo (res. PGN 1483-2015) comprendidas en el extenso catálogo disponible en la biblioteca digital del Ministerio Público Fiscal: *http://www.mpf.gob.ar/biblioteca/protocolos-y-guias-para-la-investigacion-de-delitos/* (18/04/2018).

(17) En el caso bien podría ser una actividad que lideren la Procuraduría de Investigaciones Administrativas o la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos.

(18) "Francia exige a las empresas la prevención activa de la corrupción", en *Revista Electrónica Compromiso Empresarial*, 26/05/2017: *https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2017/05/francia-exige-a-las-empresas-la-prevencion-activa-de-la-corrupcion/* (18/04/2018).

o la condición burocrática de un organismo público para admitirlo como oferente, la vocación de mitigar riesgos penales, etc. Sea cual sea la motivación y el punto de partida, una cosa es clara desde la perspectiva de la persecución criminal. El programa que la empresa adopte hoy debe ser apto para dar base a una defensa penal basada en *compliance* el día de mañana.

Como se verá mejor en el próximo apartado, son las autoridades de persecución penal las que tendrán la última palabra sobre la idoneidad de un determinado programa. Si la empresa y sus directivos son afortunados, nunca llegará la ocasión en que el programa de la compañía deba ser escrutado por un fiscal o un juez. Pero desde el punto de vista del diseño debe haber sido concebido en miras a esa contingencia, es decir, confeccionado para aprobar con éxito el *test* riguroso de un juez o un fiscal.

Visto así, es claro que el programa debe estar estructurado de tal manera que, en distintas circunstancias, posibilite o facilite determinados objetivos.

Antes de que se cometa cualquier delito que pueda determinar un posible beneficio para la empresa:

— Disuada a los integrantes de la organización.

— Elimine o limite en los posible las relaciones con terceros problemáticos o no confiables.

— Brinde dispositivos para el descubrimiento interno un delito antes de que lo haga alguna autoridad.

— Más allá del control, que al final del día siempre falla, promueva una cultura basada en hacer lo correcto.

Frente a un delito detectado internamente:

— Brinde suficientes herramientas para darle un abordaje inmediato, integral y especializado desde las perspectivas disciplinaria, penal, civil, contractual y reputacional.

— Permita evaluar rápidamente el curso de acción más adecuado (autodenuncia y deslinde de responsabilidades o remediación interna y confidencial).

De presentarse la empresa ante la justicia activamente (autodenuncia):

— Permita convencer a la autoridad judicial de que el hecho que motiva la autodenuncia fue cometido *pese* a la existencia del programa y descubierto *gracias* a la efectividad de este.

— Permita convencer a la autoridad judicial de que el programa constituye en términos generales "un sistema de control y supervisión adecuado" (19).

De tomar conocimiento de una investigación judicial o administrativa iniciada por otro:

— Permita individualizar rápidamente la información interna necesaria para delinear una estrategia.

— Permita identificar las fortalezas para desplegar una acción defensiva / colaborativa.

— Permita identificar las fortalezas internas para emprender una negociación exitosa con un fiscal.

— Permita demostrar que aun cuando la empresa no haya detectado y denunciado los hechos, tenía controles adecuados para desincentivar su ocurrencia (20).

Por supuesto, sería razonable que una compañía que invierte en un programa de integridad no lo limite a la contención de los riesgos de la Ley e integre el riesgo de incumplimiento de las restantes normas internas y externas a las que esté sometida en virtud de la actividad que realiza (21).

---

(19) Es decir que responde a un análisis previo cuidadoso de los riesgos que determinó la elección consciente de un conjunto de elementos que, diseñados bajo ciertas pautas y detentando ciertas características, son exactamente lo que una empresa de esa talla, ese sector de la industria, esas características propias, necesita para lidiar con sus riesgos de corrupción.

(20) Y que si estos se verificaron se debe a una vocación de los autores de violar las reglas corporativas y no a un comportamiento promovido o tolerado por el esquema de incentivos de la propia organización.

(21) Es decir que también sirva para controlar y desincentivar el fraude interno (es decir aquellas conductas delictivas que se comentan en su perjuicio) y, por sobre todas las cosas, que su objetivo central sea generar

Ahora bien, aunque puede que sea de utilidad para la empresa presentar estas circunstancias al explicar su programa a las autoridades, lo esencial será demostrar que *al menos* sus riesgos de corrupción en los términos de la ley están debidamente atendidos, pues es a estos que debe ser adecuado el diseño que se efectúe (art. 22). Como sea que esté estructurado, incluso si en términos generales lucía como un dispositivo adecuado para traccionar el cambio cultural o lidiar con el fraude, de acuerdo a la Ley ello podría no ser suficiente a menos que quedara claramente establecido que los riesgos de corrupción estaban correctamente atendidos, las conductas previstas por la ley claramente desincentivadas, y existían controles previstos para detectarlas, evitarlas, castigarlas.

IV. En busca del programa perfecto. Bajo qué condiciones puede eximir de responsabilidad

El mensaje del legislador hacia aquellas compañías que aspiren a eximirse de responsabilidad ha sido claro: *con un programa no alcanza, pero sin un programa no se puede.*

Es decir, a la hora de pensar en un escenario sanción cero (bastante difícil de alcanzar) entrarán en juego algunas variables que exceden la discusión sobre cómo serán evaluados los programas y, por ende, el alcance de este trabajo. En otra oportunidad valdrá la pena reflexionar sobre algunas cuestiones muy relevantes tales como:

— *Bajo qué condiciones es conveniente autodenunciarse:* en tanto no es obligatorio hacerlo (22), debe responder a una cuidadosa evaluación costo-beneficio considerando el riesgo de descubrimiento por otras vías, los posibles costos penales y reputacionales asociados, los posibles beneficios a obtener en término de reducción de responsabilidad.

— *Cuándo debe considerarse la autodenuncia espontánea:* es claro que se requiere reporte antes de que el hecho sea descubierto, o de que sea obvio que lo será, pero podía discutirse sobre la extensión exacta esa espontaneidad, qué ocurre cuando sólo existen trascendidos periodísticos, o actuaciones administrativas, pero no investigaciones penales, al momento de hacerse la denuncia (23).

— *Determinación del beneficio indebido:* como habrá de calculárselo, a los efectos de su devolución, y qué sucederá cuando no haya un beneficio para devolver, son cuestiones que también pueden despertar interrogantes y poner en peligro la posible exención basada en autodenuncia y *compliance*.

Por lo pronto, suponiendo que todas las demás variables pudieran resolverse en un sentido acorde a la satisfacción de los extremos de los incs. a) y c) del art. 9º de la ley, aún restaría responder el interrogante principal: ¿qué torna el programa un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de la ley desde la perspectiva de un fiscal?

---

dentro de la organización una cultura de honestidad y respeto por las reglas. Es claro que un buen programa de *compliance* no se limita al riesgo de ético e integra muchos otros factores, y debe ir mucho más allá de las reglas y sustentarse en valores.

(22) Cualquier ciudadano (persona física o jurídica) que tenga noticia de un delito tiene la *facultad* de denunciarlo. Solo si quien ha tomado conocimiento de ese delito es un funcionario público, y esto ha sucedido en el ejercicio de sus funciones, tiene la *obligación* de hacerlo. Más detalle sobre la denuncia de corrupción en Martínez, Diego, "Mecanismos para la denuncia de hechos de corrupción en Argentina. Un análisis a la luz de los estándares internacionales y la práctica de los organismos de control", ACIJ, Programa de Fortalecimiento Institucional, Buenos Aires, septiembre de 2009, en particular apartado II.2.b), disponible en: *http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2011/11/Mecanismos-para-la-denuncia-de-hechos-de-corrupci%C3%B3n-en-Argentina1.pdf* (18/04/2018).

(23) Trayendo a colación antecedentes relevantes de nuestro propio ordenamiento jurídico, se ha señalado la posible asimilación con el art. 16 de la ley 24.769 sobre delitos tributarios que regula la extinción de la acción penal por pago espontáneo. El término "espontáneo" puede definirse negativamente como lo hace el art. 16 de la ley 24.769, es decir, que la denuncia tendrá dicha calidad cuando no se efectúe como consecuencia de una denuncia, inspección o requerimiento de alguna autoridad pública. Aunque se desprende de la ley 27.401 que éstas deberán estar relacionadas directamente —y no indirectamente— con el hecho de corrupción a denunciar, porque a diferencia del art. 16 de la ley 24.769, el art. 9º de la ley 27.401 no especifica si el acto jurídico precedente a la denuncia tiene que estar "directa o indirectamente" relacionado. Durrieu, Nicolás - Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley...", cit., p. 60.

Todo lo que pueda decirse se limita al terreno de la conjetura, pues nadie posee, de antemano, garantía alguna sobre cuál es el tipo de exégesis que realizarán las autoridades.

Ello no impide, sin embargo, tratar la cuestión en su real carácter: se trata del supuesto de hecho sujeto a discusión y prueba en el marco y con las reglas propias del proceso penal. Si el programa *era* o no un sistema de control y supervisión adecuado puede ser afirmado por la parte interesada, controvertido o convalidado por la acusación, decidido por el juzgador.

Es claro sin embargo que se trata de un extremo que no forma parte del *onus probandi* inicial del acusador. Este construye su caso sobre la base de la demostración del delito cometido por la persona física y la atribución a la empresa como un obrar en su nombre, interés o beneficio.

Un dato sobre la existencia de un programa adecuado ingresará al proceso como dato a probar si lo plantea la empresa aspirando a un beneficio que la Ley le acuerda. Planteado, la carga de alegarlo y demostrarlo parece corresponder a la empresa, siendo los planteos de ésta circunstancias que el Ministerio Público podría controvertir (24). Esa es la dinámica procesal en la que cabe enmarcar la discusión sobre la evaluación de los programas, que (sin perjuicio de matices derivados del modelo procesal propio del procedimiento en el que tramita el caso) tenderá a parecerse a una contienda entre defensa corporativa y acusación a dirimirse por el juez (25).

Es el apartado anterior fue señalado que el análisis que realice la empresa a la hora de diseñar el programa debería partir de la base de imaginar que, dados sus riesgos y características inherentes, el programa que adopte, explicado a una autoridad judicial, resistiría el *test* de un escrutinio riguroso. No difiere, en lo esencial, del tipo de abordaje a realizar en el proceso penal. Lo que en su momento diseñó y planificó la empresa se trasladará al tiempo presente como una descripción, bajo su mejor luz, de lo que constituía *entonces* el mejor conjunto posible de herramientas para los riesgos relevados de acuerdo a una actividad rigurosa y seria.

Puesta a analizar un programa de cara a la posible exención de responsabilidad, la autoridad judicial probablemente se encontrará frente a uno que falló, pues de lo contrario no habrían existido, siquiera en grado de tentativa, los hechos denunciados (26). Ello no debería constituir una presunción de responsabilidad que la empresa deba desvirtuar, aunque tampoco podría pretenderse que el hecho de que el programa haya permitido el descubrimiento (en lo que pueda haber contribuido el azar, motivaciones de terceros, etc.) sea considerado por si misma prueba única y suficiente de su idoneidad.

Entiendo que la circunstancia a discutir y probar en la evaluación del programa corresponde menos a su éxito coyuntural que a sus características intrínsecas y nos remite a la ocasión inmediata *anterior* a que los hechos ocurrieran: si el programa que la compañía *había* establecido *era* idóneo para desincentivar, detectar y reaccionar frente a hechos como los que a la postre ocurrieron.

Felizmente para la empresa, el legislador no requirió un programa *efectivo* sino uno ade-

(24) Aunque tampoco es posible descartar que el fiscal, obrando en nombre de los intereses generales de la sociedad (art. 2º ley 27.148) bien pueda acordar con los argumentos de la empresa o apuntar los suyos propios en una dirección concurrente.

(25) No resulta claro, igualmente, en que momento la cuestión será debatida y resuelta. La empresa quizá elija argumentarla junto a la propia autodenuncia o en alguna oportunidad posterior durante la instrucción. Pero ¿con qué efectos?, ¿que el proceso no avance en su contra?, ¿aspirar a un rápido sobreseimiento?, ¿soportar estoicamente el proceso penal rezando para que el tribunal oral, al momento de decidir las condenas, le acuerde el beneficio de la exención? Esta última posibilidad bien podría ser la correcta de hacerse una interpretación conservadora del art. 9º, que exime a la empresa d*e pena*, pero no la rescata explícitamente del resto de las condiciones desagradables propias de estar sometida a proceso. El interrogante excede el objeto de este trabajo, aquí solo vale apuntar que su respuesta podría influir sobre la dinámica de la discusión y la evaluación.

(26) Por supuesto, cuando la detección de los hechos fue temprana, efectiva y quirúrgica la empresa bien podría pretender presentar su programa como exitoso, pues permitió la detección interna. Pero incluso en ese idílico escenario de funcionamiento del *compliance* la alegría difícilmente sea completa. El programa verdaderamente efectivo, podría decirse, es aquel que desincentiva las conductas y evita su ocurrencia.

cuado (27). Ello lleva a suponer, entonces que el tipo de ejercicio a realizar debería consistir en situarse en el momento posterior a la adopción del programa y anterior al hecho ventilado en el proceso y reflexionar si, el tipo de programa planteado, los elementos escogidos, el desarrollo de cada uno, permitían considerarlo *ex ante,* un conjunto razonable para desincentivar hechos de corrupción como el ocurrido.

Sin perder de vista las perspectivas de cada parte procesal y su posible tendencia a argumentar en una u otra dirección, llegados a este punto, surgen varios ítems a considerar:

— *¿Existe tal cosa como un programa?*: al respecto importarán menos las etiquetas o denominaciones que los componentes que demuestran la existencia de un sistema de control y supervisión adecuado. Sería lógico, en cualquier caso, que la evaluación sólo sea satisfactoria si el conjunto de elementos fue integrado orgánicamente en una plataforma común y sistemática. Sin embargo, podría suceder en el caso de una PYME de pequeñas dimensiones y riesgos medios que, existiendo dispositivos de control acordes (28) estos podrían eventualmente ser tenidos por suficientes aun en ausencia de una agrupación clara en un documento o pieza interna llamado programa.

— *¿Posee el contenido mínimo mandatorio?*: es claro que éste bien puede no alcanzar por si sólo para definir el sistema como adecuado, pero el legislador ha optado por establecer un piso mínimo sin cuya verificación previa ni siquiera sería posible avanzar más allá en el juicio de adecuación.

— *¿Frente a qué riesgos fue planteado?*: documentada en una matriz o no, debería existir evidencia interna de que se realizó análisis serio de los riesgos y que fue este el que motivó el tipo de decisiones que se tomaron. Será asimismo importante conocer quien o quienes lo realizaron, si se trata de profesionales idóneos, si se contó suficiente tiempo de preparación, si se entrevistaron los referentes internos adecuados etc.

— ¿Qué *tan adecuados a esos riesgos son los componentes elegidos?:* si frente a los riesgos identificados, en términos generales el programa posee aquellos elementos que, de acuerdo a la literatura especializada, la realidad de la empresa o el sentido común, suelen ser los propicios para tratarlos.

• *Idoneidad concreta de cada componente asociado a la evitación del tipo de hechos que se configuraron:* aquí dependerá de qué componentes hayan sido los adecuados, pero en términos generales hay algunas consideraciones básicas que podrían ser tenidos en cuenta para evaluar la idoneidad general de cada elemento.

• *Código de Ética:* ¿era comprensible, didáctico y claro?, ¿era obligatorio para todos?, ¿era comprensivo de principales problemáticas?, ¿había sido ampliamente comunicado? ¿contenía reglas que desalentaban o prohibían las conductas cometidas?; ¿se entregó ejemplar a todos los trabajadores?; ¿se involucró al sindicato en su elaboración, aprobación y comunicación?, son algunas de las preguntas que se plantean habitualmente para testear un programa.

• *Integridad en licitaciones e interacciones con el sector público:* ¿contenía políticas antisoborno?, ¿contemplaba el riesgo de participación en un direccionamiento en un procedimiento licitatorio?, ¿contemplaba las interacciones de riesgo con funcionarios de todos los niveles del estado en actividades asociadas con habilitaciones y permisos?, ¿iban dirigidas al personal interno que interactúa con funcionarios y el que toma decisiones sobre esa interacción?, ¿estaban extendidas a los terceros que representan a la empresa en esa interacción?, ¿contemplaban políticas en relación al vínculo con los funcionarios y cumplimiento del dec. 202/17?

• *Capacitación:* ¿estaba sincronizada con los contenidos del código ético y las políticas?, ¿se integraba en una planificación y estaba sujeto a actualización?, ¿era abarcativa de todo el personal y prioriza por público de riesgo?

• *Tone from the top:* ¿las reglas éticas eran obligatorias para el *top management*?, ¿hay evi-

(27) El proyecto original elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional sí requería en su art. 23 —bajo otro modelo de imputación, en la que el defecto de organización era condición fundante del ilícito— que el programa fuera "efectivo".

(28) Por caso, un código de ética debidamente comunicado y entrenado, probado acceso pleno al dueño por parte del total reducido de empleados, políticas claras en relación a la interacción con funcionarios.

dencia de que éste se comprometiera en su difusión interna?

• *Debida diligencia:* ¿se aplicaba políticas específicas en relación a las partes relacionadas?, ¿se las analizaba por riesgo?, ¿se aplicaba un control selectivo, estratégico, multidisciplinario y orientado a construir vínculos íntegros?

• *Línea de denuncia:* ¿se brindaba un sistema seguro y confidencial?, ¿era accesible a la totalidad del publico interno y a terceros?, ¿estaba debidamente difundido?, ¿permitía reportar a través de múltiples plataformas?, ¿estaba habilitada la denuncia anónima?, ¿era de administración interna o tercerizada (¿y en ese último caso la elección lucía adecuada a las particularidades de la empresa?), ¿se dedicaban suficientes recurso a atenderla?, quien lo hacía ¿poseía formación, jerarquía y facultades suficientes para hacer un trabajo profesional e independiente?, ¿había reglas y protocolos escritos para el tratamiento de denuncias?.

• *Investigación interna:* ¿había un procedimiento preestablecido?, ¿estaba escrito y comunicado?, ¿contaba con aval sindical?, ¿permitía el recurso a profesionales independientes si el caso lo requería?, ¿tenía reglas específicas para asegurar una investigación independiente de la alta dirección o de casos complejos o de alto impacto?

• *Protección de denunciantes:* ¿existían protocolos?, ¿se resguardaba adecuadamente la identidad de reportantes?, ¿existieron reportes internos por retaliación?, ¿cómo se procesaron?; ¿cómo se aplicaron tales políticas a quien denuncio internamente el caso?

— *Compliance Officer:* será importante constatar si tenía suficiente preparación y recursos para controlar hechos como los ocurridos, lo que requerirá analizar cómo fue seleccionado, su formación y antecedentes, las facultades que se le confirió de acuerdo a su contrato, su jerarquía y ubicación dentro del organigrama, su remuneración frente al resto de los gerentes, etc. También será relevante si contaba o no con un equipo de trabajo o asesoramiento externo adecuado a su carga de trabajo (lo que dependerá, entre otros factores de la cantidad de empleados de la empresa, su dispersión geográfica, la variedad de unidades de negocio, el caudal habitual de denuncias y consultas, etc.).

— *Factor temporal:* un programa es algo vivo. En qué fase de desarrollo estaba exactamente cuándo se configuraron los hechos es una cuestión importante, pues mejoras posteriores, aunque deberían computar como condición para acordar o para una menor severidad (como se verá en los puntos V y VII) no podrían sin embargo influir en la evaluación del eximente, que está directamente asociado a lo que la empresa hizo *antes* de los hechos.

— *Estándares aplicables:* como se vio en el punto II, en esta discusión podrían tener peso los argumentos de la autoridad intérprete de acuerdo a lo previsto en el art. 1º del dec. 277/18. Pero la *performance* argumentadora de la empresa no debería ni esperar a la confección de tales lineamientos ni atarse a éstos. En modelos comparados y en argentina existe suficiente literatura especializada en buenas prácticas, de acceso gratuito en *internet*, a la que se puede recurrir. Una empresa preocupada por su defensa actual o futura hará bien en mostrarse proactiva, anticiparse a posibles objeciones y presentar una explicación sobre las virtudes de su programa que sea difícil de controvertir por la acusación (29).

(29) Clemente Casas, Ismael - Álvarez Feijóo, Manuel, "¿Sirve para algo un Programa de *Compliance* penal? ¿Y qué forma le doy?", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28-2011, disponible en: *http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974* (18/04/2018); "Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act" elaboradas por U.S. Department of Justice y U.S. Securities and Exchange Commission, disponible en: *https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf* (18/04/2018); "Business Principles for Countering Bribery" de Transparencia Internacional, disponible en: *https://www.transparency.org/whatwedo/publication/business_principles_for_countering_bribery* (18/04/2018); "Corporate Governance and Business Integrity, a Stocktaking of Corporate Practices", elaborado por la OCDE, disponible en: *http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Business-Integrity-2015.pdf* (18/04/2018); "Diretrizes para Empresas Privadas", elaboradas por el Ministro de Estado Jefe de la Contraloría General de la Unión de Brasil, disponible en: *http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf* (18/04/2018). Asociación Española de *Compliance* - Asociación Argentina de Ética y *Compliance*, "Libro blanco sobre la función de *Compliance*", 2ª ed. en Argentina, Buenos Aires, julio

V. La evaluación de los programas en el marco de la colaboración eficaz

La persona jurídica puede llegar a un acuerdo de colaboración con el fiscal en base a un modelo similar al fijado por la ley 27.304 de Arrepentido para la Persona Física (art. 17). En la medida en que la posibilidad de acordar se extiende hasta la citación a juicio (art. 16) podría decirse que la ley brinda una suerte de doble chance (30), pues en caso de no prosperar un acuerdo con el fiscal de instrucción, nada parecería impedir intentarlo, luego de la elevación a juicio, con el actuante ante el tribunal oral, previo a la fijación de fecha para el debate.

La empresa que aspire a obtenerlo debe cooperar a través de la revelación de información relevante y comprobable de los hechos o de sus autores, de la restitución del producto del delito y del pago de una multa mínima. La implementación o mejora de un programa de integridad no es, en tal sentido, el eje central del acuerdo pero sí una de las condiciones que este *puede* contener (art. 18). En caso de ser homologado por el Juez se abre un plazo de un año para analizar la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada. Corroborada, se debe dictar sentencia respetando las condiciones establecidas en el acuerdo (art. 21).

Como se ha señalado, "si bien la norma no es clara en cuanto al efecto del acuerdo en relación a la acción penal (se podría plantear que en realidad se trata de una suerte *probation* que tiene como consecuencia la extinción de la acción)... sólo sería una reducción de la pena aplicable, computable a los fines de una posible reincidencia (cfr. segundo párrafo del art. 8º). Repárese que el art. 21 expresamente se refiere al dictado de una sentencia que "no puede imponer otras penas" que las acordadas y por ende, ello supone el dictado de una condena" (31).

Los acuerdos son la vía más habitual de conclusión de los procesos en los que se investiga corrupción (32). Para la empresa que se encuentra bajo investigación, en términos reputacionales y de negocio puede resultar de gran importancia acreditar que ha encontrado una salida quirúrgica y rápida frente al conflicto penal.

La solución elegida por el legislador sólo muy limitadamente brinda incentivos para acordar y herramientas al fiscal para negociar. Es que a diferencia de los acuerdos que pueden entablarse, por ejemplo, en la justicia federal de los Estados Unidos, que como moneda de cambio pueden asegurar la suspensión de la persecución (o directamente su ausencia) (33), en Argentina esta opción no parece posible (34) y es aún materia a interpretar el efecto concreto de los acuerdos. Por ende, es materia de incertidumbre para las empresas si será posible presentarlos ante sus *stakeholders* como una solución de su conflicto o apenas como una vía convenida con el fiscal para apostar a los beneficios de exención de pena o reducción de responsabilidad, quedando la última palabra en manos del tribunal de juicio al dictar sentencia definitiva.

Ante la falta de claridad normativa sería importante que en la Argentina se hiciera una interpre-

2017. Disponible en *http://www.eticaycompliance.com.ar/external/libro_blanco_mompliance_arg.pdf* (18/04/2018).

(30) Al menos para el diseño de la persecución penal federal bajo el Cód. Proc. Penal sin perjuicio de cómo deba interpretarse la previsión en la jurisdicción ordinaria de cada provincia de acuerdo a su propio código de rito y lo previsto en el art. 28 de la Ley.

(31) Durrieu, Nicolás - Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley...", cit. p. 62.

(32) Un comparativo global entre países suscriptores de la Convención de la OCDE contra el soborno transnacional muestra que el 69% de los casos en los que se imponen sanciones se resuelven a través de acuerdo mientras que solo el 31% restante alcanza la instancia de condena. OCDE, *Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, p. 19, disponible en: *https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264226616en.pdf?expires=1523240848&id=id&accname=guest&checksum=3690593097481A1D933789CAE4FD815B* (18/04/2018).

(33) Para un desarrollo detallado de la cuestión ver los caps. 5 "Guiding principles for enforcement" y 7 "Resolutions en Resource Guide...", cit., p. 74.

(34) En la ley no son explícitos los efectos procesales del acuerdo (es decir, a cambio de una solución de qué naturaleza jurídica la empresa accede a colaborar) aunque es evidente que si el legislador hubiera pretendido que fuera un instituto asimilable a la suspensión del juicio a prueba hubiera mantenido la redacción original del proyecto elevado por el Poder Ejecutivo, en la que el acuerdo perseguía el objetivo explícito que la empresa cooperara "a cambio de la suspensión de la persecución" y estaba destinado a extinguir la acción tras el cumplimiento de las condiciones pactadas (arts. 6º y 21).

tación acorde a los objetivos de política criminal a la que sirven estos instrumentos en los modelos comparados en los que se aplican con éxito.

Cabe además señalar que las chances concretas de que el acuerdo se celebre dependen de otras variables que exceden la existencia y características del programa:

— que la empresa cuente con información para aportar que no esté en el proceso.

— que el fiscal tenga disposición a negociar.

— que la autoridad judicial lo convalide.

— que la empresa pueda afrontar económicamente el monto de multa a cancelar y las reparaciones que se le exijan.

Solo con todas las circunstancias antedichas a la vista es posible adentrarse en los dos aspectos en los que el programa juega un papel relevante de cara a los acuerdos.

El primero de ellos no está relacionado con la evaluación del programa por las autoridades de persecución, pero vale la pena mencionarlo. Se relaciona con el servicio que puede brindar el programa y la asistencia que puede prestar el *compliance officer* en la preparación de la negociación (y la diferencia que puede hacer, para la firma que la encara, contar con un programa de integridad sólido y completo). Así, si el programa cuenta con herramientas de investigación interna es más probable que la empresa, desde su primera presentación en la causa, pueda determinar si cuenta con información de interés y desconocida por los investigadores, si puede incidir sobre la situación procesal de los coimputados, etc.

En relación con el segundo aspecto puede presentarse discusión sobre la manera en la que será evaluado el programa al ser presentado como carta de negociación del acuerdo. Cualesquiera hayan sido las fallas en el control y la supervisión, si este existía, aunque imperfecto, pueden prometerse mejoras futuras, y la negociación es la oportunidad adecuada para plantear y discutir ese punto.

Cabe suponer que el programa que se proponga implementar, modificar o mejorar puede ser objeto de evaluación en dos planos:

— *Al plantearse el acuerdo:* es decir, al comprometer la empresa el desarrollo de un programa o su reforma. La evaluación que se haga allí de seguro será diferente de la reseñada en el apartado anterior. Ya no se tratará de la acreditación de un hecho pasado sino de la valoración de una promesa a cumplirse en el futuro. Es imposible saber de antemano si el escrutinio del fiscal sobre esa promesa llegará a tal extremo que se preguntará por la idoneidad del programa y cada uno de sus elementos en concreto (de ser así, el análisis radicará en determinar si la descripción del acuerdo prometido es acorde a las características de la empresa y su riesgo (35)). El escrutinio del Ministerio Público Fiscal bien puede no ir tan lejos y limitarse a constatar la mera existencia de la promesa de programa o cambios futuros. Ello dependerá de la negociación entre las partes y de la importancia relativa de cada condición pactada en el caso concreto, sin perder de vista que la que resultará más importante para la autoridad a cargo de la persecución será la asociada al aporte de información. Por parte de juez no es esperable un escrutinio detallado de la configuración concreta de la condición relativa al art. 18 inc. g, toda vez que la evaluación que la ley pone a cargo del juez es la de "legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada" (36). Aunque la expresión no parece coartar las posibilidades de examen de cualquier condición insuficiente o infundada, parece indicar que éste se limitará a los aspectos formales generales de lo convenido.

— *Al cumplirse un año desde el acuerdo:* no es claro aquí si al realizarse por "Ministerio Público Fiscal o el juez" el control de cumplimiento del acuerdo, este debe incluir el examen del cumplimiento de todas las condiciones pactadas. Aunque sería lógico que así sucediera, nuevamente la redacción parece hacer hincapié en que la constatación realmente importante es la asociada a "la verosimilitud y utilidad de la información" aportada. De hecho, la ausencia

(35) Con la particularidad de que aquí, ante la constatación de una hipótesis delictiva anterior, el análisis bien podría detenerse sobre la idoneidad futura del programa para disuadir, detectar y conjurar hechos de esas mismas características.

(36) Durrieu, Nicolás - Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley...", cit., p. 61.

de este extremo parecería ser la única circunstancia que puede dar lugar a que el acuerdo sea dejado sin efecto y el proceso continúe.

En definitiva, la Ley no permite anticipar demasiado sobre cómo será la evaluación —tanto en el marco de la negociación del acuerdo como en su posterior control— de los extremos asociados al compromiso de desarrollar, cambiar o mejorar un programa de integridad. Es posible suponer que, por la misma naturaleza de la dinámica negociadora que la Ley plantea, ello dependerá tanto de las características concretas del caso como de la idiosincrasia del fiscal interviniente, las que terminarán teniendo mayor peso que las pautas normativas. Todo ello dentro de un marco en el que tanto las empresas parecen tener libertad de proponer como los fiscales de hacer hincapié en aquellos aspectos que consideren de mayor importancia. Cabe esperar de parte del juez un rol asociado al mero control de legalidad, pero ello, a su vez, dependerá del modelo procesal en cuyo marco se lleve adelante la negociación, de la etapa procesal y del activismo de los magistrados en cada jurisdicción.

VI. La evaluación de los programas en la graduación de las sanciones

Corresponde ahora analizar el impacto del *compliance* sobre la determinación de pena que se hará, al momento de la condena (37), en aquellos casos en los que ha resultado imposible o han fracasado los intentos destinados a eximirse de responsabilidad o acordar un pago de multa mínima amparada en un acuerdo de colaboración.

Debe considerarse el esquema de graduación de sanciones que establece la ley (art. 8º), la cual, como se ha señalado, no establece mitigantes o agravantes expresamente, sino que establece que el tribunal deberá graduar la pena de acuerdo a la ponderación de un conjunto de elementos objetivos y subjetivos. Dichos elementos pueden dividirse entre los que se centran en las particularidades del hecho y los que atienden a la conducta de la empresa, tanto antes como después del delito (38).

En efecto, entre los primeros cabe mencionar:

• Tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la empresa.

• Cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados.

• Extensión del daño causado.

• Monto de dinero involucrado en la comisión del delito.

En punto a los factores asociados a la conducta de la persona jurídica, por su parte:

• Vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes.

• incumplimiento de reglas y procedimientos internos.

• Autodenuncia espontánea.

• Comportamiento posterior.

• Disposición a mitigar o reparar el daño.

Es justamente en relación a estos últimos que el programa cobra un rol decisivo. Las "reglas y procedimientos internos" se desprenden del programa, que es el aquel que establece el marco de la "vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes" al menos en la faz activa de los comportamientos indebidos. A la vez, son las herramientas del programa las que permiten evaluar las condiciones de realización de una "de-

(37) Que puede referirse tanto a personas físicas como jurídicas —y probablemente lo hará—, aunque no debe olvidarse que las acciones y su juzgamiento son independientes —art. 5º— en una misma decisión judicial por parte de un tribunal oral.

(38) El art. 8º estableció que, para graduar las penas previstas en el art. 7º de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia.

nuncia espontánea a las autoridades" y, antes de ésta, desplegar la "actividad propia de detección o investigación interna". Finalmente, la implementación tardía de un programa, tanto como la cooperación que se brinde aun en ausencia de acuerdo, admiten ser vistas como un "comportamiento posterior" digno de merecer una morigeración en la aplicación de la ley penal.

Como se dijo, la Ley realiza una generosa mención de variables, pero no aclara cómo deben ser analizadas. Se trata de una previsión asimilable la que deriva, para la generalidad de los delitos que cometen las personas físicas, de las previsiones de los arts. 40 y 41 CP. Reina al respecto una considerable discrecionalidad por parte de los magistrados. Aun cuando una decisión de gran importancia, las pautas a que está sujeta son sumamente generales y no hay criterios sólidos y precisos sobre cómo se evalúan. Se impone una tendencia a respetar las decisiones de los jueces dentro de un amplio margen de libertad decisor, salvo en casos de absoluta arbitrariedad o falta de fundamentación.

Todo indica que esta tendencia puede repetirse en la mensuración de la multa correspondiente a las empresas, por lo cual sería razonable que las éstas, preparándose para un contexto de cierta incertidumbre, cuenten de antemano con argumentos pensados a partir de su programa para postular su merecimiento de una menor responsabilidad, tanto en los alegatos previos a la condena como en un posible recurso contra la sentencia condenatoria.

En tal sentido, es importante tener en cuenta que:

— Aún un programa imperfecto que no mereciera la exención de responsabilidad por no ser adecuado es mejor que ningún control y debería ameritar alguna reducción.

— La decisión de adoptar un programa adecuado con posterioridad a los hechos debería ser considerado actividad posterior que dé lugar a menor severidad.

— Incluso una autodenuncia imperfecta que no habilitó la exención (por caso, por no combinarse con un *compliance* adecuado) debería ser considerada un comportamiento posterior virtuoso.

— El aporte de información útil para la investigación y la apertura plena de la empresa al escrutinio judicial, aun sin darse en el marco de un acuerdo de colaboración, debería ser considerado actividad posterior que dé lugar a menor severidad.

Así, las empresas que estarán en mejores condiciones para sacar ventaja de la previsión son aquellas que tenían un sistema de control y supervisión, pero no hubieran elegido o podido elegir autodenunciarse a tiempo. En ese caso, en un marco de evaluación similar al que se hubiera dado para merituar la exención, la posible reducción podría tener en cuenta si el programa lucía *ex ante* adecuado frente al riesgo de comisión de hechos como el que se discutió en el caso. En este caso, el grado de adecuación debería guardar relación con el nivel de reducción de responsabilidad, partiendo de la base de que incluso uno que no resistiera un *test* riguroso de adecuación parecería dar lugar a un menor merecimiento de pena.

También podría ser relativamente positivo frente a la condena que la empresa se haya mostrado dispuesta a un acuerdo de colaboración que a la postre no se hubiera concretado (sea por falta de interés de la acusación, falta de aprobación del juez, insuficiencia de la información, falta de éxito de la negociación, etc.) Así, todo comportamiento posterior orientado a cumplir voluntariamente (con o sin acuerdo) con el tipo de condiciones previstas en el art. 18 debería ser considerado un potencial elemento reductor. Aquí el tipo de análisis no estará asociado a la adecuación al riesgo del programa que la empresa tenía *antes* de los hechos, sino en la calidad del desarrollo o mejora como consecuencia del aprendizaje *posterior* (39). Demostrar, en los alegatos o al interponer un recurso de casación contra la condena, que el

(39) Independientemente de cómo las analice se trata de circunstancias que el juez o tribunal que falle no debería desconocer. De acuerdo al art. 8º el "comportamiento posterior", junto con otras variables, "se *tendrá* en cuenta". El carácter imperativo de la previsión (el legislador no eligió decir "podrá tener en cuenta", "podrán considerar" o similar) indica que lo que lo que la empresa haga luego del hecho *debe* tener alguna gravitación en la mensuración de la pena y, si se trata de comportamientos evidentemente meritorios, *debería* y no simplemente *podría* incidir hacia la baja.

proceso funcionó como una lección aprendida y desencadenó la adopción de determinadas soluciones de *compliance* será la clave.

VII. Consideraciones finales

Existe un importante camino por recorrer en materia de evaluación de los programas de integridad en el proceso penal. De momento —teniendo en cuenta la novedad de la cuestión y la necesidad de que transcurra tiempo y la actuación de las autoridades cristalice en estándares uniformes— puede decirse, como primera aproximación:

1. Los criterios que se desarrollen dependen principalmente de la aplicación sostenida de la ley por un sinnúmero de jueces y fiscales —tanto federales como ordinarios— en las investigaciones criminales por hechos de corrupción posteriores al 1 de marzo de 2018. Tendrán influencia de manera general los lineamientos que elabore la Oficina Anticorrupción aunque no necesariamente peso vinculante, pues serán pautas técnicos, antes que parámetros mandatorios. Eventualmente —y tal como ocurre, en la experiencia comparada, en España o el Reino Unido— podrían también tener esa influencia guías o directrices emanadas de la agencia especializada del Ministerio Público Fiscal, o bien existir Instrucciones Generales de la Procuración General de la Nación con peso vinculante para los fiscales.

2. En el análisis orientado a la exención de pena para la empresa —amén de la importancia de otras variables que exceden la consideración puntual de los programas— será determinante el juicio *ex ante* sobre la idoneidad del programa con el que contaba la empresa a la luz de sus reales posibilidades de desincentivar, detectar y reaccionar frente a hechos como los perseguidos por la ley 27.401. Más que el éxito o el fracaso del programa frente al caso concreto, lo verdaderamente importante será analizar cuidadosamente qué tan adecuados al riesgo, a la dimensión y capacidad económica *eran*, frente a hechos como los acontecidos, los elementos del programa.

3. Es difícil siquiera pronosticar cómo se evaluará el programa (o su mejora o reforma) en tanto condición futura de un acuerdo de colaboración o predecir cómo se controlará su posterior cumplimiento. Es claro de momento que el marco legal habilita a las autoridades a cargo de la persecución un considerable margen de maniobra. Todo ello en un contexto orientado a facilitar una negociación flexible que probablemente no se centre en el estímulo de una mejor auto organización empresarial futura sino en el aporte de información útil para la pesquisa judicial. Lo que termine cristalizando como práctica dependerá menos de la interpretación legal que de la naturaleza de las negociaciones que se lleven adelante y la idiosincrasia de quienes participen en ellas.

4. Para la empresa que deba afrontar una condena tras la sustanciación de un proceso en su contra incluso los esfuerzos imperfectos en pos de la estructuración de un programa *antes* del hecho, así como la colaboración o el *compliance* desarrollado con posterioridad a su ocurrencia *deben* (y no simplemente *pueden*) gravitar de alguna manera en la reducción de la severidad de la sanción. Ello sucederá, sin embargo, en un marco en el que es corriente un considerable margen de discrecionalidad para las autoridades judiciales debido falta de claridad y precisión de las reglas de mensuración de la pena. En este punto la ley 27.401 es pasible de críticas similares a las que ya podían merecer los arts. 41 y 42 del Cód. Penal aplicables a las personas físicas. De especial importancia entonces serán los argumentos que desplieguen las defensas de las empresas —haciendo docencia sobre los programas de integridad, los criterios de adecuación al riesgo, etc. — no sólo en la instancia de alegatos de manera previa al juicio oral sino también en la vía recursiva ante la Cámara de Casación.

Compliance y acción colectiva anticorrupción

POR **FERNANDO BASCH** (*)

I. Introducción

Este artículo propone a la acción colectiva como un componente clave de las prácticas de *compliance* anticorrupción. Ofrece un marco conceptual para la acción colectiva anticorrupción, describe distintas modalidades posibles y argumenta que se trata de una estrategia necesaria para compañías que operan en mercados o sectores en los cuales la corrupción es sistémica o, al menos, extendida. Para ilustrar el argumento, describe la iniciativa llevada adelante en Argentina por la Red Marítima Anticorrupción (MACN, por su acrónimo en inglés), dirigida a reducir la exposición a riesgos de corrupción en las inspecciones de bodegas de buques que exportan productos agrícolas (Sección II).

Luego explica por qué las estrategias de acción colectiva serán centrales en la implementación de los programas de integridad adecuados previstos por la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas por delitos de corrupción, que entró en vigencia en marzo de 2018 (Sección III), y concluye con una breve recapitulación (Sección IV).

II. La acción colectiva anticorrupción

II.1. Marco conceptual

El argumento más efectivo en favor de la acción colectiva lo hizo Thomas Hobbes en 1651. La vida en el estado de naturaleza retratada en su *Leviatán* era "solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta" (1). No porque no hubiera leyes, sino porque nadie las cumplía (2). Las leyes naturales preveían, por ejemplo, el deber de buscar la paz (3), el de cumplir los pactos (4), el de ser equitativos (5), e incluso reglas procesales como que nadie puede ser juez en su propia causa (6). Sin embargo, las leyes naturales no tenían aplicación efectiva. La búsqueda constante de mayores riquezas, seguridad y gloria, la falta de una autoridad legítima para castigar los incumplimientos y la desconfianza interpersonal hacían que, por temor a sufrir en carne propia la violación a las leyes naturales, cada uno encontrara justificado anticiparse y violarlas por sí mismo (7). La incertidumbre acerca

(*) Socio de Governance Latam. Investigador Principal del Centro de Estudios Anticorrupción y Profesor Asociado de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de San Andrés, y Profesor de Derecho Penal Económico en la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. Abogado (UBA) y *Master in Legal and Political Theory* (University College London); Diploma de Posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo) y Especialista en Políticas Anticorrupción (Trace International). El autor agradece a Guillermo Jorge por sus comentarios y revisión de un borrador previo a este artículo, y a Manú Hersch García por la asistencia en la investigación.

(1) Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. Antonio Escohotado, Losada, Buenos Aires, 2003, p. 130.

(2) Ver Hobbes, *Leviatán*, cit., capítulos XIV y XV.

(3) Ibídem, p. 133 (ley de la naturaleza nro. 1).

(4) Ibídem, p. 142 (ley de la naturaleza nro. 3).

(5) Ibídem, p. 151 (ley de la naturaleza nro. 11).

(6) Ibídem, p. 152 (ley de la naturaleza nro. 17).

(7) Hobbes, cit.: "Así, pues, encontramos tres causas principales de riña en la naturaleza del hombre.

del comportamiento del prójimo y la falta de una autoridad punitiva legítima que generara confianza en el cumplimiento de la ley daban sustento racional a la violación a la ley natural y hacían que el estado de naturaleza fuera un estado de "guerra; y una guerra como de todo hombre contra todo hombre" (8). La ley natural dice que no hay que matar, y yo no quiero matar, pero temo fuertemente que si no lo hiciera sería yo quien termine muerto; entonces me anticipo y para protegerme mato.

Lo que había detrás de la violación sistémica a las leyes era un problema de acción colectiva: "[l]as leyes de naturaleza obligan *in foro interno*, es decir, atan a un deseo de que tuvieran lugar, pero *in foro externo*, esto es, a ponerlas en acto, no siempre, pues *quien fuera modesto y tratable, y cumpliese todo cuanto prometiere, en tiempo y lugar donde ningún otro hombre lo hiciese, no haría sino hacerse presa de otros y procurar su propia y cierta ruina*..." (9). La violación individual era la respuesta racional a la incertidumbre propia de la falta de autoridad legítima y a la desconfianza interpersonal. Se justificaba en la violación colectiva y era a su vez su fuente.

Salvando las distancias, algo similar ocurre hoy en Argentina, y en otros países de Latinoamérica, en los sectores económicos o en ciertas transacciones donde la corrupción es sistémica (10). El largo arraigo de prácticas corruptas (sean sobornos, carteles o sobreprecios y retornos), sumada a la falta de un mensaje estatal claro en sentido contrario —la falta de castigo, sea por connivencia o por ineficacia de los sistemas de investigación y sanción— generan la asunción de que el sistema seguirá funcionando a través de las reglas informales, alimentando la desconfianza recíproca e incentivando el comportamiento ilegal. El comportamiento esperado por parte de reguladores y competidores es, en estos escenarios —que podemos etiquetar como de "alto riesgo"—, el intercambio corrupto. Si siempre se han pagado sobornos seguramente mi competidor los esté pagando, y a la luz de la ineficacia del sistema de justicia y de los controles anticorrupción, pagaré yo también bajo la justificación de una necesidad competitiva.

Los incentivos que en Hobbes estaban alineados para atacar, acá están estructurados para sobornar. Las reglas informales imperantes alientan la ilegalidad, desalientan la innovación (dejar de pagar) y obstaculizan la apertura del mercado a quienes se oponen a la corrupción, reforzando la vigencia de la regla informal. Como en el estado de naturaleza: hay ley, pero nadie la cumple.

En el mundo de los negocios, este problema de acción colectiva suele ser graficado a través del denominado "dilema del prisionero", que retrata el resultado sub-óptimo que tiene para el grupo la toma de decisiones individuales en un contexto de asimetría de información e incertidumbre acerca de las decisiones de los terceros relevantes (11). El resultado agregado es la ineficiencia, perpetuando la deslealtad comercial y elevando los costos operativos del colectivo (12).

Si la violación sistémica a la ley es un problema de acción colectiva, su solución no puede sino ser colectiva. Como explicó Braithwaite, si el problema de fondo es la falta de confianza interpersonal acerca del cumplimiento de la norma, es necesario restablecer dicha confianza (13). ¿Pero qué fuerzas serían capaces de

---

Primero, competición; segundo, inseguridad; tercero, gloria", p. 129.

(8) Ibídem, p. 129.

(9) Hobbes, cit., p. 153. Sin itálicas en el original.

(10) Cartier-Bresson, Jean, "Corruption Networks, Transaction Security and Illegal Social Exchange", en *Political Studies* (1997) XLV, ps. 463-476 (describiendo las redes de corrupción como "los intercambios en los cuales los sujetos implicados están prácticamente institucionalizados; estos intercambios se desarrollan entre entidades que ya se conocen entre sí y que operan según procedimientos que apuntan a ofrecer seguridad en las transacciones y cierta estabilidad en los precios", p. 464).

(11) Axelrod, Robert, *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Alianza, 1984.

(12) Douglas North mostró que a mayor confianza entre los actores de un cierto sistema, menores costos de transacción y mayor eficiencia para todos. North, Douglas C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, cap. 1.

(13) Braithwaite, John, "Institutionalizing Distrust, Enculturating Trust", en Braithwaite, Valerie - Levi,

modificar semejante equilibrio? En términos de Mancur Olson, lo necesario es un reacomodamiento de los incentivos que impulse a los individuos a cooperar, y construir confianza como prerequisito para alcanzar un objetivo común (14).

En Hobbes, el restablecimiento de la confianza en el cumplimiento de la ley se logra a través del contrato social. El aumento gradual de la violencia y la incertidumbre, y así de los riesgos, lleva a que cada individuo decida ceder parte de sus libertades y privilegios para crear una autoridad que aplique la ley de forma efectiva. Beneficios individuales a riesgo son abandonados en la búsqueda de un resultado común superior. Leyes formales diluidas por reglas informales recobran poder vinculante luego de una decisión racional y un compromiso colectivo.

La acción colectiva anticorrupción es también, en esencia, un dispositivo contractualista: en un escenario de incumplimiento normativo sistémico, busca revigorizar la ley, y en particular la competencia leal, a través de un acuerdo entre los distintos competidores y demás actores relevantes. Si cumplir la norma legal solo es viable en un escenario en el cual todos lo hacen, la accion colectiva busca el nivel de compromiso necesario para generar la confianza suficiente de que así será: se modifica el comportamiento colectivo para permitir el cambio individual.

Como en Hobbes, el impulso creciente a las acciones colectivas anticorrupción también ha surgido, en la última década, por un aumento notable de los riesgos individuales bajo esquemas informales de incumplimiento legal. El principal factor de aumento de dichos riesgos ha sido la aplicación incremental de legislaciones transnacionales que penan a las empresas por los delitos de corrupción cometidos en su beneficio. Las compañías multinacionales han recurrido a estrategias colectivas para reducir sus riesgos, principalmente los de sus subsidiarias y socios de negocios en mercados afectados por corrupción estructural (15).

El razonamiento es sencillo: si nuevas legislaciones se aplicarán de forma efectiva contra comportamientos hasta ahora naturalizados, entonces es necesario modificar dichos comportamientos. Pero si hacerlo individualmente sólo resultará en represalias, en la pérdida de negocios o incluso en la salida del mercado, será necesario lograr un cambio colectivo que permita a cada actor dejar de pagar sobornos con la certeza de que los otros también lo harán. En la Sección III explico porqué un impulso de estas características debería tener lugar en Argentina luego de la entrada en vigencia de la ley 27.401.

II.2. Modalidades de acción colectiva

Las experiencias de acción colectiva son diversas. Se han llevado adelante múltiples iniciativas declarativas, que esencialmente buscan re-explicitar el "contrato social" de cumplir la ley por parte del sector privado. En muchos casos, dicho mensaje se inserta en un compromiso más amplio por el cual se reconocen ciertos estándares industriales o sectoriales de comportamiento corporativo (16). Algunas

Margaret (eds.), *Trust and Governance,* Russell Sate, Nueva York, cap. 14, p. 351.

(14) Olson, Mancur, *The logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University, Cambridge, 1965.

(15) V.gr. Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI, por sus siglas en inglés), que promueve un estándar global para promover la gestión abierta y responsable de los recursos extractivos en los sectores del petróleo, gas y minería (*http://eiti.org*; última visita: 20/04/2018); la Iniciativa de Transparencia en el Sector de la Construcción (*http://www.construction-transparency.org/home*; última visita: 20/04/2018), que trabaja a nivel nacional e internacional para facilitar el intercambio global de experiencia y conocimiento sobre la transparencia y la rendición de cuentas en la infraestructura pública; la Red de Integridad por el Agua (WIN), una red de organizaciones e individuos que promueven la integridad para reducir la corrupción y mejorar el desempeño del sector del agua (*http://www.waterintegritynetwork.net* última visita: 20/04/2018).

(16) Ver por ejemplo las iniciativas impulsadas por el *Wolfsberg Group* en la banca privada para prevenir el lavado de activos (*www.wolfsberg-principles.com*; última visita: 02/04/2018); *e*n la industria de la defensa, los *Global Principles of Business Ethics for the Aerospace and Defense Industry* y la *European Defense Integrity Initiative;* o la *Partnering Against Corruption Initiative (PACI)* del *World Economic Forum* (*https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative* última visita: 20/04/2018).

experiencias muestran que, no por sencillas, iniciativas de estas características sean menos efectivas. Campañas para "decir no", basadas en la resistencia colectiva a la solicitud de sobornos sistémica, hacen palanca en el poder de una respuesta unívoca frente a la extorsión comercial estatal. Sin embargo, son débiles en la medida en que la respuesta negativa desde el sector privado no sea unívoca, caso en el cual termina resultando contraproducente al favorecer comercialmente el comportamiento de los *free riders* —aquellos que, aprovechándose de que una mayoría cumple la norma, obtienen ventajas de su violación no sancionada— (17).

Otro modelo consiste en los denominados pactos de integridad, fuertemente impulsados en las últimas dos décadas por Transparencia Internacional (18). A diferencia de los estándares industriales, de carácter general, buscan comprometer a todas las partes de procesos de compras y contrataciones en un comportamiento íntegro. En algunos casos, los pactos de integridad incluyen un mecanismo de monitoreo a cargo de una organización (generalmente no gubernamental) externa, y sistemas de denuncia de los desvíos que afectan la competencia. El Mecanismo de Reporte de Alto Nivel, promovido por la OCDE (19) y aplicado en Colombia para la licitación de carreteras (20) y recientemente en Argentina para los proyectos de participación público-privada (21), puede verse como una evolución de esta iniciativa dirigida a evitar la judicialización de las sospechas y hacer los procesos de compras más eficientes sobre la base de la confianza entre todos los competidores.

Estrategias colectivas de mayor complejidad se basan en el trabajo conjunto entre el Estado y los actores sectoriales para modificar un determinado equilibrio de corrupción, transparentar procesos históricamente opacos y generar incentivos para la competencia leal en el marco de la ley. Un ejemplo exitoso de esta modalidad se describe en la sección que sigue.

II.3. La acción colectiva impulsada por la Red Marítima Anticorrupción para reformar las inspecciones de buques graneleros

La Red Marítima Anticorrupción (MACN, por su acrónimo en inglés) congrega a más de 93 empresas de la industria marítima de todo el mundo en el objetivo común de aumentar la transparencia y reducir la corrupción en los puertos y la industria en general (22). Uno de sus principales ejes de trabajo consiste en el desarrollo de iniciativas colectivas para reducir la corrupción en los países de mayores riesgos. La iniciativa de MACN en Argentina es un ejemplo notable de acción colectiva público-privada para evitar la continuidad de un esquema de corrupción sistémica. Su objetivo es aumentar la transparencia y favorecer una mayor integridad en las inspecciones de las bodegas y tanques de los buques graneleros históricamente a cargo del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (Senasa) (23).

Dichas inspecciones tuvieron, históricamente, el objetivo de garantizar que el medio de transporte estuviera en condiciones adecuadas para evitar la contaminación de los productos agrícolas exportados. Pero la discrecionalidad de la que gozaban los inspectores para aprobar o rechazar las bodegas, los elevados costos derivados de las demoras motivadas en los rechazos, la falta de visibilidad y registro de todo el proceso de inspección, gestionado en el siglo XXI del

(17) Stanford Encyclopedia of Philosophy, "The Free Rider Problem" (2003), disponible en: *https://plato.stanford.edu/entries/free-rider/* (último acceso: 02/04/2018).

(18) Transparency International: *https://www.transparency.org/whatwedo/tools/integrity_pacts/5* (último acceso: 02/04/2018).

(19) OECD: *http://www.oecd.org/corruption/hlrm.htm* (último acceso: 02/04/2018).

(20) Wehrle, Frédéric, "High Level Reporting Mechanisms in Colombia and Ukraine", *Working paper series* nro. 19, Basel Institute on Governance, agosto 2015, disponible en: *https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/150812_hlrm_working_paper_no_19.pdf* (último acceso: 02/04/2018).

(21) Ver: *https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion/reporte-alto-nivel* (último acceso: 02/04/2018).

(22) MACN: *http://www.maritime-acn.org/* (último acceso: 02/04/2018).

(23) Para mayores detalles del proyecto, Case Study on MACN's Argentina's Collective Action, disponible en: *http://www.maritime-acn.org/news/2018/3/1/case-study-on-macns-argentina-collective-action-published* (último acceso: 02/04/2018).

mismo modo que en el XIX, a través de actas en papel rara vez conservadas y nunca auditadas, generaron incentivos que, con el tiempo, consolidaron prácticas impropias. En conjunto, estas condiciones, sumadas a la falta de una reacción punitiva, facilitaron el soborno (pagado por barcos en malas condiciones para obtener el beneficio indebido de la aprobación) y la extorsión comercial (sufrida por buques a los cuales, aun en buenas condiciones, se les requería pagos para evitar costosas demoras). Con el tiempo, la continuidad de la corrupción sistémica en estas inspecciones comenzó a afectar no sólo a quienes debían sumar el soborno a sus estructuras de costos, sino en términos generales a la industria marítima (expuesta a mayores riesgos legales derivados de la aplicación transnacional de las legislaciones anticorrupción de los países de la OCDE)(24) y especialmente el comercio internacional de los productos agrícolas argentinos, en la medida en que los mayores costos, sumados a los crecientes riesgos, comenzaron a desalentar a las empresas extranjeras a continuar comerciando en el país.

Un proceso de trabajo de tres años durante el cual MACN interactuó con todos los actores del sistema —las autoridades de Senasa, la Cámara que nuclea a las agencias marítimas, la Cámara de las empresas de inspección privada y la Cámara de las empresas exportadoras de productos agrícolas, entre otros— para identificar la estructura de incentivos que conducían a la corrupción sistémica, elaboró un diagnóstico consensuado y facilitó un proceso de intercambio desde el cual surgieron soluciones para modificar el equilibrio. Luego de un proceso de análisis y discusión colectiva, el Senasa reformó el marco regulatorio con el objetivo de generar una nueva estructura de incentivos que aliente mayor integridad y eficiencia en el comercio internacional de productos agrícolas argentinos.

En una declaración conjunta, los distintos actores de la iniciativa destacaron el trabajo colaborativo público-privado como la base de la reforma, y manifestaron su compromiso de promover mayor integridad y transparencia(25). La acción colectiva continúa durante la implementación de la reforma, a través del monitoreo conjunto de su funcionamiento y el entrenamiento de los actores clave, públicos y privados.

III. La ley 27.401 y la corrupción sistémica

La ley 27.401(26), que entró en vigencia el 1º de marzo de 2018, atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas(27) por los delitos de cohecho y tráfico de influencias (nacional y transnacional)(28), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas(29), concusión(30), enriquecimiento ilícito(31) y balances e informes falsos dirigidos a ocultar el cohecho o el tráfico de influencias(32). De este modo, complementa los regímenes de responsabilidad penal de personas jurídicas que el sistema jurídico argentino ya preveía para los delitos de "desabastecimiento"(33), aduaneros(34), cam-

(24) Especialmente desde la sanción de la UK Bribery Act, que no exceptuó los llamados pagos de facilitación y extendió la responsabilidad por pagos de terceras partes. Cfr.: Jorge, Guillermo, "Administración de riesgos de corrupción en la cadena de valor", en Morales Oliver, G. - Saccani, R. (eds.), *Compliance*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018 (en prensa).

(25) Ver declaración conjunta en: *http://www.governancelatam.com.ar/web2014/wp-content/uploads/2017/10/DECLARACION-CONJUNTA-RESOL-693-E-2017.pdf* (último acceso: 12/04/2018).

(26) Publicada en el Boletín Oficial el 1º de diciembre de 2017 y en vigencia desde el 1º de marzo de 2018. Disponible en: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm* (último acceso: 12/04/2018).

(27) En nuestro orden jurídico, son personas jurídicas privadas las sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, mutuales, cooperativas y consorcios de propiedad horizontal. Código Civil y Comercial de la Nación, art. 148.

(28) Previstos en los arts. 258 y 258-bis del Código Penal.

(29) Previsto en el art. 265 del Código Penal.

(30) Previsto en el art. 268 del Código Penal.

(31) Previsto en los art. 268 (1) y (2).

(32) Previsto en el art. 300 bis del Código Penal, introducido por la ley 27.401.

(33) Ley 20.680/74, disponible en: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/58603/texact.htm* (último acceso: 12/04/2018).

(34) Ley 22.415/81, disponible en *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16536/texact.htm* (último acceso: 12/04/2018).

biarios (35), contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (36), tributarios (37) y contra el orden económico y financiero (38).

Los alcances de la ley son descritos y analizados en detalle en otras contribuciones a este suplemento. A los efectos de comprender la relevancia de las acciones colectivas a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.401, es preciso considerar algunas características de la responsabilidad penal empresarial prevista por la ley, en particular para los delitos de soborno y tráfico de influencias:

a) *Es objetiva*. La responsabilidad por el hecho individual se transmite a la entidad sin necesidad de que la acusación pruebe ninguna decisión corporativa en dirección a la comisión del delito ni ninguna deficiencia organizacional. La persona jurídica podría eximirse de pena sólo si probara su *mérito organizacional*, pero ello exige mucho más que implementar un programa de *compliance* adecuado, que es sólo una de tres condiciones exigidas por la ley 27.401 para la eximición de pena y de responsabilidad administrativa.

De acuerdo con el art. 9º de la ley, sólo será eximida de pena y de responsabilidad administrativa la empresa que:

i) se auto-denuncie como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna,

ii) devuelva el beneficio indebido obtenido a través del delito auto-denunciado, y

iii) haya implementado con anterioridad al delito un sistema de control y supervisión (o programa de integridad) adecuado que exigiera de los intervinientes en el delito un esfuerzo para su comisión.

Se trata de tres condiciones necesarias, no alternativas. A diferencia de la ley chilena, por ejemplo, que establece que las personas jurídicas serán responsables de los delitos alcanzados "siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión" (39) (y de los regímenes de responsabilidad penal corporativa establecidos en España (40) o el Reino Unido (41), que como el chileno exponen la tendencia actual hacia modelos de imputación corporativos sustentados en un estándar de "debida diligencia") la sola implementación de un programa de integridad adecuado no es suficiente para lograr la eximición de pena bajo la ley argentina (42).

b) Se *genera por los actos de cualquier individuo*. La responsabilidad de la persona jurídica prevista por la ley 27.401 puede ser generada por la acción de cualquier individuo, no necesariamente de una persona vinculada o explícitamente mencionada por la legislación —como hacen los regímenes análogos adoptados en Chile (43), Perú (44), Colombia (45), España (46) o el Reino Unido (47)—. En Argentina, las personas jurídicas tendrán

(35) Ley 19.359/82, texto ordenado por Decreto en 1995, disponible en: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28133/texact.htm* (último acceso: 12/04/2018).

(36) Ley 24.241/93, disponible en: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm* (último acceso: 12/04/2018).

(37) Ley 24.769/97, disponible en: *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41379/texact.htm* (último acceso: 12/04/2018).

(38) Código Penal, arts. 303 a 313.

(39) Ley 20.393 de la República de Chile, art. 3º.

(40) Código Penal, art. 31 bis.

(41) *United Kingdom Bribery Act,* sección 7 (*https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7* (última revisión 20/04/2018).

(42) El proyecto de ley enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional establecía una modelo de responsabilidad similar al previsto en la ley chilena. Disponible en: *http://archivo2016.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/OA-Proyecto-RPPJ-consolidado-julio-2016.pdf* (ver su art. 3º) (último acceso: 19/01/2018).

(43) Ley 20.393 art. 3º, *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668* (último acceso: 20/04/2018)

(44) Decreto Legislativo 1352 art. 3º.

(45) Ley 1778 art. 2º. Disponible en: *http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf* (último acceso: 20/04/2018).

(46) Código Penal de España (Ley Orgánica 10/1995), art. 31 bis. Disponible en: *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444* (último acceso: 20/04/2018).

(47) *United Kingdom Bribery Act*, secciones 7 y 8 (*https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7* (última revisión 20/04/2018).

responsabilidad por las conductas de cualquier persona que actúe directa o indirectamente con su intervención o en su nombre, interés o beneficio (48). Explícitamente, la ley dice que la entidad es responsable aun si quien actuó fue un tercero sin atribuciones para representarla, "siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita" (49). En nuestro marco normativo, una contratación gestionada por un tercero sin representación se ratifica tácitamente ejecutándola (50). Esto eleva en gran medida los riesgos derivados de la ejecución de contratos o el aprovechamiento de ventajas obtenidas gracias a intermediarios, agentes, gestores o cualquier otro tercero.

c) *Alcanza a la "corrupción administrativa"*. Al remitir a los tipos penales de corrupción previstos en el Código Penal, el alcance de la ley excede los grandes contratos con el Estado (*target* original de las legislaciones contra el soborno transnacional inspiradas en la FCPA de los Estados Unidos (51) e impulsadas por la OCDE (52)) y alcanza a toda interacción ilegal con el sector público, por menores que fueran los montos involucrados. Tomemos por ejemplo el tipo penal de soborno activo (53), que prohíbe dar u ofrecer dádivas a un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones (54). La jurisprudencia entiende que la dádiva puede consistir en dinero pero también en cualquier cosa de valor, "sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto" (55). El monto o valor económico de la dádiva es irrelevante (no existen umbrales mínimos debajo de los cuales puedan hacerse pagos (56), especialmente cuando quien hace el pago u obsequio está sujeto a la regulación o fiscalización del funcionario que lo recibe, o por otra razón los intereses del primero puedan verse afectados por las decisiones del segundo (57)). Por otra parte, no existe en Argentina excepción para los llamados "pagos de facilitación", dirigidos a lograr que se realice una acción gubernamental rutinaria (58).

Que las empresas puedan ser sancionadas penalmente por pagos de cualquier monto por parte de cualquier individuo y en cualquier interacción con el sector público las expone a un riesgo mayúsculo en aquellos sectores en los cuales la práctica de negocios incluye pagos ilícitos que, aun menores, sean regulares o cotidianos.

---

(48) Ley 27.401, art. 2º.

(49) Ibídem.

(50) Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1025. Por otro lado, un 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" (Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1319).

(51) *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* (15 U.S.C. §§ 78dd-1, *et seq.;* "FCPA"). Disponible en español en: *https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf* (último acceso: 20/04/2018).

(52) OCDE, "Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales", disponible en: *https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf* (última revisión: 20/04/2018).

(53) Código Penal, art. 258.

(54) Las penas previstas para el autor individual del delito de cohecho activo son prisión de uno a seis años, para el cohecho simple, y reclusión o prisión de dos a seis años si el dinero o dádiva estuviere destinado a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo (art. 258 Cód. Penal). También se aplica una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (art. 259 bis).

(55) Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala 1, "Jaime, Ricardo y otros s/ procesamiento y embargo", 25/10/2011, considerando V. a).

(56) La jurisprudencia no aplica al cohecho el principio de insignificancia, por el cual se consideran atípicas acciones que involucran montos que no son significativos en términos económicos. Cámara de Apel. Crim. Paraná, Sala II, "Piffiguero, Daniel J.", 2005/04/25; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 15/09/2016, "Scorziello, Eduardo Francisco". Esto se fundamenta en que el bien jurídico tutelado por el tipo penal de cohecho no es el patrimonio individual sino la administración pública.

(57) Dec. 1179/2016, Régimen de Obsequios a Funcionarios Públicos, Anexo I, arts. 1º/4º. Disponible en: *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/regimen_de_obsequios_0.pdf* (último acceso: 20/04/2018).

(58) Los pagos de facilitación (definidos como aquellos pagos realizados para lograr una "routine governmental action") están previstos como excepción a la prohibición de pagar sobornos en la FCPA.

Aquellas compañías que requieran de la importación o exportación de bienes, o de habilitaciones, inspecciones o la concesión de licencias o permisos en ciertas áreas del Estado, sea nacional, provincial o local —por poner algunos ejemplos— tienen hoy una gran exposición al riesgo de incurrir en corrupción administrativa: el pago de sobornos no necesariamente para obtener una ventaja indebida o desleal frente a competidores, o un beneficio incompatible con el orden legal, sino también para lograr simplemente el cometido del trámite que está realizando, en los términos de la ley.

Estos escenarios, que en ciertos casos configuran verdaderas extorsiones comerciales, están extendidos en diversos sectores de la economía argentina (y latinoamericana en general), muchas veces capturada por redes de corrupción público-privadas no necesariamente de altas jerarquías (lo que entraría en la categoría de *grand corruption*, o corrupción política) sino mayormente de funcionarios y ejecutivos de rango intermedio o bajo (59).

En estos escenarios, las herramientas propias de los programas de integridad no ofrecen, por si solas, soluciones para reducir los riesgos derivados de operar en tal contexto. Las compañías se enfrentan muchas veces a esta suerte de oxímoron. Una empresa que antes de la entrada en vigencia de la ley 27.401 operaba en ambientes de alto riesgo podría, desde su entrada en vigor, adoptar las mejores reglas, procedimientos y prácticas internas, realizar capacitaciones periódicas de integridad del mejor nivel, incluso implementar un sistema de denuncias e investigaciones con la mejor tecnología. Pero a la hora de decidir qué hacer en la próxima oportunidad en que deba iniciar un trámite aduanero, o pasar una inspección municipal —cuando la corrupción es el comportamiento esperado en el mercado— deberá tomar una decisión de negocios. Si el programa de integridad funciona adecuadamente, la práctica corrupta habrá sido identificada como de alto riesgo; estará prohibida por el Código de Ética y la política anticorrupción; los empleados (y tal vez también los socios de negocios y otros terceros) habrán sido capacitados para evitarla, y en muchos casos se los habrá hecho firmar un compromiso de evitarla e incluso de denunciarla a través de canales internos de reporte.

Pero si internamente cada empleado y cada ejecutivo cumplieran su rol bajo el programa de integridad sin que las condiciones externas a la compañía se modifiquen, ¿cuál sería el resultado? La respuesta más razonable desde una perspectiva pura de integridad sería la reducción de riesgos a través del retiro de las operaciones en los escenarios de corrupción sistémica. El análisis de riesgos determinaría razonablemente, por ejemplo, que el proceso de aduanas requerido para llevar adelante el negocio exige exponerse a un riesgo legal mayor al tolerable, y recomendaría su reducción a través de una medida muy simple: dejar de pasar por aduanas. Sin ir más lejos, éste habría sido el caso de Ralph Lauren, que como surge de su acuerdo de no persecución con la Comisión de Valores de los Estados Unidos (60), optó por dejar de operar en el país como decisión propia de su programa de *compliance*.

Ahora bien, ¿cuántas compañías pueden tomar una decisión de esas características sin afectar gravemente su negocio? ¿Cuántas compañías argentinas podrían decidir dejar de exportar o importar sin que ello les exija dejar de trabajar? Una reducción de riesgos operada a través del retiro de las operaciones riesgosas es, en la gran mayoría de los casos, equivalente al cierre. Dicho resultado también es insensato desde un punto de vista de política pública, pues elimina del mercado a los actores comprometidos con el cumplimiento de la ley, manteniendo al sector capturado por quienes no mantienen dicho principio.

En estos escenarios, la implementación de políticas y procedimientos internos no es sufi-

(59) En muchos casos, la permanencia en el tiempo del esquema de corrupción tiende a diluir las fronteras entre los pagos realizados sólo para que se cumpla lo que la ley manda y aquellos que se hacen para que el funcionario relaje ciertos requerimientos. Una de las peores consecuencias de la corrupción sistémica es ésta: la propia percepción de los actores involucrados en los pagos ilegales se vuelve menos nítida respecto de para qué se está pagando. Lo único que todos saben es que para ese trámite hay que pagar.

(60) *Non Prosecution Agreement* firmado con la *Securities and Exchange Comission* (SEC), párr. 12, disponible en: *https://www.sec.gov/news/press/2013/2013-65-npa.pdf* (último acceso: 20/04/2018).

ciente para continuar operando sin riesgos, o con riesgos tolerables, si no se logra un cambio en las condiciones externas. Como grafica el caso impulsado por MACN descrito en la sección anterior, la herramienta de la que disponen las empresas para lograr dicho cambio es la acción colectiva.

La ley 27.401 enumera los distintos elementos que deberían formar parte de un programa de integridad adecuado. La experiencia muestra que, en sectores de corrupción sistémica, las compañías tendrán que explorar, además de la implementación de dichos elementos, estrategias de acción colectiva que permitan reducir riesgos. De otra forma, en consideración del amplio alcance de punibilidad corporativa establecido por la ley, la política de integridad más sensata podría ser dejar de operar.

Claro que llevar adelante una acción colectiva exitosa demanda esfuerzos de distintas características. La mayor carga la tienen, naturalmente, las compañías de mayor tamaño o capacidad económica, cuyas espaldas ofrecen mayor resistencia que aquellas de compañías más pequeñas. Pero compañías grandes por si solas difícilmente logren resultados sin involucrar a toda la cadena de valor. En este aspecto, el impulso que compañías de peso sectorial puedan dar a las iniciativas de integridad tiene una capacidad transformadora para sus socios de negocios pero también para sus competidores de menor tamaño, para quienes la corrupción suele tener un costo desproporcionadamente alto. En la medida en que la solución colectiva contemple los incentivos comerciales (que deberán alinearse con los estándares legales) y las dificultades operaciones de los distintos actores, limpiar de corrupción una determinada industria o sector puede a su vez tener un efecto equilibrador para todos los jugadores del mercado, y consecuentemente fortalecer las prácticas competitivas.

Finalmente, un desafío práctico radica, aun en las iniciativas más exitosas, en cómo transitar el intervalo entre el comienzo del trabajo colectivo y el goce concreto de sus resultados. ¿Cómo lidiar con los riesgos de corrupción una vez iniciado el proceso colectivo pero antes de lograr cambios? Como las respuestas legales no admiten posiciones intermedias (se incurre en prácticas corruptas o no), las empresas que impulsan procesos de acción colectiva —de carácter esencialmente gradualista—, necesitan adoptar una estrategia clara, y documentarla, en la eventualidad de tener que dar cuenta de sus acciones durante el desarrollo de la iniciativa. En este sentido, las áreas de *compliance* de las compañías en procesos de acción colectiva deben concebir a éstos como medidas esenciales derivadas del análisis de riesgos recomendado por la ley y dirigidas a la adopción de medidas específicas, no aspiracionales sino concretas, para prevenir ilícitos en las interacciones con el sector púbico (elemento obligatorio del programa de integridad en los términos del art. 23.b de la ley 27.401).

IV. Conclusión

Este artículo ofreció un marco conceptual para entender en qué consisten las acciones colectivas anticorrupción. Se trata de una estrategia de *compliance* que genera creciente interés en el mundo de los negocios pues es la herramienta que mejor ataca escenarios de corrupción sistémica. En Argentina, tomando en consideración los alcances de la ley 27.401 y el régimen de atribución de responsabilidad allí plasmado, la acción colectiva constituirá una estrategia esencial para reducir la exposición a riesgos de corrupción en muchos sectores de la economía que padecen esquemas corruptos estructurales. El artículo buscó a su vez comprender algunas de las dificultades prácticas inherentes a estas iniciativas, con el objetivo de enriquecer un debate que será necesario a la luz de la trascendencia creciente que las acciones colectivas anticorrupción tendrán bajo el marco jurídico actual.

Investigaciones internas: una guía práctica

POR **RAÚL R. SACCANI** (*) (**)

I. Introducción

Las investigaciones internas buscan determinar los hechos relevantes asociados a las conductas impropias de sus integrantes, entre ellas, el fraude y la corrupción. Se han convertido en una práctica reconocida en un mercado profesional cada vez más complejo, donde las acciones de parte de los reguladores y la Justicia —a nivel global y local— son cada vez más frecuentes y están mejor coordinadas. A partir de la sanción de la ley 27.401 sobre la responsabilidad penal empresaria, la actividad de investigación interna y la consecuente denuncia espontánea a las autoridades es una de las llaves esenciales para acceder al beneficio de la eximición de las penas que impone este régimen.

Los puntos que desarrollamos seguidamente surgen de los desafíos comunes que encontramos en las investigaciones, pero va de suyo que cada caso podría analizarse de manera particular. Por ejemplo, la mera decisión de iniciar o no una investigación interna es de vital importancia. Una vez comenzado, el proceso de investigación interna puede ser difícil de detener o revertir. Cualquiera que sea la decisión de una empresa, usualmente se busca poner foco en limitar el daño adicional a la empresa, pero no antes de que se haya brindado atención cuidadosa a los posibles inconvenientes y desventajas.

Una investigación bien enfocada tiene mejores chances de permitirle a la organización descubrir los hechos relevantes y estar en una buena posición para detener de manera efectiva la irregularidad. Armados con los hechos subyacentes, podrá determinar qué defensas potenciales están disponibles para obtener el control de la situación (frente a posibles investigaciones externas) con el objetivo de restringir la exposición de la compañía y sus miembros.

La guía sobre la evaluación de programas de cumplimiento corporativo emitida por el Departamento de Justicia de los EE.UU. en 2017 (1) incorpora una serie de preguntas en relación a

(*) Socio de *Forensic & Dispute Services* de Deloitte, con 20 años de experiencia investigando delitos de cuello blanco. Contador Público y Licenciado en Administración. Ha brindado testimonio en el Banco Mundial (CIADI) y la ICC. Autor del "*Tratado de Auditoría Forense*" (Thomson Reuters La Ley, 2012) entre otras publicaciones. Es presidente de la Comisión de Estudios Anticorrupción del CPCECABA y profesor de posgrado de Auditoría Forense en diversas universidades de Argentina y la región.

(**) El presente artículo se basa principalmente en dos fuentes, por un lado, el capítulo "Investigaciones internas de *Compliance*: Desafíos y beneficios" del *Tratado de* Compliance, Ed. Thomson Reuters La Ley, Codirectores: Raúl R. Saccani y Gustavo L. Morales Oliver y, por otro lado, la ponencia preparada en ocasión de la tercera reunión del 28 de marzo de 2018 de IDEA —Red de profesionales— Abogados de empresa, sobre "Investigaciones Forenses, un abordaje penal, comercial y técnico" coordinada por Tomas Thibaud y desarrollada junto con Juan María Del Sel y Juan C. Berisso (h), a quienes agradezco por los valiosos aportes realizados.

(1) Disponible en *https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download* (último acceso 27/12/2017).

los "Reportes confidenciales e investigaciones". Con respecto a la efectividad del sistema de denuncias internas, la guía recomienda evaluar: ¿Cómo ha recopilado, analizado y utilizado la información de sus mecanismos de denuncia? ¿Cómo ha evaluado la seriedad de las acusaciones que recibió? ¿La función de cumplimiento ha tenido pleno acceso a la información de los reportes e investigaciones? En particular, respecto a las investigaciones internas, la guía recomienda preguntarse: ¿cómo ha asegurado la compañía que las investigaciones hayan tenido el alcance adecuado, hayan sido independientes, objetivas, se hayan llevado a cabo correctamente y estén debidamente documentadas? Con respecto al resultado de las investigaciones internas: ¿se ha identificado la causa raíz de la irregularidad, las vulnerabilidades del sistema y las fallas en la rendición de cuentas, incluso entre los altos ejecutivos? ¿Cuál ha sido el proceso para responder a los hallazgos de la investigación interna? ¿Qué tan alto en la empresa llegan los hallazgos de la investigación?

A nivel local, según surge del texto de la propia ley 27.401, el sistema de investigación interna deberá respetar los derechos de los investigados, imponiendo sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta. La siguiente enumeración de preguntas no pretende agotar el debate ni mucho menos aportar todas las respuestas. Es apenas una lista de temas a tener presente a la hora de evaluar llevar adelante una investigación, ya que hemos observado que suelen darse en la práctica.

II. Algunos factores clave a tener en cuenta luego de conocido el problema

II.1.¿Cuáles son los disparadores de investigación interna?

Los posibles disparadores para la decisión de llevar a cabo una investigación interna son muy variados. Pueden incluir denuncias de irregularidades de fuentes internas o externas; artículos negativos en la prensa; un procedimiento de auditoría que detecta indicios de posibles fraudes contables; una denuncia de acoso sexual de un/a empleado/a; una demanda civil iniciada por un tercero; una determinación de oficio de la AFIP por facturas apócrifas; en fin, temas tan variados como los riesgos de *compliance* que enfrenta la organización en su industria en particular.

Los problemas que a primera vista pueden parecer aislados pueden propagarse rápidamente a través de las fronteras y convertirse en amenazas multifacéticas para las empresas. Incluso dentro de las jurisdicciones, las diferentes autoridades de aplicación operan dentro de sus propios marcos jurídicos y técnicos, a menudo complejos. Cualquier investigación, ya sea una interna, dirigida a establecer el tamaño y la naturaleza de un problema, o una iniciada por una autoridad de aplicación, es inevitablemente un proceso dinámico. No puede haber un enfoque de "talla única" y el alcance de una investigación puede cambiar significativamente a medida que avanza (2).

II.2. ¿Por qué llevar a cabo una investigación interna?

Si bien las empresas que enfrentan denuncias de irregularidades en principio no estarían expresamente obligadas por la legislación a realizar una investigación interna, una lectura alternativa podría darse bajo el efecto combinado de los deberes fiduciarios de un director, los códigos internos de gobierno corporativo de una compañía y sus obligaciones regulatorias —para aquellas que se encuentran en un sector regulado (3)—.

Ahora bien, ¿cuáles son las características que definen el tono de la cuestión? Por lo general, la respuesta hay que buscarla en el potencial daño

(2) Seddon, Judith - Davison, Eleanor - Morvillo, Christopher J. - Bowes, Michael Q. C. - Tolaini, Luke, *The Practitioner's Guide to Global Investigations,* 2ª ed., Law Business Research Ltd., Londres, 2017.

(3) Por ejemplo, en el caso de las empresas que cotizan en los Estados Unidos, la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 impone una obligación positiva a cada empresa para establecer un Comité de Auditoría con responsabilidad específica para investigar las denuncias de fraude que involucren asuntos de auditoría, contabilidad o controles internos. Véase la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 § 307, 15 USCA § 7245 (2002); 17 CFR Parte 205.3 (d).

De manera similar, bajo el Programa de *Whistleblowing* establecido por la Ley Dodd-Frank de 2010, la SEC toma en cuenta la respuesta de una compañía a la recepción de una denuncia interna para determinar si interpone una acción. David, Christopher - Firth, Lloyd, GIR 2017, capítulo 5. Ibíd.

a la reputación corporativa. Esta cuestión no se reduce a la mera relación costo-beneficio del pago de una eventual multa o indemnización por el despido de un empleado infiel. Usualmente vemos múltiples capas en este análisis: ¿hay miembros del alto *management* posiblemente involucrados?, ¿cómo luciría comercialmente la salida de un gerente clave?, ¿hay posibilidad de exposición en los medios?, ¿estamos frente a uno de los delitos a que refiere la ley 27.401? Estos son sólo algunos ejemplos de las preguntas que buscarán respuesta al principio de la investigación y que, probablemente, marquen el tono del proceso. Por supuesto, hay otras cuestiones a considerar.

Una investigación interna completa no siempre será la respuesta adecuada y, en cierta medida, esta decisión dependerá de la naturaleza de la supuesta irregularidad (4). Las tipologías de fraudes e irregularidades conducidas por empleados de menor jerarquía o por la gerencia media —típicos casos de apropiación indebida de activos (5)—, por ejemplo, probablemente puedan ser abordadas por una combinación de recursos internos, como la auditoría interna, legales, *compliance*, seguridad, recursos humanos u otros. Por el contrario, una denuncia sobre una conducta delictiva generalizada o un riesgo de que la conducta se extienda a cuestiones de relevancia pública, es más probable que amerite una investigación interna a gran escala.

(4) Pueden existir desventajas potenciales para una investigación interna a gran escala, y si bien pueden mitigarse, a veces no pueden ser eliminadas por completo. Una primera cuestión es que las investigaciones a gran escala pueden ser costosas, lo que supone una carga para los recursos de una empresa. También pueden dar lugar a la creación de una suerte de "mapa de ruta" de la supuesta irregularidad, que potencialmente podría descubrirse *a posteriori* en el marco de una acción civil o penal. Estos inconvenientes, si bien son reales, no deberían disuadir a las empresas de iniciar una investigación interna cuando las circunstancias lo justifiquen. Siempre que se planifique y administre cuidadosamente, una investigación con frecuencia le ofrece a la empresa una mejor oportunidad de mitigar pérdidas, remediar irregularidades y defenderse adecuadamente.

(5) Típicamente, nos referimos al hurto de dinero en efectivo, inventarios o activos; a los desembolsos fraudulentos, entre otros. Ver más en *http://www.acfe.com/report-to-the-nations/2018/* (último acceso 20/04/2018).

II.3. ¿Cuáles son los primeros pasos esenciales de una investigación interna?

Tan pronto como surge un problema, uno de los primeros pasos que suele darse en una investigación interna es la identificación de todos los interesados y la asignación de la responsabilidad por el liderazgo de la investigación. Esto es importante no sólo para crear un entorno legalmente amparado por el secreto profesional, sino también para intentar asegurar el funcionamiento eficiente de la investigación (6). Se apunta a establecer y comunicar objetivos claros, así como definir y revisar continuamente el alcance y los términos de la investigación.

Desde el punto de vista de la relevancia del hecho a investigar, será bien distinto el enfoque cuando se trate de una típica apropiación indebida de activos en una organización local, que un hecho de corrupción de una empresa local que interactúa con el sector público o, el mismo contexto, pero de una empresa multinacional. Cada situación puede disparar diferentes escenarios que deberán considerarse. No obstante, es posible identificar tres fases amplias, a menudo superpuestas, para una investigación, a saber, las fases de inicio, recopilación de información y disposición de la evidencia. Cada fase presenta desafíos particulares.

Al decidir si se inicia una investigación o cómo, o cuál es la mejor forma de responder a una ya iniciada por una autoridad de aplicación, usualmente la primera tarea será establecer con la mayor precisión posible el tamaño y la forma del problema. ¿Qué entidades e individuos se consideran sujetos de la investigación? ¿Qué delitos se cree que cometieron y qué disposiciones reglamentarias podrían haber infringido?

En algunos casos (generalmente aquellos que involucran presuntas violaciones de requisi-

(6) En algunos casos se aclara, por escrito y al comienzo de cualquier procedimiento, por qué se está llevando a cabo la investigación y cuáles son sus objetivos, sobre todo para que la compañía pueda fortalecer cualquier argumento que quisiera realizar sobre cuestiones relacionadas con el secreto profesional legal. Es una práctica común que quienes conducen la investigación se abstengan de extraer conclusiones sobre la naturaleza de la conducta subyacente, en el supuesto de que los documentos puedan ser revelados en última instancia.

tos regulatorios), las respuestas serán evidentes por las eventuales notificaciones cursadas por los organismos de control, que confirman el comienzo de un sumario o investigación o el nombramiento de funcionarios a cargo del proceso. Por otro lado, de acuerdo a las características del caso, podría ser necesario tomar medidas inmediatamente después de descubrir la conducta irregular para: 1) frenar o suspender cualquier hecho o pago irregular; y 2) preservar y evitar la destrucción o eliminación (involuntaria o no) de documentos que son, o podrían llegar a ser, pertinentes. En grandes organizaciones multinacionales, se suelen identificar a los "custodios" de estos documentos, y se redactan y difunden avisos de retención de documentos que sean suficientemente inclusivos para reunir el material y suspender las políticas de eliminación automática de documentos.

Cuando las autoridades aún no están al tanto de una aparente conducta indebida, podrá considerarse si la denuncia es una prioridad inmediata, cuándo y cómo llevarla a cabo. Nos referimos, en términos generales, a lo que la doctrina extranjera define con el término "divulgación". En algunos casos, las regulaciones podrían requerir que se denuncie el hecho (es decir, que se divulgue a una autoridad de aplicación (7)) y, en otros, podría ser apropiado informar voluntariamente el asunto para maximizar las perspectivas de una resolución consensuada en términos favorables (8). Ambos tipos de divulgaciones requieren un manejo cuidadoso.

Así, deberían tenerse en cuenta las posibles consecuencias, tanto para las personas físicas o jurídicas que ya estarían implicadas en una supuesta conducta indebida, como para aquellas que pueden llegar a estarlo. Cuando la información se divulga voluntariamente, podrían analizarse consideraciones más amplias sobre si la cooperación será apropiada y si es probable que aliente a la autoridad de aplicación pertinente a restringir su investigación (y en qué términos). Identificar los posibles riesgos y beneficios generalmente implicará evaluar la política y la postura de cada agencia involucrada. Ya existe un camino recorrido en la jurisprudencia extranjera, sobre todo en EE.UU., sobre cómo tratan este tema el DoJ y la SEC. La sanción de la ley 27.401 en la Argentina es muy reciente y habrá que prestar atención a la postura que tomarán los fiscales y jueces en la Argentina respecto de los requisitos para la eximición de pena y el acuerdo de colaboración eficaz.

Se dispararán, entonces, una serie de preguntas prácticas:

- ¿Debería hacerse una notificación inicial antes de que se haya llevado a cabo una investigación interna completa?

- ¿Qué debería revelarse al final de la investigación interna y a quién? (sería bueno evaluarlo de antemano).

- ¿Debería revelarse la información a las autoridades oralmente en lugar de por escrito?

- Respecto de la cooperación para que la autoridad contemple un resultado negociado ¿considerarán los investigadores algo que no sea un acceso irrestricto a los testimonios de los testigos y otros documentos subyacentes?

- ¿Es factible sostener el argumento del secreto profesional legal para desafiar los requerimientos de los investigadores, al mismo tiempo que se pretende sostener que se está cooperando?

Las elecciones realizadas en esta etapa sobre cuánta información y control podrían ceder las empresas durante el proceso de investigación,

(7) Por ejemplo, si el pago del acto corrupto implicase, además, una posible maniobra de lavado de activos, y la empresa sea uno de los sujetos obligados a que refiere la ley 25.246, cabría la posibilidad de analizar si no corresponde realizar un Reporte de Operación Sospechosa (ROS) a la Unidad de Información Financiera (UIF). Aun cuando no se trate de un sujeto obligado, pero la empresa tenga capital estatal —mayoritario o no— posiblemente el órgano de administración busque dejar cumplida la obligación de denunciar que le cabe a un funcionario público, lo que podría llevar a presentar una denuncia en la Justicia, en la Oficina Anticorrupción o a la UIF, en este caso a través del denominado Informe de Otras Fuentes (IOF), entre otras posibilidades.

(8) Tal podría ser el caso del mecanismo a que refiere el art. 9º de la ley 27.401 sobre eximición de la pena, aunque la mayoría de las jurisdicciones cuentan con algún esquema que les permita negociar una reducción de la pena en la medida en que cuenten con un Programa de Integridad.

y la solidez de la línea que se tomará con los investigadores en relación a cuestiones como el secreto profesional legal, pueden ser cruciales para establecer el tono para el resto de la investigación y cualquier procedimiento que se derive de ello.

II.4. ¿Quién lidera la investigación interna y cómo se arma el equipo?

Si la conducta de la alta gerencia está cuestionada, es lógico que la responsabilidad por la investigación interna recaiga en el Directorio u órgano máximo de gestión que se trate. También puede ser adecuado que el Directorio dirija la investigación cuando las denuncias sean particularmente graves o puedan tener consecuencias reputacionales graves para la empresa. En los casos de menor riesgo, la investigación podría estar liderada por *compliance*, auditoría interna, seguridad, legales o recursos humanos, dependiendo el tema que se trate.

Como regla básica de prudencia, la persona o línea de negocios que pudiera haber tenido responsabilidad en los hechos investigados debería aislarse del equipo de investigación. De lo contrario se comprometería la credibilidad del proceso.

Dependiendo de la escala de la investigación y la antigüedad de las personas implicadas, especialmente en las empresas cuya envergadura requiere un gobierno corporativo desarrollado, a veces puede ser necesario establecer un subcomité de investigación especial del Directorio para supervisar la investigación, o delegar la responsabilidad en el Comité de Auditoría (9).

Más allá del liderazgo del caso —casi unánimemente la doctrina afirma que la cara visible será interna— se conformará un equipo de investigación. La escala o las implicancias potenciales del asunto serán, como destacamos a lo largo de este artículo, factores clave a la hora de configurar el equipo. Es habitual que participen abogados externos, quienes aportarán un análisis jurídico de las distintas aristas del caso, que pueden tener que ver con el Derecho penal, laboral, societario, administrativo, entre otros. Además, los abogados externos brindarán apoyo tanto para reforzar la independencia y credibilidad del proceso de investigación —útil a la hora de tratar con las autoridades sobre los hallazgos de la investigación— como para fortalecer cualquier argumento en torno al secreto profesional legal, como veremos luego.

El equipo se complementa con auditores forenses, que analizaran los libros y registros contables, entre otros procedimientos; y los expertos en informática forense, para el tratamiento de la evidencia electrónica.

Si algo destaca al fenómeno de *compliance* en general, es su carácter eminentemente multidisciplinario. Esta característica adquiere especial relevancia en el ámbito de las investigaciones internas.

II.5. ¿Debería darse aviso de la investigación interna a los empleados?

Normalmente se busca preservar la integridad de una investigación a través del principio de "quién tiene necesidad de saber". Este principio refiere a que la protección en cuestión no está relacionada sólo con la información recibida durante la investigación, sino también con la gente que está o pudiera estar involucrada. Por ende, en adhesión a ese estricto principio de confidencialidad, la información relacionada con cualquier investigación sólo se comparte en riguroso cumplimiento del principio de "quién tiene necesidad de saber", es decir, únicamente con aquellos empleados que en el curso ordinario de sus asuntos necesitan esa información para colaborar con el proceso, por ejemplo.

II.6. ¿Cuál es el alcance de una investigación interna?

A partir del nuevo escenario que supone la introducción del régimen de responsabilidad penal empresaria, hay empresas que se preguntan si no es conveniente contar con un protocolo antes de que surja un incidente, que establezca las responsabilidades, cursos de ac-

(9) Uno de los objetivos de la persona que lidera la investigación, entre otros, es enviar información regular sobre el progreso de la investigación a quienes necesiten conocer el status; con un flujo de información diseñado en la etapa de definición del alcance para intentar asegurarse que el personal pertinente se mantenga informado al tiempo que los informes confidenciales no se distribuyan más allá de lo estrictamente necesario.

ción y las líneas de notificación para diferentes tipos de investigaciones hipotéticas. En el caso de considerarse apropiado, el protocolo se integraría en los procesos escritos de la compañía, junto con otros eventos que requieren respuestas rápidas (10).

Si bien un protocolo ayudará a reunir los recursos en un plazo breve, debería, sin embargo, tener suficiente flexibilidad para permitir que el alcance de una investigación esté dictado por las circunstancias particulares. Por ejemplo, cualquier persona potencialmente implicada debería ser excluida del equipo de investigación desde el principio, para evitar cualquier riesgo, ya sea real o percibido, de que la integridad de la investigación se vea comprometida. La constitución del equipo usualmente se revisa con regularidad a medida que avanza el caso: lo que comienza como la investigación de una infracción menor puede derivar en el análisis de un problema más importante, que requiera la participación de más personal de alto nivel.

Las ventajas de invertir tiempo en una planificación detallada son muchas. A menudo ayuda mantener la mente enfocada en el objetivo, con procedimientos cortos y agudos, antes que desarrollar una investigación amplia y desenfocada. Esto ayudará también a evitar el riesgo de que el alcance de la investigación sea atacado con el argumento de la "excursión de pesca". Esto no quiere decir que los problemas imprevistos que salen a la luz durante el curso de la investigación deban ser ignorados; simplemente que la experiencia nos indica que una investigación enfocada puede ser más conducente a la resolución de problemas de la manera más rápida y eficiente.

Una parte a la que se le atribuye relevancia durante el ejercicio de determinación del alcance es evaluar la naturaleza de los riesgos potenciales a los que está expuesta la empresa. Esto normalmente se revisa a medida que avanza la investigación (11).

También es posible que sea necesario acordar el alcance de la investigación con las autoridades antes de seguir adelante, sobre todo en el caso de las investigaciones *cross-border*, donde las empresas y sus asesores a menudo enfrentan una tarea difícil al tratar de equilibrar las demandas competitivas de múltiples agencias gubernamentales al determinar cómo abordar las investigaciones internas.

Una vez que se acuerda el alcance, usualmente se elabora un plan de trabajo detallado que establece cómo y quién debe preservar, recopilar, revisar y analizar la evidencia. Esto debería incluir la identificación de "custodios" a quienes se recolectarán pruebas; quiénes serán entrevistados y en qué orden; y si se necesita incorporar asesores externos que ayuden a lidiar con el secreto profesional, la protección de datos o la confidencialidad.

La identificación de las personas más útiles para hablar en estas conversaciones preliminares puede ser delicado, ya que los investigadores buscan un equilibrio para hablar con personas que conocen el tema pero que están lo suficientemente alejadas de la posible irregularidad como para confiar en ellas, sobre todo para mantener la confidencialidad de la investigación. Por supuesto, entrevistar a un empleado en una etapa temprana, sin el beneficio de contar con un conjunto completo de hechos o documentos, podría resultar en la obtención de información incompleta, con la necesidad de conducir entrevistas adicionales. Las entrevistas iniciales pueden servir para identificar custodios clave, la naturaleza y el volumen de documentos relevantes, las formas en que se almacenan los documentos y quién tiene acceso a ellos.

(10) En aquellos casos en los que se decide documentar el alcance, suele incorporarse el objetivo general de la investigación, los temas que se investigan, el rango de fechas, las jurisdicciones y si se requiere asesoramiento legal en el extranjero, las entidades involucradas (por ejemplo, compañías subsidiarias) y cualquier otro tema relevante. También suelen documentarse los motivos de cambios en la determinación del alcance. Si una denuncia interna se convierte luego en objeto de una acción penal o regulatoria que no fue identificada por la propia investigación interna porque cayó fuera del alcance original, puede que sea necesario que la compañía demuestre por qué sucedió.

(11) Un problema que, en apariencia, parece ser regulatorio, puede tener un ángulo criminal que sólo se vuelve aparente a medio camino, o al final de la investigación. Si una empresa enfrenta un riesgo criminal o regulatorio puede tener un impacto significativo sobre cómo abordar las investigaciones. *Ibidem*.

Como mencionábamos antes, el plan de trabajo deberá ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Si bien el plan inicial puede representar la investigación que la empresa llevaría a cabo en un mundo ideal, en la práctica, es probable que surjan obstáculos que deberían equilibrarse con la necesidad de llevar a cabo una investigación completa. Estos pueden incluir problemas tales como el costo, las presiones de tiempo, los requisitos regulatorios y las necesidades del negocio, entre otros.

En esta etapa inicial suele considerarse, también, cómo se presentarán los hallazgos y conclusiones de la investigación y a quién se los divulgará, tanto a nivel interno como externo.

II.7. ¿Cuáles son los procedimientos de auditoría que se despliegan en una investigación?

El plan de trabajo incluirá un set de procedimientos a la medida de cada situación en particular. La caja de herramientas de los investigadores normalmente incluye procedimientos para preservar, analizar y producir evidencia electrónica, herramientas analíticas para revisar información en bases de datos de gestión o documentos, revisión de información de fuentes públicas sobre personas y empresas y las técnicas de entrevista de testigos, entre otros. Introducimos estos conceptos más adelante.

II.8. El secreto profesional legal en el marco de las investigaciones, ¿cómo deberían interactuar los asesores internos y externos?

La situación del *in-house counsel* es particular, dice la IBA (12), pues se ha argumentado que, en razón de la cercanía con la empresa con la cual mantiene una relación de dependencia, perdería su independencia; y, por ello, los supuestos que justifican la aplicación del principio de reserva dejan de ser aplicables (13). En este sentido, la postura de la IBA es que no debería existir diferencias entre el abogado externo y el interno, en la medida en que éste último se encuentre matriculado y, por lo tanto, esté sujeto a las normas éticas y profesionales, pues su independencia sigue siendo primordial en su ejercicio profesional. La doctrina local se ha pronunciado en el mismo sentido por diversas razones (14).

En los Estados Unidos, el alcance de la protección sólo se extiende a comunicaciones en las que haya una verdadera asesoría legal. Así, temas de negocios o administrativos no se entienden protegidos y, por lo tanto, podrían ser materia de divulgación. El riesgo en este punto es que la línea entre el asesoramiento legal y de negocios puede ser difícil de marcar. Los terceros podrían argumentar que el propósito de una comunicación tuvo que ver con un tema de negocios. Debido a esto, es común que las empresas en los EE.UU. opten por involucrar

(12) Ver más en IBA, *Legal privilege: getting it right,* disponible en *https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=7fe20bf3-4bcd-49a8-a540-bd5d744fa194* (último acceso 20/04/2018).

(13) Es interesante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia del privilegio de confidencialidad en las comunicaciones entre el cliente y el abogado. Ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, "Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akcros Chemicals Ltd. contra Comisión Europea. Recurso de casación – Asunto C–550/07 P", disponible en *http://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/ueAkzo.html* (último acceso 17/04/2018).

En el marco de una investigación por acuerdos anticompetitivos, se presentó una discusión respecto de varios documentos, entre ellos, dos correos electrónicos entre el presidente de Akcros y el abogado encargado de los asuntos de libre competencia del grupo. Akzo y Akcros presentaron escritos alegando que los mismos estaban protegidos por el privilegio de confidencialidad. A este respecto, el Tribunal de Justicia falló en contra y señaló que para encontrarse protegida por el privilegio de confidencialidad debe, por una parte, tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los "derechos de la defensa del cliente", y, por otra parte, debe tratarse de "abogados independientes", es decir, "no vinculados a su cliente mediante una relación laboral".

(14) En este sentido, según opina Sáenz Briones, el carácter de interno del abogado que la instruye no "diluye" el privilegio profesional. Ver el capítulo de Sáenz Briones, Diego sobre "Ciertos aspectos normativos de las investigaciones internas de *Compliance* en la Argentina" del *Tratado de* Compliance, La Ley Thompson Reuters (obra en edición). En el mismo sentido concluye Marcelo Gobbi, diciendo que en la Argentina no existen disposiciones legales ni precedentes que establezcan excepciones a la confidencialidad, ni se ha desarrollado una doctrina respecto de si la información debe reunir ciertas condiciones para su protección. Ver *http://www.colabogados.org.ar/larevista/imprimir.php?id=81***amp***pag=57&pag=65&origen=* (último acceso 17/04/2018).

a abogados externos para reforzar el privilegio abogado-cliente desde el principio.

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de preservar privilegios en las investigaciones *cross-border*? En general, dice Matt Ellis, es importante porque permite a los clientes y a sus abogados discutir los problemas subyacentes u otros hallazgos, para discutir conclusiones y soluciones alternativas, para tomar decisiones informadas basadas en los resultados, entre otros, todo ello sin temor a que la información quede expuesta a una divulgación posterior a terceros, incluyendo las autoridades de aplicación, los accionistas de la empresa u otras partes interesadas (15). Sin control sobre esa información, dice el autor, las empresas pueden quedar altamente expuestas y no podrán elegir el camino adecuado para resolver los problemas, sobre todo considerando que es difícil predecir el resultado de la investigación cuando comienza.

Existen diferencias entre la forma en que funciona el concepto de privilegio de un país a otro, aunque la mayoría de las jurisdicciones comparten la postura que el privilegio no se debería utilizar para ocultar una irregularidad, por lo tanto, no habría privilegios en documentos o comunicaciones que fueran, ellos mismos, parte de la maniobra (16). En las investigaciones *cross-border*, en términos generales, la apertura del material privilegiado es una carta a jugar a la hora de demostrar la mentada "colaboración" con las autoridades, apuntando a un acuerdo favorable. En la Argentina, a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.401, deberá evaluarse cómo evolucionará la divulgación de información en el marco de las negociaciones por la exención de la pena y el acuerdo de colaboración eficaz. Dada la complejidad del tema, será relevante obtener el asesoramiento jurídico en casa caso particular.

II.9. ¿Qué hacer con el o los empleados involucrados?

Suele suceder que las organizaciones deciden desvincular a los empleados demasiado rápido, incluso antes que termine el proceso de investigación. La desvinculación sin causa —junto con el pago de la indemnización— tal vez resulte menos onerosa que la investigación interna, si se la analiza meramente desde el punto de vista económico. La decisión de desvincular al empleado también puede ser el resultado de la búsqueda de contener la situación, esto es, reducir el riesgo de que ese empleado, en el marco de la investigación, divulgue otras maniobras que están en su conocimiento —o personas implicadas— lo que podría generar mayores contingencias.

El investigador posiblemente verá limitada su capacidad de entrevistar al empleado desvinculado. Otro aspecto a tener en cuenta es la lectura que el resto de la organización podría darle a ese despido sin causa, sobre todo si no se comunica adecuadamente. En algunos casos, la indemnización podría ser vista como una suerte de "premio" que en definitiva recibe un supuesto empleado infiel, con un posible impacto negativo en los esfuerzos de prevención que lleva adelante la empresa.

Por otro lado, durante la investigación interna, la organización podría suspender al empleado, en general, para proteger la integridad de la evidencia. Existe cierto debate sobre la duración de la suspensión, con dos posiciones que argumentan, por un lado, que la suspensión podría durar toda la investigación o, por otro lado, sólo por un plazo máximo de 30 días (17). La mayoría de los académicos y la jurisprudencia consideran que un empleado conserva el derecho a recibir su salario mensual durante el período de suspensión. El pago del salario no impide que la organización pueda imponer una medida disciplinaria una vez concluida la investigación (18).

(15) Ver *http://fcpamericas.com/spanish/el-privilegio-abogado-cliente-en-las-investigaciones-internas-fcpa/#* (último acceso 19/04/2018).

(16) Cfr. IBA, *Legal privilege: getting it right, Ibidem*.

(17) Ver *https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/10/09/la-suspension-del-trabajador-con-goce-de-haberes-por-mas-de-30-dias-no-autoriza-al-despido-indirecto/* (último acceso 17/04/2018).

(18) Como lo señala Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, t. II, p. 1557, el empleador puede suspender a su empleado mientras tramita una investigación interna o un sumario tendiente a establecer su responsabilidad en algún hecho susceptible de acarrearle una sanción disciplinaria o el despido. Esta facultad está incluida entre las de dirección que competen al principal, fundada directa-

II.10. ¿Hasta dónde se quiere llegar con la investigación?

Las investigaciones tienden a desarrollar un impulso inicial creciente, producto de la expectativa por los resultados y hallazgos. Sin embargo, llega un punto en que es necesario que una supervisión de alto nivel evalúe si vale la pena seguir adelante. Inevitablemente, la investigación llegará a una etapa en la que se cuenta con suficiente información y evidencias para tomar decisiones. En la práctica, generalmente ocurre cuando los procedimientos generan cada vez menos información y más detalles superfluos.

En general, las investigaciones internas culminan cuando, habiendo agotado los procedimientos de acuerdo al alcance fijado, no hay expectativas de que alguna información relevante salga a la luz. Una vez que la organización ha completado su investigación, y/o tiene información suficiente para poder tomar una decisión, entonces la organización podría implementar acciones de seguimiento apropiadas.

II.11. ¿Cómo manejar la publicidad y protección de la reputación corporativa en una investigación?

Cualquier comunicación interna y externa relacionada con una investigación interna debería enmarcarse en una estrategia más amplia de relaciones públicas, para evitar un impacto más perjudicial que el que la propia situación supone. Como regla general, sería recomendable designar un interlocutor único; identificar aquellos asuntos que se pueden dar a conocer a los medios de comunicación; asegurarse que quienes tengan algún detalle en su conocimiento sepan que no están autorizados a hacer declaraciones; concentrarse en la coherencia del mensaje, que deberá comunicarse en un lenguaje sencillo, evitando contradicciones; entre otros. También resulta recomendable evitar declaraciones incriminatorias, especulaciones sobre lo sucedido, declaraciones "sin comentarios" y cualquier conversación *off the record*.

mente en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral, y es ajena por completo a la regulación contenida en el art. 224 de la Ley de Contrato de Trabajo.

III. Desafíos de la obtención y preservación de evidencia

Uno de los aspectos más importantes de cualquier investigación interna es la evidencia. Por lo tanto, la cuestión de la preservación, recopilación y revisión de documentos debe considerarse lo antes posible una vez que se haya tomado la decisión de iniciar una investigación interna. La forma en que se preserva y recolecta el material probatorio potencial cobra relevancia si fuera necesario interactuar con las autoridades.

Las deficiencias en la gestión de la evidencia normalmente tienen un costo: la credibilidad de la investigación se vería perjudicada por la imposibilidad de asegurar todo el material potencialmente relevante desde el principio. En el peor de los casos, un fiscal podría interpretar que el proceso ineficaz de preservación de evidencia pudo haber sido más bien una obstrucción o un intento de obstaculizar el curso de la Justicia, lo que podría dejar a la organización expuesta a ser calificada como "no cooperativa". Esto podría poner presión sobre la relación de la compañía con la autoridad interviniente, sumando un factor de riesgo a cualquier posibilidad de negociación de un acuerdo favorable a la empresa.

III.1. ¿Cuál es el objetivo principal de la etapa de obtención de evidencia?

El objetivo de esta etapa será reunir evidencia relevante para enfocar la investigación, e identificar fácilmente problemas con respecto a la recopilación de información dentro del contexto de los estándares profesionales aplicables a la investigación (por ej., Normas de auditoría o estándares de informes de procedimientos acordados, entre otros), las costumbres locales (19), entre otros.

El equipo de investigación trabaja con los abogados para establecer expectativas con res-

(19) Por ejemplo, algunas organizaciones multinacionales mantienen un listado de cuentas contables (denominado Plan de Cuentas) diferente en cada filial. En estos casos, es útil comprender las diferencias entre los sistemas, los problemas de reconciliación, la confiabilidad de los datos y cómo los análisis pueden diferir de un país a otro.

pecto a los entregables, la información que se espera esté disponible y las regulaciones que afectarían la investigación. Es normal que se involucren a especialistas en el manejo de evidencia electrónica, dada la complejidad técnica que implica la preservación, recolección, procesamiento, alojamiento, revisión y producción de este tipo de pruebas.

Los documentos impresos y electrónicos pueden ser obtenidos, copiados, almacenados o transmitidos por el equipo de investigación, y producidos a terceros durante el curso de una investigación. Por lo tanto, será relevante considerar las regulaciones y leyes locales.

Normalmente comienza la investigación "con la finalidad en mente": esto quiere decir considerar cuál será el producto del trabajo, qué información contendrá el entregable, de forma de trabajar hacia atrás para determinar cómo y dónde obtendrá la información necesaria. Una vez que se identifican los problemas, se puede considerar el tiempo y los costos. A pesar de que las consideraciones de tiempo y costo generalmente se planifican en las fases preliminares, el monitoreo y las actualizaciones continuas de los nuevos problemas, el alcance modificado y los presupuestos modificados deben comunicarse para gestionar adecuadamente las expectativas.

III.2. ¿Cuáles son las actividades clave en la obtención de evidencias?

Una vez que se ha determinado el alcance de una investigación, comienza el proceso de recopilación y análisis de información relevante, ya sea en forma documental o electrónica o en forma de testimonios en entrevistas. En investigaciones transfronterizas, la tarea de recopilar material relevante, determinar si responde a los requisitos para producir documentos o proporcionar información —o si debería producirse de otra manera para demostrar una postura cooperativa— y filtrarla para eliminar material exento de divulgación, requiere mucho tiempo y recursos. A menudo requiere conocimientos técnicos especializados y experiencia. La información no debe tratarse como un producto fácilmente portátil, y se deberían considerar cuidadosamente los requisitos de protección de datos personales y otras restricciones de confidencialidad antes de que la información se transfiera entre jurisdicciones o se produzca a las autoridades investigadoras.

Veamos a continuación algunos de los estadios que comúnmente abarca la etapa de obtención de evidencias.

III.2.1. Comprender el panorama amplio de la información

En primera instancia, es una buena práctica comprender el panorama más o menos completo de la información, considerando datos, documentos y fuentes humanas (por ejemplo, testigos). De esta forma, el equipo estará mejor posicionado para determinar la mejor manera de obtener los diferentes tipos de datos, teniendo en cuenta las limitaciones legales, la planificación y la capacidad transfronteriza y de recursos, y el calendario (cómo, cuándo y dónde). Puede ser de ayuda desarrollar un cuestionario (interno y externo) que aborde los riesgos relevantes y establezca el enfoque para recopilar información.

Si se obtiene *hardware* o información electrónica, puede ahorrar tiempo si se pudiera confirmar con el personal adecuado el registro de activos de TI, para confirmar la asignación de *hardware* del custodio (empleado que utiliza determinado dispositivo, y que es objeto de revisión). En este punto también se busca confirmar los datos técnicos de los dispositivos, de forma que podamos asegurarnos de contar con las herramientas adecuadas al momento de ejecutar las imágenes forenses y demás tareas de preservación (20).

---

(20) Suele llevarse a cabo una entrevista de recopilación de documentos con el responsable de TI de la organización, para que cubra aspectos tales como la ubicación de todas las posibles fuentes de material, qué *software* utiliza la organización, dónde se guarda material en la red, el uso de dispositivos portátiles personales como teléfonos móviles y tabletas, el uso de sistemas de *chat* y mensajería instantánea, el uso de cuentas de correo electrónico personales, sitios de redes sociales, discos rígidos portátiles, entre otros. La entrevista también podría cubrir la ubicación de todos los documentos impresos y las prácticas típicas de destrucción de documentos de los custodios.

A veces no es posible llevar a cabo estas consultas con el área de TI, o bien pudieron estar involucrados en el hecho que se investiga, o puede darse la necesidad de

Normalmente se discute con los abogados el grado de rigor forense requerido a efectos de identificar el rastro de la evidencia (preservar, asegurar, extraer y procesar), considerando la mejor forma de salvaguardarla (dependiendo la sensibilidad del caso, puede ser necesario establecer las especificaciones de la sala de evidencias como, por ejemplo, acceso biométrico, circuito cerrado de televisión, entre otros).

Asegúrese de acceder a hojas de datos específicas de cada país (cuando estén disponibles) relacionadas con la recopilación de las pruebas, la transferencia transfronteriza y la consideración de la privacidad de los datos.

III.2.2. Considerar los requisitos de la Cadena de Custodia

La cadena de custodia cumple con el propósito de demostrar que la evidencia ha sido debidamente preservada de cualquier alteración o daño y que, por lo tanto, conservará intacto su valor probatorio. En el momento en que los documentos o dispositivos entran en la esfera de custodia del investigador, debería llevarse un registro de qué elementos se han recibido o devuelto. Podría acordarse con el abogado el nivel de detalle que se requiere para asegurar la cadena de custodia.

Será de utilidad evaluar la cantidad de evidencia que se obtendrá, el formato (electrónico, papel, en caja, suelto, etc.) y los requisitos jurisdiccionales particulares para llevar registro continuo de la custodia (posesión) de la evidencia. Las regulaciones con respecto a la recolección y retención de evidencia varían entre las jurisdicciones. Sin embargo, siempre es aconsejable mantener un registro de la cadena de custodia en cualquier investigación, independientemente del método utilizado. La cadena de custodia de una investigación puede documentarse en detalle o a un nivel superior en el plan de trabajo.

En líneas generales, se trata de un procedimiento simple que implica llevar un registro similar al que se practica con los inventarios físicos, en el que conste de dónde provino la evidencia —con los datos del empleado y los números de serie del dispositivo, por ejemplo— y cómo ha sido resguardada para prevenir alteraciones o daños.

III.2.3. Obtener documentos impresos

Las investigaciones internas pueden requerir la recopilación de documentación impresa. Al igual que con la recopilación de datos electrónicos, es una buena práctica mantener una cadena de custodia de este tipo de evidencia.

Normalmente, se desarrolla un plan para recolectar documentos. La recopilación de grandes volúmenes de documentación impresa podrá controlarse, por ejemplo, mediante el registro de la cadena de custodia de la persona y/o ubicación desde la que se obtiene la documentación/datos impresos. En este punto, podría ser relevante determinar los mecanismos de etiquetado, transporte y almacenamiento de los documentos recopilados, junto con un registro electrónico de búsqueda que, usualmente, capta la siguiente información: tipo de documento, fecha de recolección, de dónde y de quién se recopiló el documento (es decir, la ubicación física y el propietario del documento), entre otros.

En algunos casos de alta sensibilidad, si se obtiene documentación impresa como parte de los procedimientos, es una buena práctica tomar fotografías de cómo y dónde se encuentran los documentos, incluyendo estas imágenes en el registro de documentación en papel. También puede ser importante considerar lo siguiente:

- Espacio físico requerido para contener estos documentos.
- Tiempo requerido para guardar estos documentos.
- Digitalización.
- Seguridad, protección y acceso a los documentos.

Es una práctica habitual la de retener y resguardar los datos por el plazo acordado teniendo en cuenta los requisitos legales. En caso de que un cliente solicite al equipo de investi-

preservar la confidencialidad de los procedimientos que se están realizando.

gación que entregue toda la documentación existente o se destruya sin mantener copias, la solicitud podrá ser el resultado de una decisión judicial fundada, y debería hacerse una evaluación de riesgos previo a aceptar la entrega o destrucción de documentos de trabajo.

III.2.4. Recopilar información de fuentes abiertas

La Inteligencia de Fuentes Abiertas (del inglés *Open Source Intelligence* – OSINT) es la recopilación y análisis de información pública de valor estratégico. El análisis realizado por un equipo de profesionales específicamente entrenado en esta materia permite transformar la información en inteligencia: un componente esencial en la toma de decisiones.

La recopilación de información de terceros puede ayudar a los equipos de investigación a descubrir y evaluar los datos obtenidos a partir de bases de datos externas, registros públicos locales e internet en general. Específicamente en las investigaciones, esta información puede ayudar a obtener una comprensión más completa de los antecedentes de la organización, individuo o grupo, así como localizar activos o personas.

En función de los objetivos y el alcance, usualmente se desarrolla un plan para obtener información de diferentes tipos de bases de datos y otras fuentes de terceros, incluidas las redes sociales. Para crear el plan será útil contar con una comprensión detallada del asunto que se está investigando (es decir, los nombres de las entidades o personas involucradas) y los tipos de datos que se pueden recopilar. A partir de allí, se definen los parámetros con respecto al nivel de detalle, incluyendo el esfuerzo que implicará la obtención de estos datos públicos. Es común que se busque indagar sobre los antecedentes y posible información negativa en medios abiertos, afiliaciones con personas o grupos, historial de litigios, vinculación con personas expuestas políticamente, aparición en listados de personas sancionadas, entre otros.

Hay varios tipos de datos que pueden incluir información archivada en registros públicos en el país; bases de datos locales; globales y otras no públicas (por ejemplo, aquellas relacionadas con el riesgo crediticio). El uso de las bases de datos estará determinado por la naturaleza de la investigación, las limitaciones de cada jurisdicción y otras limitaciones relacionadas con la protección de datos personales.

Cada vez más, las redes sociales pueden incluir información que una persona voluntariamente pone a disposición del público. Por ejemplo, cuando un individuo publica fotos o postea comentarios, apunta "me gusta" a determinadas publicaciones, entre otras; esta información puede estar, en ciertos casos, disponible para cualquiera. Los investigadores deberían tener precaución al acceder a estos registros, especialmente si sólo están disponibles para "amigos" u otros contactos a los que el individuo haya otorgado acceso especial. Pero cuando la información de las redes sociales se pone a disposición del público en general (21), puede proporcionar un tesoro de información sobre determinado tema, por ejemplo:

- lugares que el sujeto ha visitado;
- contactos individuales;
- relaciones comerciales;
- activos que poseería;
- empleadores pasados y actuales.

III.2.4. Preservar información electrónica

La tecnología se ha integrado a la vida cotidiana y más aún en la actividad empresarial, de manera que la necesidad de reunir y trabajar con evidencia digital ha aumentado exponen-

(21) Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. "Bejarano, Alexis Ezequiel". Registro 2328/15.4. Causa 17200/2013. 4/12/2015. Una persona fue condenada por la comisión de un homicidio calificado a la pena de prisión perpetua. Para ello, el tribunal valoró, entre otras cosas, una serie de impresiones obtenidas de la red social *Facebook*. La defensa interpuso recurso de casación contra la sentencia. Por esa vía se impugnó que el reclamo de que no había mediado orden judicial para extraer de la cuenta de *Facebook* la información que utilizó el tribunal para fundar su determinación. En este sentido, dice la sentencia, la página de *Facebook* no puede ser considerada como la "correspondencia epistolar" que protege la Constitución Nacional, razón por la cual el modo en que fue obtenida e incluso su incorporación como prueba al juicio, mal podría violar la garantía contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional.

cialmente. Al mismo tiempo, difiere de otras formas físicas de evidencia dada su naturaleza intangible y transitoria, susceptible de manipulación y presente en cualquier sistema de TI, en cualquier parte del mundo. Por lo tanto, no documentar adecuadamente los pasos tomados durante la recolección, preservación, análisis o verificación de la evidencia electrónica, podría derivar en potenciales cuestionamientos a la capacidad para probar los hechos que se desprenden de esas piezas de evidencia.

Los tipos de información electrónica usualmente incluyen, pero no están limitados a: correos electrónicos; mensajes de texto; correspondencia instantánea y otra correspondencia electrónica (*WhatsApp*, *Telegram*, etc.); registros financieros; historial de internet; archivos eliminados y otros archivos temporales o de recuperación automática.

Será importante que la preservación, recolección y producción de la evidencia electrónica sean llevados a cabo por personal capacitado y que cuenten con la calificación necesaria para dar testimonio ante los tribunales respecto de los procedimientos realizados, teniendo en cuenta que los mismos deberían ser repetibles, auditables, legalmente defendibles, razonables y en su justa medida.

Hay dos debates centrales en torno al uso de las evidencias electrónicas en el contexto de una investigación interna. Uno tiene que ver con la potestad de la organización de revisar información que podría estar protegida por el derecho a la intimidad del trabajador; y otro tiene que ver con el procedimiento seguido para producir esa evidencia, que asegure su integridad y adecuada preservación. Abordamos ambas cuestiones más adelante.

III.3. ¿Qué implica un aviso de retención de evidencia?

Por lo general, en aquellas organizaciones que cuenta con una política de gestión y retención de documentos (entendido como el período de tiempo durante el cual se conservarán los documentos, en formato papel o electrónica), el primer paso que suele darse es la emisión de un "aviso de retención de documentos" para evitar que cualquier información relevante pudiera perderse. La contracara es que los custodios de los datos estarán advertidos de que una posible investigación estará en curso. Es por ello que, en algunos casos, la emisión de un aviso de retención podría no ser apropiada, por ejemplo, cuando la empresa está investigando algo que está fuera del dominio público y donde la recolección de documentos debería llevarse a cabo de manera encubierta (al menos desde el principio) (22).

De manera que, atendiendo a la gravedad de la cuestión y si la conducta irregular continúa en el tiempo, al inicio nos encontraremos con una selección de cursos de acción que eventualmente podrían entrar en conflicto entre sí, i.e. frenar de manera inmediata la conducta puede poner en riesgo la preservación de evidencia. A *contrario sensu*, permitir que continúe la conducta con el objetivo de obtener evidencias de manera encubierta, con los riesgos que esto supone, pero también con la posibilidad de conseguir pruebas que otra manera serían difíciles de obtener.

Los avisos de retención usualmente detallan el tipo de evidencia que se preservará, incluyendo toda información electrónica, como correos, documentos e invitaciones de calendario, así como documentos impresos que incluyen notas, borradores y duplicados (23). Para dejar registro de aquellos a quienes se envió la

(22) Estas circunstancias normalmente motivan un cuidadoso análisis, para evitar críticas posteriores de cualquier autoridad de aplicación. En cualquier caso, resultaría conveniente evaluar a quién enviarle el aviso de retención y qué podría decir. Es usual que estos avisos se envíen a todos los empleados que estén o puedan estar en posesión de material potencialmente relevante, aunque, nuevamente, esto dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. Los avisos de retención normalmente solicitan que el destinatario se abstenga de alterar, descartar, destruir u ocultar cualquier documento que pueda responder a los parámetros que se citan en el aviso.

(23) En otras jurisdicciones es habitual dejar en claro que el aviso de retención se aplica igualmente a cualquier material pertinente ubicado fuera de la oficina o lugar de trabajo, como en la casa del empleado o dentro de cuentas personales de correo electrónico, mensajes de texto de teléfono móvil (incluyendo *WhatsApp* y otras aplicaciones de mensajería instantánea) y cuentas de redes sociales. Cfr. David, Christopher - Firth, Lloyd, GIR 2017, capítulo 5. Ibíd.

notificación de retención, idealmente los destinatarios deberían acusar recibo, aunque la evidencia de la lectura del correo electrónico podría funcionar. Antes de enviar un aviso de retención, debería suspenderse la destrucción de datos de rutina, obteniendo una copia de respaldo completa de los datos de los custodios. Esto permitiría, además, establecer si los destinatarios han intentado eliminar la evidencia después de recibir un aviso de retención.

III.4. ¿Hay algún protocolo especial que se deba seguir en la empresa?

Las organizaciones tienen libertad para adecuar sus políticas y mecanismos de *compliance*, incluidas las investigaciones internas, atendiendo a los riesgos de la actividad y características propias de la empresa. En algunos casos, será relevante dotar a la organización con protocolos que regulen la forma en que se conducirán las investigaciones, incluido el uso y control de los dispositivos de comunicación en la empresa y análisis de las problemáticas derivadas de las diligencias de investigación, estableciendo las pautas que guiarán las investigaciones internas, esto es, normas que, por ejemplo, regulen las diferentes fases de la investigación, la extensión de las facultades investigativas del empresario o su representante, las condiciones de las entrevistas, la extensión de los deberes de información de los interrogados, entre otros.

Respecto de la evidencia electrónica, que se conoce como procedimiento de *eDiscovery* en la doctrina anglosajona, requerirá de un protocolo válido de preservación, cadena de custodia, análisis y producción de pruebas, tal como explicamos en la pregunta anterior. Este protocolo dependerá de buenas prácticas utilizadas a nivel global, el marco legal de cada país o región y cuestiones internas y particulares de cada organización. Si se obtienen evidencias electrónicas sin haber atendido a los protocolos, en el contexto más flexible de una investigación interna, y luego se pretende incorporarlas en una causa penal, podrían ser atacadas si se transforman en piezas clave de una imputación penal. Los argumentos de defensa, en este punto, giran en torno a que la integridad de la evidencia pudo haber sido afectada si, por ejemplo, hay archivos creados o modificados con posterioridad a que el empleado hiciera entrega del dispositivo. Aunque la defensa debería probar en qué manera esos supuestos cambios afectaron los derechos del empleado, es común que se hagan planteos intentando restar valor probatorio a las evidencias que pudieron haber surgido de estos procedimientos.

Es así que el proceso de preservación de evidencia presenta una serie de desafíos que podrían tener implicancias más adelante en la investigación si se cometen errores. Por esta razón, suelen documentarse las decisiones sobre qué material se está preservando, ya que esto puede ser útil más adelante en el proceso si alguna autoridad de aplicación se involucra.

Dependiendo del tamaño de la investigación, es posible que sea necesario instruir a proveedores de informática forense externos, que cuenten con las herramientas y experiencia adecuadas para la preservación de datos. Aunque el uso de terceros supone un costo, puede ayudar a reforzar la credibilidad del proceso por cuanto la recopilación “forense” de datos es altamente especializada, y el incumplimiento de los procesos correctos puede tener un impacto significativo en cualquier procedimiento judicial posterior. La recopilación incorrecta de datos electrónicos podría interferir con la integridad de los datos subyacentes y, en última instancia, comprometerla.

Es una buena práctica definir el alcance y los objetivos para el equipo de *eDiscovery*, así como identificar y resolver problemas no técnicos que pueden impedir la finalización exitosa del proceso de recuperación de evidencia electrónica. Esto generalmente incluye una comprensión del asunto investigado (incluyendo el propósito de la investigación, individuos involucrados), naturaleza y tamaño del negocio, aspectos legales/regulatorios sobre la preservación de evidencias (en caso de intervención de una autoridad de aplicación) y plazos. Algunas consideraciones adicionales son:

- La naturaleza del entorno de TI (es decir, sistemas operativos, topología de comunicaciones, plataformas utilizadas, etc.)

- Problemas de privacidad que pueden afectar qué datos pueden examinarse/obtenerse.

• Asuntos relacionados con el secreto profesional legal/privilegio que puedan afectar el proceso de adquisición.

• La autoridad bajo la cual la evidencia debe ser adquirida (es decir, por aprobación del propietario del sistema, consentimiento del custodio, por orden judicial, etc.)

• También debería considerarse la naturaleza y ubicación de la evidencia. Es probable que la información digital resida en varios tipos de medios (es decir, discos duros, computadoras personales, servidores, cintas de *backup* y otros medios extraíbles, etc.) o dispositivos electrónicos (es decir, organizadores personales, teléfonos móviles, tabletas, etc.). Los intervalos de fechas relevantes y otros parámetros ayudarán a definir el conjunto de datos requeridos.

• Debería evaluarse la intervención de un escribano que certifique y deje constancia en actas de los procedimientos que se lleven a cabo y las herramientas que se utilizaron, a efectos de reforzar el proceso de pre-constitución de evidencia. Respondemos una pregunta al respecto más adelante.

III.5. ¿Cómo se preservan los documentos y otra información?

Básicamente, se busca recopilar los datos de manera que puedan constituir elementos de prueba válidos. A tales efectos, es una buena práctica la mínima manipulación del dispositivo original, dado que la evidencia electrónica es volátil y puede ser alterada o destruida inadvertidamente, por lo tanto, el investigador debería realizar su trabajo en una copia forense del conjunto de datos original; también se debería dejar registro de fechas y horas que surgen tanto del sistema como del proceso forense, que pueden ser relevantes para validar la información o prestar testimonio ante un tribunal.

Va de suyo que, en caso de resultar relevante según la estrategia del caso, corresponderá cumplir con las reglas de evidencia que puedan afectar las herramientas, los métodos y las técnicas utilizados para procesar la información (24).

Normalmente se toma una imagen forense digital de todos los dispositivos y fuentes de datos electrónicos relevantes (tales como teléfonos móviles, tabletas y computadoras personales). Si el custodio entregó el dispositivo apagado, debería evitarse volver a encenderlo, ya que daría pie a un cuestionamiento posterior sobre la integridad de los datos (el mero inicio del sistema operativo cambia el estado de numerosos archivos y documentos del dispositivo) (25). Esta recomendación debería ser tenida en cuenta por los departamentos de Recursos Humanos, TI u otros, que pudieran recibir dispositivos de parte de los custodios y, en tal caso, deberían encargarse de protegerlos hasta que estén disponibles los expertos con la experiencia y el equipamiento necesario para recopilar los datos sin comprometerlos inadvertidamente (por ejemplo, con herramientas de copiado seguro protegido por *hardware*).

Es crucial que se tengan en cuenta las políticas internas de una empresa y cualquier consideración sobre el derecho laboral local. También deberán atenderse los desafíos que presenta la protección de datos, particularmente en investigaciones *cross-border* (26).

(24) La cadena de custodia, en el caso de la evidencia electrónica, implica llevar un formulario que deje constancia tanto de los tipos de datos identificatorios de los dispositivos que contienen la información como de los distintos movimientos de la evidencia, donde los custodios y los expertos registrarán fecha y hora de cada etapa del proceso, desde la entrega por parte del custodio hasta la devolución, junto con la posterior disposición de la evidencia a un repositorio central, de ser necesario según las características del caso.

(25) En el caso de que el custodio entregue el dispositivo encendido, podrá evaluarse si, previo a otro procedimiento, corresponde llevar a cabo la preservación de la memoria RAM para su posterior análisis, dependiendo de las necesidades y estrategia del caso, para cual se evitaría el apagado del dispositivo, hasta tanto se haya recolectado el contenido de la memoria RAM. Nótese que los *Smartphones* plantean algunas salvedades respecto a la adquisición y el manejo de evidencia, donde es inevitable que sufra algún tipo de modificación durante la extracción. En efecto, en algunos casos tal vez no apagarlos (sino aislarlos de las distintas señales que lo conecten a redes inalámbricas —técnicamente se denomina "jaula de Faraday"— o ponerlos en "modo avión"), a efectos de evitar el bloqueo y la necesidad de contar con los claves de acceso.

(26) Considerando que la Argentina ha adoptado una ley estricta sobre privacidad de datos, la transferencia de datos personales que se recopilan durante una investigación interna a un país sin un nivel adecuado de

Simplificando al extremo el protocolo de adquisición de evidencia (así se denomina técnicamente a la preservación de los datos), podríamos decir que se trata de la copia o imagen forense (27) de un dispositivo que contiene información. Se entiende por imagen o copia forense a aquella que replica en forma completa (por sector, *bit* a *bit*) la estructura y contenido de un dispositivo de almacenamiento, como ser los discos rígidos. Esta operación resulta fundamental a los efectos de poder analizar profundamente la evidencia digital colectada, recabando los datos y metadatos —atributos de los archivos— contenidos en los dispositivos, al igual que si lo estuviéramos haciendo con el original, pero sin correr el riesgo de alterar o destruir la evidencia original.

Una forma de hacer esto es extraer el disco rígido original y, mediante una herramienta (bloqueador de escritura vía *hardware* preferentemente) que bloquea la escritura de ese dispositivo, pero permite la lectura del mismo, hacer una copia *bit* a *bit* que se aloja en un segundo disco rígido, en un contenedor encriptado (a veces se hace otra copia que queda en custodia del escribano interviniente). La información contenida en el segundo disco se valida respecto a la información contenida en el primero, mediante la aplicación de un algoritmo que, *bit* por *bit*, genera una representación unívoca del conjunto de datos. Técnicamente, este proceso se denomina *hashing* y genera una larga cadena de caracteres que viene a identificar a esa evidencia (el número de *hash*). La autenticación mediante el *hash* permite corroborar, por un lado, la identidad de un archivo y, por otro lado, la preservación de integridad de los datos, asegurando que la información no haya sido alterada. Con sólo cambiar una coma en un documento entre miles que conforman la evidencia, el cálculo del *hash* arrojaría un número completamente distinto.

De esta manera, el cálculo del *hash* de la copia forense permitirá verificar si la misma fue alterada con posterioridad a su obtención. Si eventualmente fuere necesario probar que la copia no fue manipulada, por ejemplo, en un peritaje informático producto de un planteo de la defensa, bastará calcular el *hash* para ver si ese el contenido coincide con el que se obtuvo originalmente.

III.6. ¿Hace falta que intervenga un escribano en la preservación de evidencias?

Si se documenta adecuadamente la cadena de custodia y las etapas del procedimiento de *eDiscovery* que mencionamos antes, *a priori* no parecería necesario que intervenga un escribano, ya que un eventual peritaje informático posterior debería poder demostrar que la evidencia no fue adulterada. Sin embargo, un acta notarial que describa el proceso e incluya el número de "hash", no sólo sirve para reforzar el valor probatorio de los elementos que se preservaron, sino que puede ser una buena oportunidad para dejar constancia del consentimiento del empleado para que se revisen *todos* los datos que se hallen en los dispositivos que *voluntariamente* fueron puestos a disposición.

III.7. ¿Cuáles son los potenciales problemas que presenta la protección de datos y la privacidad?

En términos generales, encontramos tensiones entre el derecho del empleador a controlar las herramientas de trabajo provistas al empleado y el derecho a la intimidad de este. Por un lado, el *Criminal Compliance* le asigna responsabilidad penal a la organización por actos de sus dependientes, es lógico suponer que la empresa busque controlar las herramientas con las que, potencialmente, podrían llevarse a cabo las conductas irregulares. En el caso puntual de los correos electrónicos, nos estamos refiriendo a aquellos que son provistos por la organización, "@empresa.com.ar" y no a los *webmails* personales. Por otro lado, aun cuando los servidores sean propiedad de la empresa, los empleados cursan mensajes de contenido privado. Una parte de la jurisprudencia en la Argentina sostiene que, en la medida en que el correo se encuentra protegido por un usuario y contraseña que es único del empleado, los datos allí contenidos se encuentran protegidos por la ga-

protección (por ejemplo, de una subsidiaria ubicada en Argentina a su casa matriz en los EE.UU.) puede implicar un obstáculo adicional debido al impedimento general para transferir datos personales fuera de la Argentina en ciertas situaciones (por ejemplo, se considera que los países europeos brindan protección adecuada, no es así en el caso en los EE.UU.)

(27) A efectos de simplificar la explicación, utilizamos los términos imagen y copiado forense como sinónimos, aunque pueden diferir desde el punto de vista técnico.

rantía constitucional de privacidad (28). Dado que esta decisión se aparta de los antecedentes anteriores de los tribunales laborales y de las mejores prácticas internacionales, queda por ver si se consolidará en el futuro o más bien limitará su aplicación a los casos en que no haya reglas claras que rijan el uso de herramientas informáticas y tecnológicas para los empleados.

El uso de servidores en la nube y las políticas de BYOD ("*bring your own device*" o traiga su propio dispositivo) usualmente son fuente de problemas. En un caso, en materia de protección de datos personales y preservación transfronteriza de evidencias. En otro caso, porque el BYOD le otorga al empleado el beneficio de utilizar su propio *smartphone*, por ejemplo, con una cuenta de correo electrónico que es propiedad de la organización. En este caso, la evidencia electrónica ni siquiera se encuentra en un dispositivo que es propiedad de la empresa.

Será necesario, entonces, contar con políticas de uso de herramientas informáticas que sean explícitas respecto a que toda información que se curse a través de los servidores corporativos y herramientas provistas será propiedad de la organización, y se encontrará sujeta a control. Esto podría reforzarse mediante comunicaciones regulares que recuerden estas políticas para que, en definitiva, reduzcan la expectativa de privacidad que de otra manera tendría el empleado (29).

Aun con una adecuada implementación, podría existir un riesgo remanente de acceder a contenidos protegidos en el curso de una investigación interna. En atención a ello es que se han desarrollado las técnicas denominadas "búsquedas ciegas", que aplican una serie de criterios al universo de evidencia a efectos de filtrarla —normalmente se utilizarán palabras clave relevantes para el caso, rangos de fecha, tipos de archivos de interés, usuarios, entre otros—. De esta forma, por un lado, será más eficiente su revisión; y se reduciría el riesgo de acceder a contenidos protegidos, por otro lado.

Está claro que la etapa de preservación de evidencia no implicaría una violación al derecho a la intimidad, por cuanto no hay acceso a los contenidos protegidos. La etapa de procesamiento tampoco, ya que se consta de una serie de procedimientos sobre la evidencia —deduplicación, indexado, filtrado, entre otros— donde no hay acceso a los contenidos por parte del operador. Es en la etapa de revisión donde finalmente hay un ser humano que tiene que leer los documentos y evaluar si son relevantes o no, de acuerdo a lo que se esté buscando. Es en esta instancia donde podría eventualmente acceder a un contenido protegido. Las búsquedas ciegas usualmente ayudan a que los revisores se enfoquen en aquellos documentos que serían potencialmente relevantes, que estarían relacionados con un asunto de negocios.

El uso de estas técnicas también tiene que ver con el principio de proporcionalidad que tiene relevancia en el mundo de las investigaciones internas. No tendría sentido ni sería una medida proporcional que, con el objeto de identificar evidencia relevante, se acceda a los contenidos del 100% de los documentos, imágenes, audios y demás, que pudieran haberse preservado en primera instancia.

III.7.1. Obtener información de fuentes humanas

Las entrevistas con testigos son una parte clave de la mayoría de las investigaciones cor-

(28) La Sala 1 de la Cámara del Crimen cuestiona la validez de los correos electrónicos laborales como medios de prueba en juicios penales, sobre la base que "...la averiguación de la verdad no puede erigirse como bastión del avasallamiento de derechos reconocidos por la Constitución Nacional, ni por parte de los particulares, ni del poder público, pues precisamente y como hilo conductor del principio de juicio previo, se despliega un abanico de garantías que limita al poder punitivo, en la materialización de ese cometido. Ello implica que la parte acusadora no puede justificar su actuación, por encima de las garantías, en el éxito de la investigación, pues allí entra en juego su propio interés..." Ver el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, c. 41816-14-1-1, "Gotlib, Rodolfo Saúl y otros", rta.: 13/02/2015.

(29) Las políticas de uso de las herramientas informáticas dejan en claro que el correo electrónico corporativo tiene una finalidad de uso exclusivamente laboral. En este sentido, la provisión de un "Usuario y contraseña" no obedece a cuestiones de privacidad del trabajador respecto del control de estas herramientas de trabajo, sino más bien para evitar el acceso de terceros ajenos a la compañía a esta información que es de su propiedad. En este punto es interesante analizar la opinión en disidencia del juez Juan Esteban Cicciaro. Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala VII. "Pucill, Hernán C.". Causa 27.462/14. 25/11/2015.

porativas. Si bien la evidencia documental puede proporcionar los hechos subyacentes de un caso, a menudo los relatos brindados por testigos aportan el contexto y el detalle de lo que sucedió. Pueden proporcionar información básica vital, arrojar luz sobre las motivaciones de los involucrados y permitir que se evalúe la credibilidad de un individuo (30). Sin embargo, el tiempo, la preparación, la toma de notas, el contenido y el uso de las entrevistas necesitan una consideración cuidadosa.

Las entrevistas a testigos pueden servir para una serie de propósitos en el contexto de una investigación corporativa, que incluye, entre otros:

- para determinar el alcance de la investigación;
- comprender los hechos y los problemas;
- comprender la responsabilidad y evaluar la estrategia de defensa; y
- para evaluar la credibilidad de las personas.

Las entrevistas en este contexto pueden presentar desafíos debido a la gran cantidad de problemas laborales, penales, civiles y regulatorios que pueden surgir, y al hecho de que los intereses de la empresa y el testigo a menudo no están alineados. Estas entrevistas, que generalmente se llevan a cabo de manera confidencial, se basan en la necesidad de mantener el secreto profesional y el deber de confianza entre un empleador y el empleado. Esto puede estar en desacuerdo con las expectativas de los reguladores de que la empresa proporcione detalles sobre los dichos de los testigos. A menudo existe una tensión entre el derecho de una empresa a realizar sus propias investigaciones sobre las denuncias de irregularidades, incluida la entrevista a sus empleados, y la sugerencia de las autoridades que sus investigaciones podrían (según cómo se lleven a cabo) ser perjudiciales para una investigación penal o regulatoria. En otras jurisdicciones, a raíz de sentencias judiciales recientes, la posición en torno al secreto profesional en el contexto de las entrevistas con testigos se ha vuelto más compleja (31).

Independientemente de si proporcionan información nueva, un entrevistado puede referirse, apoyar, negar o reconocer la evidencia disponible. Las entrevistas también brindan a un entrevistador capacitado la oportunidad de identificar comportamientos engañosos o temas que requieren mayor investigación.

Las entrevistas de testigos durante las investigaciones internas plantean no pocas preguntas. ¿Cuándo deben tener lugar las entrevistas? ¿Quién debería estar presente? ¿Qué material y preguntas serán apropiadas? ¿Deberían estar representados legalmente (y, de ser así, a costa de quién)? Desde una perspectiva más amplia en todas las jurisdicciones en las que se podrían tomar medidas, y desde la visión del individuo, ¿interesará a los entrevistados proporcionar información voluntariamente, o las empresas deberían insistir para que se les obligue a hacerlo? Entre muchas otras.

III.8. Las entrevistas, ¿son realmente voluntarias?

En los casos en los que se decida entrevistar a ciertos empleados con la finalidad de obtener información acerca de las actividades propias de la empresa, estamos frente a un deber de colaboración que surge de la propia relación laboral. El empleador tiene derecho a recibir información sobre el trabajo realizado por el empleado, y éste tiene la obligación de brindarla.

Si bien el empleado no puede ser forzado a participar de la entrevista (por aplicación de una medida coercitiva como podría ser el uso de la fuerza pública para obligar a declarar ante la justicia), también es cierto que el silencio del empleado podría interpretarse como una falta de colaboración con el proceso, con la consiguiente sanción que le cabría desde el punto de vista laboral. Si la participación o no en la entrevista supone un riesgo para la relación laboral, podría argumentarse que existió algún grado de presión. Es por eso que, a nuestro criterio, deberá evaluarse con cuidado la forma en que se

(30) En general, todos los datos capturados de fuentes humanas (denunciantes, informantes, etc.) que no están respaldados por documentación, no se consideran como evidencia, sino solo como datos indiciarios a tener en cuenta.

(31) Day, Caroline - Hodges, Louise, *Witness Interviews in Internal Investigations*, capítulo 7 del GIR, 2017, *op. cit.*

"prologa" la entrevista, en el sentido de no utilizar promesas, ardides o engaños, intimidación o violencia, para obtener un testimonio que podría resultar, incluso, en una eventual autoincriminación del empleado.

En cualquier caso, corresponderá brindar información precisa al empleado sobre la finalidad de la entrevista. Aquí se abre el interrogante sobre cuánta información brindar en este prólogo y qué formalidades cumplir respecto a los derechos del empleado, como por ejemplo abstenerse a declarar, según veremos más adelante.

III.9. ¿Cuándo deben realizarse las entrevistas?

En términos generales, las entrevistas de testigos en las investigaciones internas se pueden dividir en dos categorías: entrevistas preliminares o de alcance, y entrevistas sustantivas. Las entrevistas preliminares o de alcance pueden ser apropiadas al inicio de una investigación para buscar información sobre los antecedentes del caso, identificar fuentes de evidencia, obtener una comprensión rápida y proporcionar contexto a una denuncia (32).

Por otro lado, las entrevistas sustantivas generalmente se llevarán a cabo después de que la mayoría, si no la totalidad, del material relevante haya sido revisado. El propósito es obtener una comprensión detallada de lo que sucedió, proporcionar explicaciones de documentos clave en el caso y, si es necesario, probar la versión de los hechos aportada por otros testigos. El momento en que tendrá lugar este tipo de entrevistas es importante, y puede depender de una serie de factores, entre otros, la evidencia disponible, si las autoridades ya están involucradas o si se contemplan procedimientos civiles.

Si hay un denunciante, probablemente convenga entrevistarlo al comienzo del proceso. En términos generales, el orden de otras entrevistas podría basarse en el nivel de riesgo que el testigo representa para el proceso; a veces es consistente con la antigüedad, empezando por los empleados de nivel inferior y dejando a la alta dirección para más tarde. No obstante, hay ciertas circunstancias que implican alteraciones a este orden. Por ejemplo, generalmente es recomendable entrevistas a cualquier empleado que esté a punto de abandonar la empresa (ya sea de forma permanente o por una ausencia temporal, como una licencia por maternidad).

El beneficio de este enfoque es que la compañía puede estar mejor posicionada para obtener una idea general del alcance de los problemas, antes de centrarse en áreas particulares de riesgo. Los empleados de nivel inferior generalmente son más propensos a comunicarse abiertamente, aunque es importante que no se haga referencia a la información sensible o confidencial a menos que sea estrictamente necesario, ya que existe el riesgo de que la información se filtre. En general, los miembros de la alta gerencia se entrevistan cuando la investigación avanza.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal empresaria, pueden darse dificultades al entrevistar a los miembros del Directorio y la alta gerencia, que pueden ser los "clientes internos" para los fines de la investigación, pero tal vez necesiten ser entrevistados en el contexto de su propia participación o responsabilidad en los hechos que se investigan. En la mayoría de los casos, esto puede evitarse identificando como "cliente interno" a un grupo de altos funcionarios o miembros del Directorio que no tengan relación con los asuntos bajo investigación. Sin embargo, dependiendo del tamaño de la empresa y la naturaleza del caso, esto a veces es inevitable y, por lo tanto, la base sobre la cual se realiza la entrevista debería ser clara para el testigo.

III.10. ¿Cómo se conduce una entrevista?

Es una buena práctica planificar las entrevistas definiendo el propósito e identificando entrevistadores y entrevistados. Es importante que el entrevistador comprenda el objetivo de

(32) Estas entrevistas generalmente se llevarán a cabo al inicio de la investigación y, dependiendo de las circunstancias, pueden tener lugar antes de que se haya llegado a una conclusión firme sobre la extensión del material que se revisará. Es más probable que se lleven a cabo con empleados que puedan tener conocimiento de los asuntos investigados, pero que no están en riesgo directo de recibir ninguna sanción. También puede ser necesario realizar entrevistas con denunciantes en esta etapa.

la entrevista y las hipótesis que el entrevistado podría confirmar o desvirtuar. Por lo tanto, es importante que el entrevistador recopile información con anticipación. Será de utilidad identificar los temas o áreas que al entrevistador le gustaría cubrir y abordar durante la entrevista. Estos podrían enumerarse en un orden cronológico, si corresponde. Al hacer esto, incluso es posible redactar las preguntas de la entrevista y preparar documentos de referencia para acompañarlos. Sin embargo, los entrevistadores deben considerar ser flexibles para permitir que el entrevistado amplíe temas específicos.

Estar preparado para una entrevista a menudo puede ser la diferencia entre una entrevista buena o mala. Las carpetas de entrevistas a menudo están preparadas para intentar que el esquema de la entrevista esté bien pensado, considerando toda la información disponible, y con referencias adecuadas entre la documentación de respaldo y el resumen de la entrevista.

Algunas recomendaciones de la práctica: tome las entrevistas en un lugar neutral, alejado de la vista de los compañeros de trabajo. Es recomendable que las entrevistas sean realizadas por dos personas, una que formule las preguntas y otra que tome notas. Estos roles pueden intercambiarse, pero sólo cuando finaliza por completo una línea de interrogación, previo a cambiar de tema la otra persona puede preguntar. Esto es así ya es preferible que los diálogos sean de uno a uno. Es natural que se solicite que nadie de la compañía asista a la entrevista más allá del entrevistado, para evitar la apariencia de intimidación a los testigos (sobre todo si asiste un jefe del entrevistado). El entrevistador debería generar empatía con el entrevistado ya que su objetivo es mantenerlo hablando la mayor parte del tiempo. Sobre todo, el entrevistador debe controlar la estructura de la entrevista, ya que es común, sobre todo para los empleados de alto rango, que pretendan tomar control de la entrevista y avasallar al entrevistador. Con un tono calmo, el entrevistador debe volver al tema y controlar el ritmo de la entrevista. El propio tono del entrevistador no debería poner barreras a la comunicación, en particular debe saber manejar sus prejuicios. Será difícil construir *rapport* y empatía si el propio entrevistador tiene un lenguaje verbal y no verbal cerrado.

Finalmente, los empleados deberían ser interrogados en el idioma oficial del lugar donde se realiza la entrevista, con la participación de un traductor público, si corresponde. Conducir la entrevista en un idioma distinto de la lengua materna supone una barrera natural en la comunicación que podría evitarse.

III.11. ¿Pueden grabarse las entrevistas?

En principio la simple grabación de voz, incluso cuando se la realiza de manera subrepticia, no puede considerarse genéricamente inadmisible. No violaría el derecho a la intimidad o a la no autoincriminación del empleado, respecto de aquellas manifestaciones voluntarias que el mismo empleado vierte durante la entrevista. En este sentido, quien voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de hechos relevantes para la prueba, asume el riesgo de que los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, a través de la entrevista (y su grabación), tomó conocimiento de ellos. Es irrelevante si el interlocutor actuó no sólo escuchando y viendo por sus propios sentidos, sino que además dejo registrada la escena mediante una grabación (33).

Ahora bien, resulta transcendente que no exista un vicio, mediante engaño, en la voluntad del empleado que presta testimonio.

III.12. ¿Cuáles son los derechos de los empleados?

Como vimos antes, los empleados tienen derecho a que se les brinde información precisa sobre la finalidad de la entrevista. Ahora bien, aquí se abre el interrogante sobre cómo documentar esto, si alcanza con dejar constancia en las notas del entrevistador o si el empleado debería firmar un acta en la cual se le comunica debidamente cuál es el propósito de la

(33) La Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) resuelve en la causa "Skanska" la validación como medio de prueba para el proceso una grabación oculta de una entrevista privada mantenida entre el auditor contratado por la empresa sueca y uno de sus directivos en el marco de una investigación interna. Esta grabación había sido luego utilizada como prueba de cargo en contra de los diferentes imputados del proceso, ya que daba cuenta de los aparentes sobornos que se habrían pagado a funcionarios públicos. Cfr. CFCP, Sala IV, causa 18.579/2006/266 rta. 13/04/2016, reg. 400/16.4).

entrevista, su situación legal y los derechos que lo amparan, y sobre todo el destino que la empresa pretende darle a su declaración.

En el marco de las investigaciones internas, los entrevistadores buscarán comunicarse con los entrevistados acerca de las denuncias y los hechos relevantes, pero esas comunicaciones podrían convertirse posteriormente en evidencia en contra de la compañía en una eventual acción penal. En los Estados Unidos, a efectos de que el privilegio abogado-cliente se extienda a las entrevistas, es una práctica común que el entrevistador brinde lo que se denomina una "advertencia Upjohn" (34).

La advertencia Upjohn implica, por un lado, que el privilegio abogado-cliente se extiende a las comunicaciones entre los abogado y los empleados de la empresa, independientemente del nivel o título del empleado y sin importar si el empleado es un miembro del "grupo de control" (35), siempre que sean partes interesadas y no tengan intereses contrapuestos. Por otro lado, la advertencia Upjohn, cuando está estructurada adecuadamente, asegura que sólo la empresa es el "cliente" del abogado en estas situaciones; y, por lo tanto, sólo la empresa podrá invocar y renunciar al privilegio sobre estas comunicaciones. En consecuencia, si la organización decide renunciar al privilegio sobre una entrevista en la que se revela una conducta irregular por parte de un empleado, este no podrá reclamar que la comunicación era privilegiada ni impedir la decisión de la empresa de divulgar la información.

Es por esto que, en los Estados Unidos, se da una advertencia "Upjohn" al comienzo de la entrevista. Esta práctica a menudo se adopta en muchas investigaciones extraterritoriales, incluso cuando no hay participación de las autoridades estadounidenses en ese momento. La advertencia establece que:

- Los abogados representan a la compañía y no al empleado / testigo.

- El secreto profesional (privilegio) en la entrevista pertenece a la compañía y no al empleado.

- La empresa puede optar por renunciar a sus privilegios y divulgar los asuntos discutidos en una entrevista a las autoridades.

Como podrá el lector imaginarse, cuando los entrevistados escuchan esta advertencia se alarman al punto que podrían negarse a participar de la entrevista, sobre todo si no están acostumbrados a las leyes de los Estados Unidos (ni a abogados estadounidenses). Sin embargo, como enseña Matt Ellis, los entrevistadores pueden proporcionar las advertencias Upjohn de una manera que sea minuciosa y precisa, pero menos aterradora; por ejemplo, proporcionando algo de contexto, conversando sobre la naturaleza de la entrevista, convirtiéndolo en una rutina o usando lenguaje local (36).

(34) La advertencia debe su nombre a "Upjohn v. Estados Unidos", 449 U.S. 383 (1981), un caso en el cual la Corte Suprema confirmó que las comunicaciones entre los directores legales de la empresa y los empleados de la empresa pueden ser protegidas por el privilegio abogado-cliente. Si las comunicaciones son "confidenciales", entonces ni las autoridades ni ninguna otra parte tiene el derecho de verlas sin una exención o una excepción al privilegio. En este sentido, el privilegio que se atribuye a las comunicaciones entre los abogados de una compañía y sus empleados pertenece a la compañía y no al empleado. Si bien no hay un requisito formal para que estas advertencias sean cursadas en otras jurisdicciones fuera de los EE.UU., suele ser una buena práctica hacerlo.

Al testigo usualmente se le recuerda la naturaleza confidencial de la entrevista y que se trata eminentemente de un ejercicio de determinación de los hechos. Sin embargo, cuando una organización sabe de antemano que ha renunciado o que va a renunciar al secreto profesional y va a proporcionar detalles a las autoridades, tal vez la advertencia de Upjohn cobre mayor relevancia. La compañía podría considerar dar una advertencia más formal, firmando un acta, por ejemplo. Si resultara necesario, se podría informar al testigo que, aunque no sea parte de un proceso disciplinario en ese momento, la información que brinde tal vez daría lugar a una decisión sobre iniciar una acción disciplinaria.

(35) Antes de la jurisprudencia Upjohn, las comunicaciones estaban protegidas por el privilegio sólo cuando el abogado se comunicaba con los ejecutivos de alto nivel de una empresa (ejecutivos conocidos como el "grupo de control"); cuando el abogado se comunicaba con cualquier empleado de nivel medio a bajo de una corporación, esas comunicaciones no estaban protegidas por el privilegio.

(36) Ver artículo de Ellis Matteson al respecto en *http://fcpamericas.com/spanish/asegurandose-de-su-upjohn-suene-como-miranda/. Más recomendaciones en: https://www.americanbar.org/publications/aba_health_esource/2015-2016/august/mirandawarnings.html o en http://www.watergatecle.com/wp-content/*

Como mencionamos antes, las investigaciones internas son ejercicios de indagación sobre hechos específicos. Eso significa que no existe la advertencia Upjohn perfecta que cubra todas las situaciones. Por lo tanto, será relevante contar con el asesoramiento jurídico para cada caso en particular, a la luz del estado de la —cambiante— jurisprudencia en el momento en que tengan que evaluarse las circunstancias del caso.

Más allá de las cuestiones relacionadas con el privilegio, uno de los debates más encendidos en torno a los derechos de los empleados tiene que ver con la posibilidad de que el trabajador se niegue a informar u ofrecer documentación en la medida en que esto pueda ser utilizado posteriormente en su contra. El debate en torno al principio del "*nemo tenetur se ipsum accusare*" se da en la intersección del Derecho privado y del Derecho público, y las garantías que rigen a ambos lados, por cuanto no podría esperarse un traslado automático de las garantías del proceso penal a las investigaciones internas (37), sobre todo en una instancia prejudicial, donde el trabajador podría incumplir deberes legales o contractuales en el marco del Derecho laboral (38).

En este punto parecen abrirse tres opciones para el empleado: 1. Brindar amplia colaboración, a riesgo de aportar datos que luego puedan resultar autoincriminatorios; 2. Participar de la entrevista, pero solicitar la presencia de un abogado propio (ampliamos este punto a continuación); 3. Negarse a declarar, lo que abriría la posibilidad de ser sancionado en el marco del Derecho laboral o que el empleador decida desvincular al empleado por su falta de colaboración, pagando o no una indemnización según se evalúe en cada caso.

Si esta última situación se produce en el marco de una investigación transfronteriza, por ejemplo en una investigación por la FCPA en los Estados Unidos, el empleado podría ampararse en la quinta enmienda y una suerte de "advertencia Miranda" (39), pero podría derivar en una situación compleja para la organización que pretenda mostrarse como "colaboradora" en el marco de la negociación de un acuerdo de clemencia con el fiscal.

Por otro lado, cuando los entrevistadores realicen anotaciones o dejen constancia de sus manifestaciones en actas, el empleado tendrá derecho a examinarlas, si así lo requiriera, y dar su opinión o hacer salvedades.

III.13. ¿Puede un empleado tener un abogado propio presente en la entrevista? ¿Y un representante gremial?

La asistencia de un abogado propio del empleado puede ser particularmente importante cuando puede haber un conflicto de intereses entre la empresa y el testigo. Esto puede surgir, sobre todo, si el testigo corre riesgo de imputación penal a nivel individual producto de las acciones que llevaba a cabo en nombre de la compañía. En estas circunstancias, los intereses de la empresa y del testigo pueden no coincidir y sería prudente considerar la participación de un abogado independiente. Si bien esto puede retrasar la entrevista para permitir que se brinde asesoramiento, garantiza que el testigo haya tenido la oportunidad de obtener su propio asesoramiento legal, y dependiendo de los hechos, el uso de un abogado separado podría hacer que la entrevista sea más efectiva.

---

uploads/2012/06/ABA_Upjohn_Task_Force.pdf (último acceso 18/04/2018).

(37) La propia jurisprudencia en materia laboral reconoce que la investigación interna es una figura cuyo ejercicio ha sido reconocido al empleador, con sustento en las facultades de organización y dirección a la que aluden los arts. 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo. Cfr. "Passero Ricardo Claudio c/ Universidad Argentina de la Empresa UADE s/ despido", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 26/5/2014, MJ-JU-M-87050-AR | MJJ87050.

(38) Cfr. Montiel, Juan Pablo, "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL* (Valparaíso, 2013, 1er. Semestre), ps. 251-277.

(39) "Miranda v. Arizona", 384 U.S. 436 [1966], donde se acusaba a Ernesto Miranda del rapto y violación de una joven de 18 años, habiendo confesado a la policía haber cometido el crimen, se anuló la sentencia original declarando inadmisible que se condenara a una persona sobre la base de sus dichos durante el arresto y sin que previamente se le hubiere informado de sus derechos constitucionales, garantizados por la Quinta Enmienda: guardar silencio, que cualquier cosa que manifestara podría ser utilizada en su contra y que tenía derecho a solicitar la asistencia de un abogado.

Sin embargo, la participación de un abogado independiente también puede hacer que el testigo esté menos inclinado a asistir a la entrevista o contestar preguntas, aunque correría el riesgo de que la empresa tome medidas disciplinarias por su falta de cooperación (40).

Por otro lado, las fuerzas laborales sindicalizadas pueden requerir la presenta de un representante sindical, antes o durante la entrevista. Después de que el empleado hace la solicitud, el empleador podría escoger de entre otorgar la solicitud y aplazar el interrogatorio hasta que llegue el represente sindical y tenga la oportunidad de conversar privadamente con el empleado; o negar la solicitud y cancelar la entrevista inmediatamente.

En cualquier caso, el entrevistador deberá realizar el esfuerzo de no perder el control de la entrevista.

IV. Análisis e interpretación de la evidencia

El objetivo es analizar la información que se recopiló durante la etapa de recolección de información, para ayudar a probar o refutar las hipótesis del caso y llegar a un resultado objetivo. Antes de comenzar el análisis de la información recopilada, es importante revisar las características clave de la investigación, lo que ayudará a que se complete de acuerdo con las expectativas y, asimismo, le dará al equipo la oportunidad de determinar si alguna característica ha cambiado.

Antes de completar cualquier análisis, es una buena práctica que el equipo del trabajo evalúe la credibilidad, integridad y precisión de la documentación fuente. A veces, la evidencia electrónica e, incluso, la documentación física puede resultar incompleta e inexacta debido a razones intencionales o no intencionales. Realizar procedimientos sobre datos incorrectos puede ser costoso e inoportuno. Algunas técnicas de verificación de datos incluyen: sumar totales y verificar la integridad, verificar los intervalos de fechas y vincular la información de la documentación fuente con papeles de trabajo de auditoría o documentos financieros (y viceversa). Si hay algún problema con los datos que servirán de base para el análisis, esto debería discutirse inmediatamente con el líder de la investigación.

Al completar el análisis, vale recordar un concepto importante: el escepticismo profesional. El investigador debe pensar críticamente y cuestionar los datos de manera apropiada, abordando el análisis con una mente abierta. Las suposiciones sobre lo que ocurrió no deberían interponerse en el camino del análisis y hallazgo de los hechos, ya sea que pruebe o refute las hipótesis.

IV.1. ¿Cuáles son las actividades clave de la etapa de análisis e interpretación de la evidencia?

Tal como hemos mencionado, cada plan de trabajo deberá ajustarse a las necesidades del caso. No obstante, el *set* habitual de procedimientos suele incluir: 1. Revisión de la evidencia electrónica; 2. Análisis de información (datos); 3. Análisis financiero; 4. Análisis no financiero; 5. Triangulación de la información. Aportamos información introductoria sobre cada procedimiento a continuación.

IV.2. ¿Cómo se revisa la evidencia electrónica?

Dado el importante volumen de datos electrónicos recopilados en la mayoría de las investigaciones, la revisión posterior puede resultar un ejercicio difícil de abordar, en términos de tiempo y costo, si no se cuenta con una plataforma de revisión de documentos. Una vez superada la etapa de procesamiento de la evidencia (en la que se restauran los documentos borrados, se eliminan duplicados, se indexan y filtran documentos, entre otros), se cargan los datos en una plataforma, i.e. base de datos centralizada, cuya función es el análisis y etiquetado de la evidencia, permitiendo que el equipo de investigación revise y produzca documentos de manera eficiente.

Todo el material recopilado podrá cargarse a la plataforma de revisión, incluidos los documentos en papel que puedan digitalizarse y procesarse utilizando el reconocimiento óptico de caracteres, tecnología que permite que

(40) En algunos casos, la jurisprudencia laboral ha cuestionado la entrevista llevada a cabo sin la presencia del abogado del empleado. Ver por ejemplo el fallo de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala III, "Coria Carlos A. v. YPF", RDLSS, t. 2013-24, p. 2537, citado por Sáenz Briones, op. cit. *supra*.

el texto se busque de la misma manera que los datos electrónicos.

Una vez que los datos se cargan, se pueden procesar para limitar el conjunto de revisión a los parámetros relevantes. Estos pueden incluir palabras clave relevantes para el caso, rangos de fechas, expresiones regulares, tipos de documentos y custodios, entre otros. Debido a que resulta importante para la credibilidad de la investigación poder *trackear* los documentos hasta su fuente de origen, estas plataformas le asignan a cada documento un número de identificación único que brindará la posibilidad de identificar cualquier documento con padres e hijos (como los correos electrónicos y sus archivos adjuntos).

La creación de una lista de términos de búsqueda (palabras clave del caso) sirve para filtrar el conjunto de datos. Tradicionalmente, este proceso consistía en enumerar términos de búsqueda relevantes, como nombres, palabras clave específicas, números de teléfono o cualquier otra palabra o frase que pudiera ayudar a identificar los documentos relevantes. Si bien éste sigue siendo un método útil para identificar documentos relevantes, muchos proveedores ahora ofrecen tecnologías de búsqueda y revisión de documentos más sofisticadas, que pueden detectar y relacionar con precisión frases únicas entre conjuntos de datos no estructurados, para refinarlos a la información más relevante.

Estas tecnologías de revisión se clasifican ampliamente bajo el nombre de "analítica predictiva" y proporcionan la construcción de un proceso de aprendizaje automático intuitivo y algoritmos específicos de casos en la plataforma misma. En pocas palabras, una vez que se inicia la revisión, la plataforma puede conocer lo que buscan los revisores y mover los documentos más relevantes a la parte superior de la lista de revisión. Esto puede acelerar drásticamente la identificación de los documentos más relevantes. Otras herramientas incluyen búsquedas conceptuales, búsquedas de contexto, búsquedas de metadatos, clasificación de relevancia, agrupamiento y evaluación temprana de casos. En diversos grados, todos estos procesos permiten que los equipos de revisión se centren rápidamente en documentos relevantes y potencialmente identifiquen testigos relevantes.

Una vez que el material recolectado ha sido procesado y buscado (independientemente de si se ha utilizado alguna tecnología de analítica predictiva), será necesario comenzar una revisión humana del conjunto de datos. Una revisión lineal estándar, es decir, de todo el material que responde a los términos de búsqueda, debería ser realizada por un equipo de revisores de primer nivel, y supervisada por un equipo de segundo nivel, que normalmente tiene una perspectiva amplia del caso. El tamaño del equipo dependerá de cuándo se deba completar la revisión y cuántos documentos forman el conjunto de revisión.

Para ayudar en este proceso, suele suceder que un miembro del equipo de investigación redacte un memorando de revisión, incluyendo los antecedentes necesarios para permitir que el equipo de revisión identifique los documentos relevantes, junto con la capacitación que sea adecuada para cada nivel del equipo. También se prepara un protocolo de codificación de documentos que detalle las etiquetas (virtuales) disponibles para el equipo de revisión. El número apropiado de etiquetas disponibles es una cuestión de preferencia y dependerá de la complejidad de la investigación. Los revisores generalmente etiquetarán los documentos como "relevantes" o "no relevantes", o mediante títulos que remitan a colores como verde, amarrillo, rojo, púrpura; u otras etiquetas según corresponda.

En una revisión documental estructurada, si se identifican "documentos urgentes", estos deberían escalarse rápidamente a las personas del equipo de investigación que corresponda. El establecimiento de una llamada o reunión diaria permite que el equipo de revisión brinde retroalimentación sobre el tipo de material que está viendo en su revisión y que reciba orientación del equipo de investigación.

IV.3. ¿Cuál es la diferencia entre la visualización de datos y las herramientas de revisión de documentos?

Ambas son herramientas de análisis de texto que usan palabras clave para crear, buscar y clasificar un *corpus* de documentos. Algunas herramientas de revisión de documentos se usan principalmente para priorizar y revisar docu-

mentos individuales para determinar su capacidad de respuesta después de que el *corpus* de documentos ha sido seleccionado y clasificado, generalmente con una herramienta separada. Una herramienta de visualización, no realiza revisiones de documentos individuales, pero es una herramienta efectiva de eliminación que produce de manera eficiente representaciones visuales de categorías de documentos a efectos de la priorización.

Para fines de priorización y revisión, una herramienta estándar de revisión de documentos generalmente produce un informe que enumera categorías de documentos y palabras de esas categorías asociadas con cada documento. El informe se asemeja a una hoja de cálculo y, aunque proporciona clústeres, a menudo no es muy intuitivo o fácil de revisar, y puede tomar semanas para que los usuarios avanzados prioricen categorías y documentos individuales, según el alcance de los documentos que se revisarán.

Una herramienta de visualización, cuando se vincula con una herramienta de revisión de documentos, toma el *corpus* de documentos y produce representaciones visuales de los datos, una "vista de grupo" que se manifiesta a través de un gráfico que expone las categorías de "búsqueda exitosa" y permite a los usuarios avanzados profundizar en documentos individuales dentro de esas categorías; aunque pueden obtener un sentido más rápido de qué documentos deben priorizarse para su revisión, a través de la representación visual de las categorías. Además, los usuarios pueden acceder a visualizaciones separadas que muestran las relaciones entre los emisores de correos electrónicos, una capacidad que ayuda a acelerar significativamente la priorización o identificar patrones que no son obvios.

IV.4. ¿Qué beneficios ofrecen las herramientas de visualización de datos?

El mayor beneficio es la representación visual de los datos. El volumen que la mayoría de las empresas poseen hoy en día puede ser abrumador. Una herramienta de visualización puede ayudar a los usuarios a entender esos datos, categorizarlos y decidir cómo ayudan a resolver las hipótesis del caso. La velocidad y economía son otros beneficios clave. Con las herramientas estándar de revisión de documentos, los abogados pueden pasar días, si no semanas, yendo y viniendo a probar términos de búsqueda basados en un listado. Las herramientas de visualización permiten a los usuarios, en cuestión de horas en muchos casos, crear un índice de términos de búsqueda, revisar visualmente los documentos que contienen esos términos y determinar si esos términos están alcanzando el estándar requerido. La identificación rápida de los clústeres de documentos que no necesitan ser revisados ahorra mucho tiempo, lo que ayuda a controlar el gasto asociado a la revisión de evidencia.

Después del procesamiento inicial y la deduplicación del conjunto de datos, se almacenan esos datos en un entorno intermedio. La herramienta de visualización acelera el proceso de identificación de los documentos que el usuario necesita revisar. En poco tiempo, se identifican y refinan los términos de búsqueda, se crean "colecciones" o grupos de documentos, se analizan y etiquetan "en masa" los documentos para determinar cuáles deben revisarse; de manera que luego se exportan esas las colecciones nuevamente, para el proceso de revisión.

IV.5. ¿Cómo puede ayudar el Análisis de Datos (Analytics, Big Data, etc.) en una investigación interna?

Antes de poder revisar cualquier información, es necesario definir qué tipos de análisis se completarán en los diferentes conjuntos de datos. Esto también depende del asunto que se investiga. En la etapa de planificación, se discutieron y acordaron los procedimientos que se iban a realizar (por ejemplo, pruebas de transacciones dentro de la cuenta "Comisiones").

A partir de esto, se desarrollan las pruebas sobre los atributos de ciertas registraciones que se analizan, a partir de una selección de transacciones (que se denomina "muestra"). Existen diversas maneras de identificar la población de transacciones que deben analizarse como parte de una investigación interna. En general, el equipo de trabajo podrá considerar primero las denuncias, que pueden detallar algunas transacciones particulares de interés o pueden ser más generales e incluir subconjuntos de datos

más grandes. El equipo también podrá considerar la información obtenida de las entrevistas y otros procedimientos del plan de trabajo para definir su población de muestra.

Luego podrán enlazarse a las hipótesis con las líneas de investigación, tomando el recaudo de mantenerse dentro del alcance previsto. Durante el curso de una investigación, es común que se descubran otros problemas potenciales; sin embargo, el equipo no debería realizar ningún análisis sobre estos otros posibles problemas antes de hablar con el líder del caso.

Aunque los datos que se analizarán durante una investigación provienen de una variedad de fuentes, en su esencia se pueden dividir en dos categorías: financieras y no financieras. Ambos tipos de datos (y las relaciones entre ellos) deberían analizarse cuidadosamente para determinar si hay evidencia que pruebe o refute las hipótesis. Debido a la gran cantidad de datos complejos recopilados regularmente durante el curso de una investigación, puede ser útil para incorporar especialistas en materia de Análisis de datos para ayudar a desarrollar o realizar las pruebas de manera eficiente.

IV.6. ¿Para qué se aplica el análisis financiero? ¿Y el no financiero?

Aquí nuevamente, debido a que cada investigación es diferente, el tipo de datos financieros necesarios y el análisis a realizar también diferirán (41). El análisis financiero tiene que ver con la información que se registra en el sistema contable de la organización, algunos ejemplos son:

• Pruebas de relación: se trata de buscar relaciones entre subconjuntos de datos financieros y analizar si las relaciones tienen sentido (por ejemplo, si las ventas aumentan, tendría sentido que los gastos de comercialización también aumenten).

• Análisis del libro diario: implica comprender el flujo de fondos a través de los libros y registros de una compañía, qué cuentas estuvieron involucradas y dónde se realizaron las transacciones.

• Análisis de cuentas por pagar: busca calcular cuánto dinero se depositó o retiró de una cuenta específica o cuánto dinero se pagó a un proveedor/individuo/tercero específico.

Por otro lado, el análisis no financiero se relaciona con las políticas y procedimientos de la organización, correos electrónicos, comunicados de la empresa, es decir, toda información que no es de naturaleza financiera. Por ejemplo:

• Análisis de declaraciones / información obtenida de testigos: verificar la exactitud de la información provista contra otra documentación de respaldo e información provista por otros entrevistados, lo cual permitirá identificar eventuales inconsistencias.

• Revisión de los resultados de la recopilación de fuentes públicas: se discuten los resultados con el equipo, identificando posibles alertas y banderas rojas, entre otros.

• Pruebas contra políticas y procedimientos: se revisan las transacciones en el contexto de las políticas y procedimientos de una organización, para determinar si cumplieron con las mismas.

IV.7. ¿Qué implica triangular la información?

Una vez que se han analizado los diversos tipos de datos, el siguiente paso en el proceso de investigación es triangular toda la información y llegar a una conclusión sobre sus hipótesis. Hay diversas maneras de digerir la información, pero dos de las formas populares son: el análisis cronológico, por un lado, y el análisis visual, por otro lado. El análisis cronológico implica la creación de una línea de tiempo de fechas/eventos clave, mientras que el análisis visual implica la generación de representaciones visuales de los datos analizados y las relaciones entre ellos.

En última instancia, la información que se triangula podría respaldar la conclusión que permita probar o refutar las hipótesis del caso. Sería deseable, en la medida en que las particularidades del caso lo permitan, que el proceso de análisis pueda documentarse de modo que cualquier persona, con o sin conocimiento de

(41) Para diseñar adecuadamente los procedimientos de análisis financiero, es importante que el equipo comprenda, aunque sea a un alto nivel, el negocio, sus procesos financieros y cómo se registran las transacciones en los libros contables.

los detalles, pueda ser capaz de determinar claramente de dónde derivan los resultados.

IV.8. ¿Cómo podría probarse el "esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito"?

Una parte importante de la investigación puede tener que ver con establecer si el acto fue intencional. Demostrar que un sujeto conocía e incumplía un control interno bien documentado, a menudo es un factor relevante. Por ejemplo, determinar cómo se eludió un control interno puede servir no sólo para comprender cómo se perpetró el hecho, sino también en la negociación relacionada con el art. 9º de la ley 27.401 sobre la exención de pena, donde uno de los requisitos (inciso b) refiere a que la violación al sistema de control y supervisión tuvo que haber *exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.* La carga de la prueba de estos extremos recaerá, sin dudas, en la empresa que se autodenuncie. Entender cómo los controles internos fueron omitidos o anulados a menudo proporcionará una visión crítica de quién sabía qué y cuándo.

En el caso del acuerdo de colaboración eficaz(42), una de las condiciones que impone el art. 18 para que pueda tener lugar el acuerdo (inciso g) es que la compañía efectúe mejoras o modificaciones a un programa preexistente (y que falló). La comprensión precisa de cómo se violaron los controles internos, por lo tanto, será fundamental desarrollar un plan de remediación para prevenir futuros casos y, a la postre, generar las adecuaciones que sean necesarias en el programa de integridad.

El primer paso para determinar si se violaron las políticas o los procedimientos es obtener un conocimiento profundo de la lógica detrás de los controles, así como las identidades de los responsables internos tanto del sistema contable, como de los controles internos y los procesos que se investigan. Al obtener este conocimiento, se identificarán las políticas y procedimientos establecidos (el estado actual). Esto normalmente implica la revisión de los procesos documentados, y también puede incluir entrevistas con los empleados para ayudar a aclarar cualquier ambigüedad en la documentación. Algunos elementos a tener en cuenta, entre otros, serán:

- Qué empleados están autorizados a iniciar y procesar una transacción;
- Qué empleados están autorizados a aprobar una transacción;
- Qué empleados pueden aprobar nuevos proveedores;
- Qué empleados son responsables de las conciliaciones de cuentas;
- Qué empleados tienen acceso físico a los activos, incluido el efectivo;
- Cuáles son los requisitos para documentar una transacción;
- Cómo y dónde se almacenan los registros electrónicos y en papel;
- Cómo se manejan las excepciones o transacciones manuales.

También puede ser importante revisar la asistencia al programa de capacitación que, eventualmente, haya recibido el sujeto, así como los correos electrónicos que hayan sido enviados para comunicar las políticas. Esto tal vez pueda ayudar a reforzar la idea de que el sujeto entendía el método apropiado para manejar las transacciones.

La mayoría de los ciclos contables, como las compras, los desembolsos de fondos y la nómina incluyen muchos pasos. Algunos de estos se evidencian de forma manual, con aprobaciones por escrito mediante firmas y documentos de respaldo, como facturas y remitos. Otros pasos requieren el análisis de registros electrónicos del sistema de gestión. Algunos ejemplos de piezas críticas de evidencia electrónica relacionadas con controles internos incluyen:

- Registros de fecha y hora: la mayoría de los sistemas dejan un rastro valioso que puede usarse para establecer una línea de tiempo pre-

(42) Arts. 16 a 21 de la ley 27.401. La empresa se obliga a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito.

cisa y detallada de los eventos. Por ejemplo, la factura de un proveedor puede ingresarse en el sistema de cuentas a pagar a altas horas de la noche durante horas no laborables, se aprueba el pago momentos más tarde y el pago se realiza al proveedor al día siguiente. ¿Cuál es el apuro? ¿Existe una necesidad legítima o se trata de algo más? ¿Ese pago cumple las políticas normales de administración de efectivo y pago de facturas de la organización? ¿Cuál es la dispersión de pagos y *aging* del resto de los proveedores?

• Identificación del usuario: los sistemas mantienen un registro de los inicios de sesión de los usuarios, junto con la fecha y hora de acceso a la información y las actualizaciones. Directa o indirectamente, a menudo es posible determinar con exactitud qué usuario (43) realizó cada paso en la cadena de actividades que comprende una transacción: quién ingresó un proveedor en el archivo maestro, quién autorizó la compra y si fue una oferta competitiva, quién ingresó la factura del proveedor, quién la aprobó para el pago, quién programó el desembolso, quién ejecutó, etc.

• Matrices de seguridad: a menudo se revisan en conexión con el paso anterior, para determinar qué usuarios tienen acceso a los componentes específicos de cada sistema, lo que podría ayudar en la asignación de responsabilidades. ¿Quién tiene acceso de "solo lectura" a los datos de proveedores y facturas? ¿Quién tiene la capacidad para ejecutar modificaciones e ingresar datos? ¿Quién tiene autorización para liberar pagos a los proveedores? El cruce de esta información con los datos obtenidos a partir de los pasos anteriores podría servir para encontrar dónde se vieron comprometidos los controles internos, incluida la identificación de instancias de acceso no autorizado a través del robo o el intercambio de contraseñas.

V. Reporte, cierre y acciones de remediación

V.1. ¿Cómo se estructura un típico informe?

Antes de determinar el formato del informe, será importante considerar a quién o quiénes está dirigido: el Directorio, la Gerencia, la Justicia, la Compañía de Seguros, otros. Esto ayudará a entender qué información debería incluirse, por ejemplo, el Directorio desearía leer un resumen ejecutivo, la Gerencia tal vez esté interesada en conocer las implicaciones operativas, mientras que los abogados posiblemente busquen identificar contingencias que puedan derivar en acciones judiciales.

Dependiendo del uso previsto del informe (es decir, no es lo mismo utilizar un informe como parte de la evidencia en un juicio que reservarlo sólo para uso interno), podrá determinarse el formato, por ejemplo: informes completos, informes de presentaciones de *PowerPoint* o informes verbales. Todos los formatos tienen sus pros y contras, que deberían considerarse caso por caso.

Cuando un informe se refiere a una investigación compleja, transfronteriza, multi-equipo y con numerosos autores, es una buena práctica proporcionar al informe una consideración adicional al inicio de la investigación. Por ejemplo, acordar la estructura del informe desde el principio para que incluya los antecedentes del caso, un resumen de procedimientos y hallazgos, luego el detalle de los procedimientos realizados y los hallazgos, las restricciones relacionadas con el uso y la distribución del informe, y recomendaciones para acciones correctivas, según corresponda (44).

(43) Suele ser un contratiempo bastante habitual en las investigaciones encontrar que es una práctica extendida de los usuarios compartir la clave de acceso al sistema de gestión. Desde ya que esto obstaculiza enlazar a una identificación de usuario con una persona física en particular, por más que el área de TI lleve un registro detallado de los mismos. Podrán llevarse a cabo otros procedimientos adicionales en estos casos, como por ejemplo probar que el empleado se encontraba en la oficina en el día y hora que se registró la transacción, entre otros, además de reforzar las políticas de uso de las herramientas informáticas.

(44) En base al enfoque del caso y quién será el usuario del informe, a veces se considera la conveniencia de utilizar herramientas de visualización, la necesidad de traducciones y el grado de formalidad que podría aplicarse. Asimismo, dependiendo de la complejidad y riesgos del caso, definen los procedimientos de revisión de calidad.

El cierre del caso, en sí mismo, involucra algunas acciones para desmantelar el proyecto, por ejemplo: devolución de documentación, activos, pases de acceso, entre otros. En este punto es común que el equipo

En algunas jurisdicciones y dependiendo de la naturaleza del caso, los informes pueden ser utilizados como evidencia. Por lo tanto, cualquier documentación que sea generada —incluidos borradores de informes, correos electrónicos y papeles de trabajo, ya sea en forma impresa o en formato electrónico— podría estar sujeta a divulgación. Puede pasar que un juzgado cite a declarar al emisor del informe solicitando que se presente acompañando los papeles de trabajo que dan soporte, más allá de los anexos incluidos. Por lo tanto, es una buena práctica que la calidad de la información producida sea constante (45).

V.2. ¿Qué implican los análisis de causa raíz y la remediación?

El epílogo del trabajo a veces incluye profundizar en las causas subyacentes que dieron motivo a la investigación, y que pueden incluir, por ejemplo, recomendaciones sobre acciones correctivas para ayudar a la organización a recuperarse, evaluando la información adicional necesaria, priorizando las acciones a ejecutar y diseñando un plan de remediación, entre otros. Estas acciones pueden incluir gestiones de *change management*; la implementación de herramientas de monitoreo continuo; la determinación de protocolos de informes; la prueba de efectividad de los controles; entre otros.

VI. Conclusión

Puede haber muchas razones válidas para realizar una investigación interna. Como vimos, el propósito de una investigación interna es determinar qué sucedió realmente y decidir qué medida correctiva se necesita si se comprueba una irregularidad. Como estos son asuntos delicados, que pueden tener consecuencias graves para la organización, el proceso de investigación normalmente intenta ser manejado buscando un equilibrio de rigor y sensibilidad.

Cuando se descubren faltas que implican responsabilidad legal, las organizaciones también tendrán que decidir si cooperarán con las autoridades, no sólo en el país en el que se descubrió la presunta irregularidad, sino también con las autoridades de otras jurisdicciones en las que opere la organización.

Las investigaciones internas aportarán más beneficios que perjuicios en la medida en que respeten el marco legal y sean conducidas de manera profesional. Nos encontramos frente a un fenómeno de "autolimpieza" eminentemente transversal, que toca puntos del Derecho penal, laboral, administrativo, societario, informático, público, entre otros. Para que el proceso sea exitoso, intentaremos que las investigaciones internas sean justas, eficientes y proporcionales.

Estimado lector, sepa que no existe la investigación interna perfecta. Siempre estarán sujetas a los vaivenes de la información limitada que se tendrá en cada momento. El investigador avanza con los procedimientos que supone son apropiados, aunque una mirada retrospectiva podría, tal vez, indicar que otro tipo de acciones podrían haber revelado más y mejores hallazgos.

Aunque lo mencionamos antes, es válido insistir que las interpretaciones legales que se expresan a través de la jurisprudencia pueden ser cambiantes: una posición sobre una cuestión clave puede evolucionar en el tiempo, tanto en la Argentina como en otros países. Por lo tanto, será relevante contar con el asesoramiento jurídico que evalúe las particularidades de cada caso, en cada momento.

En definitiva, la manera en que la organización aborda las infracciones o prácticas irregulares resulta una de las medidas de credibilidad de su programa de cumplimiento. El tratamiento efectivo de las infracciones también ayudará a las organizaciones a evitar o morigerar las consecuencias negativas del daño a la reputación y, en muchos casos, de las contingencias legales. Las organizaciones que han incorporado protocolos para sus investigaciones internas abordan las faltas como posibles oportunidades de aprendizaje y mejora para su programa de integridad.

---

se concentre en el cierre de los papeles de trabajo y las revisiones de calidad interna.

(45) Usualmente hay dos tipos de testimonios: 1. Testimonio fáctico donde las opiniones e interpretaciones personales no tiene lugar. 2. Peritajes en los que el tribunal puede que formule un cuestionario pericial donde solicite al experto que presente una opinión, por lo general, esto sucede en casos técnicos complejos.

La prevención de ilícitos en las interacciones con el sector público: reglas y procedimientos a aplicar

POR **PAULA HONISCH** (*)

I. Introducción

Argentina recientemente ha aprobado la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresarial. Como se ha explicado en otros trabajos que integran esta publicación, mediante esta norma las personas jurídicas, cualquiera sea su conformación (1), podrán resultar penalmente responsables cuando de manera directa o indirecta, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio (2) se hubieren cometido alguno de los delitos taxativamente previstos en esa ley (3).

La norma incluso establece, en su art. 6º, que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido en el hecho, "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".

De la interpretación armónica de la norma, se desprende que la justicia entenderá que la empresa no toleró esa conducta si ésta, con anterioridad al hecho, implementó un sistema de control y supervisión *adecuado* en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley (4).

Para el legislador no cualquier programa de *compliance* o de integridad permitirá la reduc-

(*) Abogada de la UBA. Master en derecho penal en la UP. Actualmente es la directora ejecutiva del estudio Honisch & Asociados. Entre su vasta experiencia como investigadora de la OA, coordinadora en fiscalía especializada en los delitos de corrupción, Directora de Transparencia en el Ministerio de Defensa, Gerenta en la SEFyC del BCRA, como consultora local e internacional ha liderado procesos de diseño e implementación de programas de transparencia y prevención y control de la corrupción. Es consultora internacional y posee diversas publicaciones sobre la temática.

(1) Sean estas personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal (art. 1º).

(2) Aclarándose que también serán responsabilizadas si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. Disponiéndose que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella (cfr. art. 2º).

(3) A saber: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, arts. 258 y 258 bis del Cód. Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, art. 265 del Cód. Penal; c) Concusión, art. 268 del Cód. Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios, art. 268 (1) y (2) del Cód. Penal; e) Balances e informes falsos agravados, art. 300 bis del Cód. Penal.

(4) Así surge del art. 9º cuando se dispone que las empresas quedarán eximidas de pena y de responsabilidad administrativa, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido. Aunque también se prevé la posibilidad de que la pena sea reducida mediante la celebración de acuerdos de colaboración eficaz (cfr. arts. 16 y ss.)

ción o exención de responsabilidades, sino sólo aquel que esté orientado a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley y guarde relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza y resulte acorde a su dimensión y capacidad económica. Esto es el eje principal que debe ser considerado a la hora de diseñar e implementar un programa, aun cuando la norma haya pretendido dar un paso más, identificando los elementos o componentes que conforman un programa de integridad, clasificándolos en obligatorios y optativos.

Así, por un lado, se estableció que el programa de integridad debiera contener al menos: a) "Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad..."; b) "Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público" —que sobre el que se centrará este trabajo—; c) "capacitaciones periódicas...".

Y que podría contener, entre otros elementos, un análisis de riesgos, el apoyo visible de la alta dirección (lo que se conoce como *Tone at the top*), diseño e implementación de canales internos de denuncia y una política de protección de denunciantes, diseño e implementación de un sistema de investigación interna, aplicación de esas herramientas con respecto a terceros o socios de negocios, *due diligence* en M&A, un responsable interno, monitoreo y evaluación continua que permita adecuar el programa a las exigencias reglamentarias (5).

Para garantizar el *enforcement* de esta norma y generar mayores incentivos para el diseño y adecuada implementación de los programas de integridad, se le otorgó a éstos una doble condición. Por un lado, como acabamos de señalar, se estableció que el programa de integridad, en la medida en que sea adecuado y oportuno, será la llave que les permitirá a las personas jurídicas —y también a las personas físicas que componen la organización— reducir o eliminar su responsabilidad penal; y, por el otro, que constituirá una condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional (6). Esta última exigencia, acertada a mí entender, es la que coadyuvará a la efectiva implementación de la norma a los fines de prevenir las conductas que se procura desincentivar.

Pues bien, hecha esta introducción, debe aclararse que en el marco de este trabajo se procurará ahondar sobre el alcance de uno de los elementos obligatorios del programa, el que se refiere a la prevención de ilícitos en las interacciones con el sector público, a los fines de comprender las razones que llevaron a su inclusión y establecer pautas para determinar el alcance de la política preventiva que debiera desarrollar una empresa para cumplir con ese elemento esencial del programa.

II. El eje de la ley: la interacción público-privada

Del análisis parlamentario de la norma, esto es, del proyecto que originariamente elaboró la Oficina Anticorrupción, con participación de

(5) Cfr. art. 23.

(6) Esta exigencia por ahora resulta aplicable para las contrataciones que el Estado Nacional impulse cuando se den dos condiciones simultáneas. Por un lado, que se trate de procedimientos que por su monto, deban ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro (de acuerdo al reciente dec. reglamentario 277/18, es aquel establecido en el Anexo al art. 9º del "Reglamento del régimen de contrataciones de la administración nacional", aprobado por dec. 1030/16, donde actualmente se establece que en los casos de compulsas abreviadas y adjudicaciones simples el monto sería de $ 65 y $30 millones respectivamente y para el caso de las licitaciones públicas y privadas de $ 100 y $50 millones respectivamente); y, por el otro, que estas contrataciones se encuentren comprendidos en el art. 4º del dec. delegado 1023/01 (que son los de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente, así como los de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias) y/o regidos por las leyes 13.064 de Obra Pública, 17.520 de Obras Públicas, mediante concesión por el cobro de tarifas o peajes, 27.328 de contratos de participación público-privado y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos. Vale señalar que la reglamentación de la Oficina Anticorrupción (OA en adelante) no ha resuelto aún cómo se aplica estas equivalencias en los casos de las otras normas mencionadas.

distintos actores y que envió al Congreso de la Nación, así como de la discusión parlamentaria y de las diversas modificaciones que se fueron introduciendo en ambas cámaras y en el seno del congreso, surge con claridad que lo central de esta norma es incidir sobre la manera en que las empresas se relacionan con la administración pública (7).

Sin perjuicio de ciertos desaciertos en la selección de los tipos penales contemplados en la norma (8), lo cierto es que el eje de los delitos contemplados comprende situaciones de interacción entre lo público y lo privado, es decir, entre las empresas y personas que las integran con funcionarios públicos. El centro de esta norma gravita en procurar modificar la manera en que estas relaciones se dan, involucrando a partir de ahora al privado fuertemente en la prevención de estos delitos.

Si bien el Estado cuenta con una batería de normas que castigan penal y administrativamente la actuación irregular de los funcionarios (9), y otras tantas que pretenden identificar los riesgos de que estas conductas ocurran detectándolas antes de que ellas se concreten (10), éstas no han resultado suficientes para prevenir la actuación irregular de los funcionarios.

Ese fracaso puede explicarse por distintas razones. Tal vez las razones más importantes tengan que ver con las características propias de los hechos de corrupción (11) y las dificultades probatorias que deben enfrentarse para su acreditación, con la falta de percepción social y judicial respecto al daño que estos hechos provocan (12), con los procesos de selección crimi-

(7) Si bien en el marco de la Cámara de Diputados se introdujeron modificaciones al proyecto remitido por la OA que procuraban que las personas jurídicas fueran responsabilizadas por cualquier tipo de delito que cometieran, lo cierto es que, de manera coincidente a lo que procuraba el órgano de control del PEN, el alcance de la norma se circunscribió a las conductas delictivas que podrían generarse en el marco de la interacción público-privada.

(8) Al respecto cf. Honisch, Paula y Victorero, Sabrina, "Pautas para la persecución penal de las personas jurídicas", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, diciembre 2017, p. 9 y ss.; donde también se señala que ésta no es la única norma que pueden generar responsabilidad penal a las personas jurídicas y que, para ese otro universo normativo, los criterios para determinar la pena son muy similares a los contemplados en la ley 27.401.

(9) Nos referimos a las conductas tipificada en el código penal como delitos especiales que sólo pueden ser cometidos por aquellos que tengan la calidad de funcionario púbico, como ser, aquellas previstas en el libro II, Título XI sobre delitos contra la administración pública; o los delitos en los cuales dicha calidad agrava las consecuencias de la conducta, como ser los delitos contra el orden económico y financiero, de extorsión y administración fraudulenta, entre otros; o las prohibiciones contempladas en la ley 25.164 que regula el empleo público nacional y la ley 25.188 de ética en el ejercicio de las funciones públicas y sus normas modificatorias y reglamentarias, así como en el dec. 41/99, entre otras normas.

(10) Por ejemplo a través de la presentación de declaraciones juradas patrimoniales, mediante las normas relativas a la regulación de situaciones de conflictos de interés (que de alguna manera constituyen la antesala del delito de negociaciones incompatibles, ver al respecto, Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 148 y ss.), de audiencias de gestión de intereses (reglamentado mediante el Anexo III, del dec. 1172/03), etc. Aunque también deben considerarse los códigos de conducta que fueron aprobados por algunos organismos de la Administración Pública a los fines de reforzar el conocimiento y vigencia de las pautas de conductas contempladas en toda esta batería de normas, adaptándolas a las situaciones particulares que deben enfrentar los agentes que integran esos organismos. A modo de ejemplo, vale mencionar el código de conducta aprobado por la AFIP, por la CNRT, Vialidad, Subsecretaría de Fiscalización del Ministerio de Trabajo de la Nación.

(11) Ya que se trata de actos de naturaleza opaca que rara vez se documentan; son actos que suelen requerir el despliegue de maniobras complejas compuestas por múltiples actores; son actos que dejan víctimas difusas o mediatas; son actos que no suelen ser denunciados y respecto de los cuales existen pocos incentivos para atestiguar sobre su comisión, etc. Cfr. entre otros a Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*, Sudamericana, Buenos Aires, 1988 (con su ecuación básica de la corrupción: corrupción es igual a monopolio de la decisión pública más discrecionalidad menos responsabilidad —en el sentido de obligación de dar cuentas— de la decisión pública), Virgolini, Julio, en su tesis doctoral "Crímenes excelentes – delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción", *Colección Tesis doctoral*, Editores del Puerto, p. 255; Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores, 1992, p. 115, y Righi, Esteban, *Delitos Económicos*, Ad-Hoc, p. 65, entre otros.

(12) Cfr. Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, "Delitos en las contrataciones públicas...", cit., p. 48 y ss.

nalizante (13) y, por sobre todas las cosas, por la falta de una estrategia orientada a involucrar de otra manera a los particulares y a las personas jurídicas (14).

Está claro que en los hechos de corrupción hay dos partes que interactúan: un funcionario público y un tercero (15) (y que éste último participa de estas acciones persiguiendo un beneficio (16)) y que la interacción que se genera entre está orientada a la obtención de una ventaja o beneficio para cada uno de los intervinientes.

Si bien respecto de cada uno de ellos, razonablemente, hay expectativas diferentes, en atención a sus roles y a la confianza que la comunidad deposita en sus funcionarios, lo cierto es que hasta ahora las políticas públicas que se han diseñado sólo han estado focalizadas en uno de estos actores: el funcionario público; y ello además se ha hecho sin ponderar esa diferencia de roles (17).

En este contexto, acercándose a los lineamientos internacionales (18) y considerando

(13) Cfr. Zaffaroni, Raúl - Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 1-53.

(14) Respecto de los principales argumentos político-criminales que se han utilizado para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas cfr. Honisch, Paula y Victorero, Sabrina, "Pautas para la persecución penal...", cit.

(15) En general un privado, sea persona física o jurídica, aunque también podría darse una interacción espuria entre dos funcionarios.

(16) Beneficio directo para la persona que interviene en el acto, para un tercero allegado o cuando se procura una ventaja para la organización a la que pertenece o con la que tiene vinculación o interés.

(17) Al respecto, entre otros temas, deben señalarse cuestiones que surgen de la tipificación penal de los delitos involucrados (como ser que se la equiparación entre ciudadano y funcionario en cuanto al *quantum* de la pena; la falta de previsión de la solicitud como conducta perseguible en el cohecho pasivo; la falta de distinción de relevancia delictiva entre aceptar hacer un pago indebido a solicitud de funcionario y el ofrecimiento activo de sobornos; la inclusión de la solicitud simple en el tipo de exacciones, la forma en que se exige la afectación del consentimiento por parte del ciudadano en el marco de las exacciones; la falta de distinción clara entre exacción y concusión y exacción y extorsión); de cuestiones procesales (como un Cód. Proc. Penal vetusto, la deficiente regulación/previsión de medios de investigación y prueba indispensables para la investigación de hechos complejos, la falta de herramientas para generar incentivos en la colaboración del ciudadano en la denuncia y/o investigación de estos hechos y la inexistencia de mecanismos de reducción de pena o exclusión de la responsabilidad para quienes colaboran con la investigación criminal —si bien esta falla se ha procurado salvar mediante la ley 27.304, en atención a cómo quedó finalmente estructurada la norma es factible dudar respecto a la eficacia que ella tendrá—); y otras cuestiones, tales como la falta de protección legal a los *whistleblowers,* tanto en el ámbito público como en el privado; la falta de otros mecanismos activos para promover el reporte de particulares (pues no hay incentivos económicos para premiar a los *whistleblowers* que destapan casos exitosos ni acciones *qui tam*); la falta de claridad y consistencias en las misiones de las agencias especializadas de control y falta de coordinación entre ellas; la regulación notablemente deficiente (e interpretación jurisprudencial errada e inconsistente con las convenciones) de la obligación de denunciar de los funcionarios públicos (cfr., Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas...*, cit., p. 55 y ss.), entre otros factores.

(18) Principalmente la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por ley 25.319, (OCDE); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) aprobada por ley 25.632, ver especialmente art. 10; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), aprobada por ley 26.097; las recomendaciones sobre esta materia elaboradas por el Grupo de Acción Financiera Internacional y los compromisos asumidos ante el Grupo de los 20 (G20).

Si bien la CNUCC pone el acento de manera abrumadoramente mayoritaria en el rol de los servidores públicos y solo contiene algunas previsiones relativas al sector privado —aunque generando el compromiso de los Estados parte de tipificar la corrupción privada—, la convención de OCDE, en cambio, desde la primera línea se refiere a las *transacciones* y prácticamente todas sus previsiones tienen como eje central esa interacción.

Para mayor información sobre cómo dar cumplimiento a esos compromisos internacionales, ver, entre otros las numerosas guías y *toolkits* que fueron elaborados para facilitar su adecuada implementación, entre los que cabe mencionar: *http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/14-04939_eBook_S.pdf http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf* sobre *compliance, (http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf sobre* empresas estatales, *http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/14-04933_ebook.pdf* sobre contrataciones, *http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/Handbook.pdf* sobre denuncia e investigación (16/4/18 todos).

la experiencia comparada, el Estado argentino ha comenzado a incorporar algunas normas orientada a eliminar algunos de los obstáculos que tienen los particulares para colaborar con en la detección e investigación de hechos de corrupción (19) y ha dado un paso firme con la sanción de la ley 27.401, pues mediante ella se procura con claridad promover, por un lado, la *auto-responsabilidad* empresaria orientada a la prevención de la corrupción y por el otro, a *fomentar esa colaboración* en la detección, denuncia y persecución de estos delitos (20).

III. ¿Era necesario incorporar un elemento específico que se refiera a la prevención de ilícitos?

Ahora bien, si como acabamos de ver la lógica de la ley está orientada a incidir en la forma en que las empresas interactúan con la administración para prevenir conductas ilícitas, podríamos preguntarnos entonces ¿qué sentido tiene que se contemple específicamente como elemento obligatorio del programa de integridad la incorporación de "Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público"; máxime cuando podría pensarse que con el primero de los elementos obligatorios del programa —*un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad... de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley*— ya se cumpliría con este objetivo?.

La respuesta a este interrogante no cae de madura, ya que prácticamente ninguna de las convenciones internacionales ni de las normas de otros países que fueron tomadas como referencia para el diseño de esta ley, nos ayudan a responderlo (21).

En efecto, en casi en ninguna de ellas se prevé la necesidad de que el programa de *integridad* contemple como un elemento diferente a los códigos de conducta o a la política interna y a los procedimientos que tornan operativos esos valores, la existencia de reglas y procedimientos orientados a la prevención de ilícitos. Ello es así ya que pareciera ser precisamente ese el objetivo que debiera perseguirse a través del programa mismo de *compliance* (22).

Ello nos obliga, entonces, a analizar el espíritu de la norma, el contexto en el que ella se sancionó y el rol particular del Estado Argentino. Considerando estas variable, y atendiendo especialmente al hecho de que en nuestro país la presión estatal y la presencia regulatoria es muy fuerte y abarcativa, comprendiendo múltiples y diversos ámbitos de interacción, podemos concluir que lo que se busca es garantizar que las empresas contemplen previsiones específicas respecto de las distintas situaciones que se pueden generar en los diversos escenarios, y oportunidades, en las que deberán interactuar con funcionarios públicos.

En otras palabras, mediante este elemento del programa lo que se pretende es que la empresa no se limité a enunciar principios generales que prohíban actos de corrupción (como la prohibición del pago de sobornos), sino que también regule situaciones particulares que a veces no son tan claras; situaciones que si bien *per se* no constituyen delito, podrían ser el paso

(19) Ver nota 17.

(20) Sin lugar a dudas esta norma constituye un paso fundamental. No obstante, no podemos dejar de señalar que no se aprovechó al máximo la oportunidad, pues, si la norma hubiera estado más focalizada en instalar una cultura ética en las organizaciones, en lugar de sólo orientarse a la prevención de los delitos que los funcionarios públicos pueden cometer con la participación o coautoría de las empresas, entonces, entre otras cosas, debió haberse avanzado en la tipificación de la corrupción privada de manera general.

(21) Entre las normas que fueron consideradas están la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos ("Foreign Corrupt Practices Act" o "FCPA") del año 1977, junto con *U.S. Sentencing Guidelines* elaborada por el Departamento de justicia (h*ttps://www.sec.gov/spotlight/fCód. Penala/fCód. Penala-resource-guide.pd*f) (16/4/18), la *U.K. Bribery Act de 2010* (*https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents*) (16/4/18), Ley Anticorrupción de Brasil, Lei 12.846, de 2013 (*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm*) (16/4/18).

(22) Cfr., entre otros, OCDE, UNODC y Banco Mundial, Ética, Anticorrupción y elementos de cumplimiento. Manual para empresas, 2013, p. 85 (*https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf*) (16/4/18).

previo o allanar el camino hacia la conducta prohibida o incluso generar dudas respecto de la intención de la persona jurídica. Situaciones, además, que pueden ir cambiando en las distintas jurisdicciones en las que la empresa opera, por ejemplo, si es una multinacional (23).

A su vez, al regular estas situaciones, para dar acabado cumplimiento con este elemento del programa, deberá contemplarse no sólo la acción esperada (o no deseada por parte de quienes integren o actúen en nombre de la empresa) sino también la oportunidad en que estas acciones pueden o no ser llevadas adelante (24). Este elemento procura, entones, que las empresas se vean obligadas a abordar esas áreas grises trazando una frontera clara entre las prácticas comerciales legítimas y las ilegítimas (25).

Ahora bien, a pesar de que la norma exige la implementación de un "código de conducta o la existencia de políticas y procedimientos de integridad" y de "reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos" como dos elementos obligatorios y diferenciados del programa de integridad, lo cierto es que si una empresa decidiera que el universo de las cuestiones que deben estar abarcadas por ambos elementos quedaran plasmadas en un único instrumento, ello no sería un problema. Siembre, claro está, que pudiera explicar que ese único elemento resulta lo suficientemente abarcartivo para cumplir con los objetivos buscados por el legislador.

Por otra parte, también podría pensarse que a través de este elemento se buscó otro objetivo: garantizar que la política que se diseñe no quede en letra muerta, sino que sea operativa; de allí que la norma se refiera a reglas pero también a procedimientos.

Si bien esto último es clave —y comprende, entre otras cosas, que las empresas cuenten con canales adecuados para conocer los desvíos o incumplimientos de las reglas, con pautas para reaccionar ante ese conocimiento, con mecanismos para realizar controles respecto de sus propios empleados y de los distintos actores con los que interviene—, lo cierto es que las acciones que debieran realizarse para garantizar la operatividad del programa de integridad también están enunciadas en la ley como componentes autónomos e incluso también en el inciso que establece la obligatoriedad de que las empresas cuenten con un código de ética —que también hace referencia a procedimientos— (26). Por lo tanto, podríamos volver a concluir en que resultaría factible explicar el cumplimiento de este elemento a través del desarrollo adecuado de otros componentes.

En cualquier caso, esto es, si las empresas decidieran dar cumplimiento a este mandato a través del desarrollo de un elemento autónomo de su programa o de manera conjunta con otros, deberán contemplar al menos las cuestiones que se enunciarán a continuación.

IV. Primer paso: identificar las oportunidades y los riesgos asociados

No es posible el diseño de un programa de integridad a medida —atendiendo la dimensión de la empresa, su capacidad económica y la actividad que desarrolla— si primero no se realiza un análisis de los riesgos a los que está expuesta la organización.

El objetivo principal de la evaluación de riesgos es entender mejor la exposición a riesgos, de manera que se puedan tomar decisiones más informadas en cuanto a su gestión. Como fue explicado en otro capítulo de esta publicación, este proceso implica, en primer lugar, la identificación de los riesgos (27), para luego analizar-

(23) En ese tipo de empresas, se suele establecer una política anticorrupción estándar a nivel mundial, la que, de acuerdo a los requerimientos de la ley argentina, deberá ser adecuada a las especificidades que puedan plantearse dentro del territorio nacional.

(24) Sobre estas cuestiones se volverá en el apartado V de este trabajo.

(25) Cfr. UNDOC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, 2013, p. 41 y ss. (*https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf*) (16/4/18)

(26) Además de que este objetivo también se ve reforzado con lo dispuesto en el inc. b del art. 9º, cuando refiere a la implementación de un "*sistema de control y supervisión adecuado*".

(27) Para lo cual, debiera reflexionarse, por ejemplo, acerca de ¿cómo se cometerían actos de corrupción en nuestra empresa? ¿en qué parte de nuestro proceso comercial hay exposición al riesgo de corrupción, qué tipo de transacciones y arreglos con empleados del gobierno

los y clasificarlos considerando su probabilidad de ocurrencia como su impacto potencial en caso de que se materialice, de manera conjunta con los controles existentes y las actividades de mitigación que puedan diseñarse, a los fines de determinar los cursos de acción (28).

Pues bien, parte del trabajo de identificación general de estos riegos ya fue hecho por el legislador, ya que al menos en la propia ley contempla dos tipos, o mejor dicho, dos etapas de interacción "riesgosa" entre lo público y lo privado, respecto de las cuales deben contemplarse reglas y procedimientos específicos que determinen cómo deben manejarse las personas jurídicas, a saber: en el marco de los procesos de contratación (29) y en la ejecución de esos contratos.

Si bien esos dos son los momentos más críticos y permeables a hechos corrupción, el legislador, consciente de que con esas grandes líneas no se cubre todo el universo de hipótesis de casos, traslada la responsabilidad a cada empresa al incluir también la obligación de que se contemple dentro del programa "cualquier otra interacción con el sector público".

Estas otras interacciones comprenden no sólo la letra chica de esas grandes etapas sino también, por un lado, situaciones cotidianas por las que generalmente las empresas deben transitar, como ser, cuestiones de habilitación, inspecciones de distinta índole —de los Ministerios de trabajo (nacional y provincial), de AFIP, de seguridad e higiene, etc.—, controles rutinarios —como un control aleatorio que puede producirse sobre la mercadería que se procura trasladar o sobre los choferes por ejemplo, por parte de la CNRT o por alguna autoridad policial—; y por el otro, cuestiones que surgen de la especificidad de la actividad que llevan adelante, de las regulaciones particulares sobre esa área, así como de los órganos estatales de control que pueden llegar a intervenir respecto de esa materia (30). Es por eso que entendemos que fue adecuada la decisión de no establecer taxativamente los contextos y oportunidades en las que se puede producir una interacción entre lo público y lo privado.

Más allá de ello, y como acabamos de indicar, los procesos críticos que necesariamente deben contemplarse son aquellos relativos a la contratación de un oferente y a la ejecución del contrato celebrado. Son los procesos más riesgosos ya que en esas instancias es cuando el Estado, a través de sus funcionarios, determinará quién va a recibir dinero estatal, cuánto, cuándo y para qué.

A su vez, cuando hablamos del proceso de contratación debemos tener en cuenta las principales tipologías de conductas irregulares en las que los funcionarios suelen incurrir para procurar beneficiarse y/o beneficiar a un tercero, entre las que podríamos mencionar los casos de: la selección deliberada del tipo de proceso de contratación, la urgencia que no es, la urgencia que se provoca, la errónea invoca-

(y terceros que interactúan con funcionarios en nombre de la organización o en su calidad de subcontratistas) podrían generar este riesgo y cuáles de los lugares donde hacemos negocios presentan más riesgo de corrupción que otros? De cada riesgo identificado deberá, a su vez, analizarse cuales son todos sus determinantes.

(28) Entendemos que el enfoque basado en los riesgos debe ser el principio subyacente en cada elemento del programa, a pesar de que a veces los riesgos suelen ser percibidos como negativos. No obstante, ninguna empresa es inmune a los riesgos de corrupción, por lo que "*los riesgos únicamente son negativos si permanecen ignorados y ocasionan consecuencias imprevistas. Tomar la iniciativa con respecto al riesgo requiere su identificación, evaluación y mitigación con políticas y procedimientos personalizados*", cfr. UNDOC, *Programa anticorrupción de ética...*, cit., p. 10 y ss. Entre otras herramientas, cfr. UNODC y Banco Mundial, Ética anticorrupción y programa..., cit. Departamento Administrativo de la Función Pública, *Guía para la gestión del riesgo de corrupción*, Colombia, 2015, *http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/guia-gestion-riesgo-anticorrupcion.pdf* (16/4/18).

(29) Si bien la norma refiriere al "ámbito de concursos y procesos licitatorios", debe entenderse esa directiva en sentido amplio, de forma tal que comprenda todos los esquemas de compras y contrataciones estatales. Cualquier otro entendimiento de la norma no sólo sería contradictorio con su objetivo, sino que dejaría desprotegida a la organización.

(30) A modo de ejemplo, podría mencionarse las empresas abocadas específicamente a la importación y exportación de productos, las que trabajan en temas de seguros, las entidades financieras, las empresa petroleras, entre otras. Sobre las particularidades que deben considerarse para la implementación de un programa de *compliance* en estos rubros, ver artículos específicos de esta publicación.

ción de la excepción de especialidad, desdoblamiento fraudulento, direccionamiento o en su defecto especificaciones técnicas insuficientes (extremadamente vagos e imprecisas) —lo que puede darse durante el proceso de identificación y diseño del proyecto, en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones y/o en el proceso de preadjudicación y de evaluación las ofertas— (31), colusión o acuerdos de empresas permitidos o favorecidos (32).

Asimismo, al referirnos al proceso de ejecución de dichos contratos, las tipologías de conductas irregulares más usuales consisten en la alteración posterior a la adjudicación de los términos de referencia o condiciones del contrato establecidas en el pliego, la tercerización de los servicios o productos (33), las certificaciones de avances de obra irregulares, el pago de precios superiores a los acordados, la recepción de trabajos que no se adecuan a las especificaciones técnicas (usualmente de menor calidad y, por ende, de precio inferior al abonado), el pago por servicios no prestados o prestados en menores cantidades a las acordadas, la falta de control sobre la ejecución y la no aplicación de sanciones en caso de incumplimientos contractuales (34).

Es fundamental conocer y comprender la forma en que los funcionarios pueden incurrir en situaciones irregulares ya que, generalmente, esas conductas se realizan para beneficio de un tercero (35) y a instancias de algún "incentivo" que éste les ofreció. A su vez, deben identificarse los momentos en los cuales esas situaciones pueden darse —esto es, determinar cuando los funcionarios son más permeables a recibir esos incentivos y las empresas a ofrecerlos—, para establecer también pautas claras respecto a la oportunidad en que determinadas conductas pueden o no ser realizadas (36).

Desde otro punto de vista, también es importante que para el diseño del programa de integridad se tenga especialmente en cuenta el alcance de esta norma, tanto en el ámbito administrativo como en el penal. Si bien es cierto que en el art. 24 se establece como condición la implementación de un programa de integridad para las contrataciones que realice el Estado Nacional (37), también lo es el hecho de que las consecuencias penales que pueden producirse a raíz de la interacción entre lo público y lo privado puede darse en el ámbito de cualquier jurisdicción. Ello es así en atención a lo previsto en el párr. 3º del art. 77 del Cód. Penal, mediante el cual se define el concepto de funcionario y empleado público.

La doctrina y jurisprudencia, haciendo una interpretación armónica de la Ley de Ética Pública y de los lineamientos que surgen de las convenciones internacionales (38) ha entendido que: "Todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estados", son *funcio-*

(31) La tipología que se enuncia a continuación surge del libro de Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones...*, cit., p. 106 y ss.

(32) Si bien en estos supuestos no es un funcionario el que incurre en un acuerdo empresarial, éste es quien permite por acción o por omisión que éstos tengan lugar y sean avalados por la decisión administrativa posterior.

(33) Sobre este punto cfr. Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones...*, cit., p. 123 y ss.

(34) Cf. OCDE, *Principles for Integrity in Public Procurement*, de 2009, *https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf* (16/4/18).

(35) O, claro está, para beneficio del propio funcionario que se auto contrata o contrata a un socio o allegado con el cual comparte las ganancias.

(36) A modo de ejemplo, almorzar con un funcionario en principio parece una conducta inocua. No obstante, si ese almuerzo es llevado a cabo durante el proceso de evaluación de ofertas y quien lo invita es una de las empresas que participan del proceso, entonces, se trataría de una conducta de las que si bien no constituye delito sí debería evitarse. Sobre estas cuestiones se volverá con mayor detalle en el apartado siguiente.

(37) Sin perjuicio de la invitación que se le formula, en el art. 28, a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adecuar sus legislaciones a los lineamientos de la presente ley; por lo que sería razonable pensar en que un tiempo las normas provinciales contaran con una exigencia similar. No obstante, contar con un programa de integridad, aun cuando no resulta obligatorio, sí es la herramienta más eficaz para blindar a la empresa y a sus integrantes en esos otros procesos de contratación.

(38) Cfr. art. 1º de la ley 25.188, art. 1º de la CICC, art. 2º, CNUCC y ver también Honisch, Paula y Garrido, Manuel, "Comentario sobre los delitos contra la administración pública", publicado en *NDP 2006/B*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 611/629.

narios públicos; concluyendo, además, que a los efectos del derecho penal, los conceptos de funcionario y empleado público han de equiparse; que lo relevante para adquirir esas categorías es que el agente participe en el ejercicio de la función pública ..." (39).

Por lo tanto, al diseñar las reglas y procedimientos para la prevención de ilícitos deben considerarse la interacción que puede darse en el ámbito nacional, pero también en el provincial y municipal.

V. Algunas reglas y procedimientos específicos que comprende este elemento del programa

Pues bien, identificadas las situaciones de interacción más problemáticas y con posterioridad a la confección de la matriz de riesgo y la definición de las acciones de mitigación, debe avanzarse en el diseño de las reglas y de los procedimientos específicos que conformarán este elemento del programa.

Como ya dijimos, dentro de este elemento deben quedar comprendidas y reguladas las situaciones conflictivas (o situaciones *border* o grises por llamarlas de alguna manera) que pueden presentarse —como aquellas prácticas comerciales que son ilícitas pero que son percibidas como normales e incluso requeridas (*v.gr.*, los pagos de facilitación); las prácticas comerciales que son legales pero que implican el riesgo de ser utilizadas para encubrir un hecho de corrupción (*v.gr.*, mala utilización de las contribuciones políticas, regalos u hospitalidad como sobornos para un funcionario público nacional, pero también las contribuciones filantrópicas y patrocinios); y aquellas prácticas comerciales basadas en decisiones sesgadas (conflictos de intereses) (40)—. Ello debe hacerse de forma tal que entre este elemento y las políticas y valores plasmados en el código de conducta quede plasmado el compromiso de tolerancia cero a la corrupción.

Así, entre otras situaciones que deben estar reguladas, podemos mencionar los *pagos de facilitación,* que son pagos pequeños, no oficiales e impropios que se hacen a un funcionario de bajo nivel para obtener o agilizar el desempeño de una acción de rutina o necesaria a la cual tiene derecho el que realiza el pago de facilitación (41).

Esta práctica está tan arraigada en nuestra sociedad que muchas personas y organizaciones han dejado de percibirla como una práctica poco ética e ilegal (42) y de hecho la consideran como una práctica necesaria en la gestión empresarial (43).

(39) Cfr. Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones...*, cit., p. 37 y ss.

(40) Cfr. UNDOC, *Programa anticorrupción de ética* ..., cit.; Ver también, entre otros, OCDE, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, Adopted 18 February 2010, Anexo II, *https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf* (16/4/18), G 20, *Anti corruption toolkit for small and medium sized companies*, Turquía, 2015, *http://g20.org.tr/wp-content/uploads/2015/12/Anti-corruptionToolkit-for-SMEs.pdf* (16/4/18).

(41) Cfr. Definición de la Cámara de Comercio Internacional, "*Rules on Combating Corruption*", 2011, art. 6º (*https://iccwbo.org/publication/icc-rules-on-combating-corruption/*) (16/4/18); ver también APEC, *Código de conducta anticorrupción de para empresas*, art. 3.c. (*http://www.apec.org/Groups/SOM-Steering-Committee-on-Economic-and-Technical-Cooperation/Task-Groups/~/media/Files/Groups/ACT/07_act_codebrochure.ashx)* (16/4/18); Principios PACI para contrarrestar el soborno, art. 4.4. (*https://members.weforum.org/pdf/paci/principles_short.pdf*) (16/4/18) y ver también las referencias a pagos de facilitación que se encuentran en la Convención de lucha contra el soborno de la OCDE en el Comentario 9 a la Convención y en la Sección VI de la Recomendación de 2009 para combatir aún más el soborno de funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales.

(42) En este sentido parece oportuno recordar que además de los delitos previstos en los arts. 256, 256 bis y 258 mencionados por la ley 27.401, en el Cód. Penal también se castiga con pena de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, al funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo y con pena de un mes a un año al que presentare u ofreciere la dádiva (art. 259 del Cód. Penal, denominado como dádiva simple).

(43) En general esta percepción la tienen muchas PYMES, que tienen la impresión de que no es posible mantener una operación comercial sin esos pagos y que no están en condiciones de absorber las consecuencias negativas derivadas del rechazo a una incitación al soborno o una extorsión, como, por ejemplo, las demoras en las operaciones. En esos casos, las empresas pueden verse tentadas de pagar montos pequeños para evitar pérdidas desproporcionadas, en especial porque consideran que tienen posibilidades limitadas de reducir

El gran desafío consiste no sólo en regular de manera clara que se trata de una conducta que no será tolerada por la organización, sino en indicar cómo se espera que actúen los integrantes de la empresa ante estas situaciones. Y que estas respuestas se diseñen procurando desarrollar las aptitudes necesarias de los integrantes de la empresa, cualquiera sea su posición, para poder hacer frente a esas incitaciones (44). Para lo cual deberá trabajarse sobre casos concretos a los que los integrantes de la empresa se ven expuestos, dando directivas específicas a empleados, gerentes, directivos y socios acerca de cómo debieran responder ante ese tipo de solicitudes, focalizándose en que cada de uno de ellos sepa que no estará solo, pues contará con el respaldo de la empresa y que cuando resulte factible, además, la empresa usará su influencia para respaldar la prohibición de los pagos de facilitación (45).

Otro de los temas que necesariamente deben estar contemplados dentro del programa son los gastos en *regalos, hospitalidad, entretenimiento y viajes.*

A diferencia de los pagos de facilitación, que son ilegítimos, este tipo de gastos sí son legítimos y constituyen prácticas usuales en las relaciones comerciales que se suelen utilizar, por ejemplo, para desarrollar relaciones, para dar a conocer la capacidad de la empresa o para expresar agradecimiento (46).

Por lo tanto, al diseñar este elemento del programa deberá tenerse especialmente en cuenta que los riesgos de este tipo de gastos no emanan del gasto en sí mismo, sino de factores circunstanciales y de la desproporcionalidad.

Del análisis de los lineamientos que surgen de los principales instrumentos internacionales (47) se desprende que la clave es que éstos no sólo no afecten la independencia de quienes

---

las demandas y, generalmente, carecen del poder de mercado necesario para ejercer una presión política para un cambio. Cfr., TI, *Anti corruption toolkit for small and medium sized companies y* Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno, ed. para PYMES, 2008, *https://www.transparency.org/whatwedo/publication/principios_empresariales_para_contrarrestar_el_soborno_edicion_para_pequena* (16/4/18).

(44) Lo que debería comprender, claro está, también los casos de soborno y de extorsión.

(45) En este sentido, la OCDE recomienda que las empresas que tienen un poder de mercado considerable usen su influencia para respaldar la prohibición de los pagos de facilitación y sugiere, para el caso de las PYMES que procuren encontrar apoyo y asesoramiento en las cámaras de comercio locales, las asociaciones comerciales, los sindicatos o las iniciativas sectoriales para desarrollar políticas de ese tipo (cfr. UNDOC, *Programa anticorrupción de ética*..., cit., p. 43 y ss.).

(46) Es decir, dar reglaros, ofrecer hospitalidad, pagar los gastos de viaje y entretenimiento para la asistencia a una conferencia o la visita a un sitio de producción para demostrar su capacidad económica, son prácticas usuales no sólo en las relaciones de la empresa con los funcionarios públicos, sino también en el marco de las relaciones que lleva adelante con otras empresas privadas. Por eso, *aunque la ley 27.401 no lo exija, entendemos que la empresa, si quiere ser coherente con los valores que enuncia, la política respecto a regalos, hospitalidades y viajes debiera hacerse extensiva a los casos en los que éstos son otorgados a otras empresas y también para los casos en los que los integrantes de la empresa son quienes los reciben.*

(47) En distintos instrumentos se han establecido pautas sobre este punto. En las Reglas de la CCI para combatir la corrupción, se dispone en el art. 5º, referido a regalos y hospitalidad que: *Las empresas deben establecer procedimientos referentes al ofrecimiento o recibo de regalos y hospitalidad, asegurando que estos arreglos (a) cumplan la ley nacional y los instrumentos internacionales aplicables; (b) se limiten a gastos razonables y de buena fe;* (c) no afecten indebidamente, o no puedan ser percibidos como si pudieran afectar, la independencia de juicio del receptor con respecto al otorgante; (d) no sean contrarios a las disposiciones conocidas del código de conducta del receptor; *y (e) no sean ofrecidos ni recibidos frecuentemente ni en* momentos inoportunos; ver también art. 3.b del Código de conducta anticorrupción de APEC para empresas; art. 5.6.1 de los Principios empresariales para contrarrestar el soborno; principios PACI para contrarrestar el soborno, donde se establece en el art. 4.5.1 que: *La empresa debe prohibir el ofrecimiento de regalos, hospitalidad y gastos cuando estos* puedan afectar indebidamente, o puedan ser percibidos como capaces de afectar el resultado de una adquisición u otra operación comercial y no sean gastos razonables de buena fe. Y en el art. 4.5.2 que: *El programa debe* incluir controles y procedimientos, incluyendo umbrales y procedimientos de información, para asegurar que se cumplan las políticas *de la empresa relacionadas con regalos, hospitalidad y gastos*; y en los Lineamientos del Grupo del Banco Mundial para el cumplimiento de la integridad, se dispone en el art. 4.3 que se deberá: *Establecer controles y procedimientos relacionados con regalos, hospitalidad, entretenimiento, viajes u otros gastos que aseguren que sean razonables,* no afecten indebidamente el resultado de operaciones comerciales ni resulten en una ventaja inapropiada.

puedan tomar una decisión sino que incluso no sean percibidos como aptos para afectar la independencia de juicio del receptor con respecto al otorgante o para influir en el resultado de transacciones comerciales. Además, se indica que deben constituir gastos razonables, deben ser dados de buena fe, que no deben ser otorgados en momentos inoportunos (48) y no deben contradecir la normativa local.

Lo que no lleva a ver cuán clara es la normativa local y qué tipo de pautas para las empresas se desprenden de ella.

En el art. 18 de la Ley de Ética Pública, ley 25.188 y sus modificaciones, se establece que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios, donaciones, beneficios o gratificaciones (49) sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones y que, en el caso de que los obsequios sean de cortesía, de costumbre diplomática o amistad (50) la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado y en cuáles no quedarán comprendidos dentro de éste régimen.

La reglamentación de esta norma recién se hizo mediante dec. 1179/16 (51); el que dispuso que toda persona que ejerza una función pública (52) tiene vedado recibir regalos, obsequios, donaciones, beneficios o gratificaciones, de cosas, servicios o bienes, incluyendo la cesión gratuita del uso de los mismos, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones —lo que ocurre cuando los mismos no se hubieran ofrecido si el destinatario no desempeñara el cargo que ejerce (53)—.

Allí se establece que quedarán exceptuados de la prohibición, los obsequios recibidos por costumbre diplomática y los recibidos por cortesía, salvo que éstos provengan de una persona o entidad que tenga determinado vínculo con el órgano o entidad en el que se desempeña el funcionario que lo recibe, como ser: que lleve a cabo actividades reguladas o fiscalizadas por éste; que gestione o explote concesiones, autorizaciones, privilegios o franquicias otorgados por éste; sea su contratista o proveedor de obras, bienes o servicios; procure una decisión o acción o tenga intereses que pudieran verse significativamente afectados por una decisión, acción, retardo u omisión por parte de él (54).

(48) Pues, por ejemplo, invitar a un funcionario público con el que se está negociando una licitación a un viaje caro de fin de semana con todo pagado despierta, evidentemente, sospechas de estar otorgando ventajas indebidas.

(49) Estas dos últimas conductas surgen del art. 21 del dec. 164/99.

(50) El dec. 164/99 es que el que incorpora el caso de supuestos de amistad.

(51) Es decir, después de más de 15 años de sancionada la Ley de Ética Pública, lo que ocurrió en septiembre de 1999.

(52) Definida en los términos del art. 1º de esa ley 25.188.

(53) Esta interpretación se condice con lo que desarrolla la doctrina al analizar el tipo penal previsto en el art. 259 del Cód. Penal. Pero además de las eventuales consecuencias penales las empresas deberán tener presente que, de acuerdo a lo establecido en el art. 10 del dec. delegado 1023/01 mediante el que se aprobó el régimen de contrataciones de la APN, será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que "a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones". Esa norma, a su vez, establece que serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica; y además que estas consecuencias (el rechazo de la oferta o la rescisión del contrato) se producirá incluso cuando estas conductas se hubiesen consumado en grado de tentativa. Para reducir ese riesgo, entonces, es fundamental que el programa de integridad contemple adecuadamente las prohibiciones que pesan sobre los funcionarios.

(54) Indicándose que si los bienes o servicios recibidos superasen la suma total de pesos equivalente al valor de cuatro módulos, conforme lo previsto en el art. 28 del Reglamento del Régimen de Contrataciones, aprobado

Por otro lado, si bien se permite que los funcionarios públicos puedan aceptar el pago, por parte de terceros, de gastos de viajes y/o estadías, se circunscribe el alcance de la permisión a que éstos tengan como finalidad el dictado de conferencias, cursos o actividades académicas o culturales, o la participación en ellas, siempre que el financiamiento proceda de gobiernos, entidades o personas humanas o jurídicas que no puedan ser incluidas en los casos antes mencionados, ni la actividad resulte incompatible con las funciones del cargo o se encuentre prohibido por normas especiales.

Como puede observarse, si bien la norma local adopta una definición bastante amplia respecto de aquello que se considerarán obsequios de cortesía (55), lo que podría dificultar el diseño de pautas para las empresas, esa amplitud termina limitándose. El principal objetivo del Decreto es garantizar que la independencia del funcionario o del órgano no se vea (ni potencialmente) comprometida, por lo que se determina el universo de "vínculos" que impiden que éstos puedan recibir ningún tipo de beneficio proveniente de los particulares o empresas con las que se relaciona. Asimismo, establece pautas respecto de la razonabilidad del monto y de la oportunidad: siempre que exista algún interés del tercero respecto del funcionario que recibe, ya sea que se procure que el funcionario haga o deje de hacer algo, que exista algún tipo de relación comercial con el funcionario o ya sea que se intente que ésta exista no podrán recibirse esos beneficios (56).

En otras palabras, el Estado argentino posee una regulación amplia y estricta respecto a las prohibiciones que pesan sobre sus agentes para recibir regalos, viajes y beneficios de los privados. Estas definiciones facilitarán que dentro del programa de *integridad* se establezcan pautas de actuación que sean la contracara de esas prohibiciones (57), resultando oportuno aclarar, como regla general, que esos gastos no deben ser usados para obtener ventajas indebidas o como subterfugio para transacciones ilegales; sea que los otorguen directamente los miembros de la empresa o cualquier tercero en su nombre.

Es conveniente, además, que la empresa también cuente con una política para la recepción de este tipo de beneficios por parte de sus integrantes. Si bien al establecer estas pautas podría alejarse de los lineamientos del dec. 1179/16, es importante que exista cierta coherencia.

A su vez, para garantizar la operatividad de la regulación, todo esto debe ir acompañado de una actitud abierta sobre a su política, ya que la comunicación y publicidad es una manera de asegurarse de que la empresa estará protegida contra cualquier malentendido y una herramienta que ayudará a sus empleados a manejar adecuadamente las situaciones en las que les ofrezcan regalos o las que deban o crean que tienen que hacerlo.

Por otra parte, también debieran contemplarse los criterios para realizar *contribuciones políticas, donaciones de beneficencia y patrocinios.*

Realizar contribuciones políticas a un partido o para apoyar una campaña electoral no sólo no es una actividad ilegal, sino que hasta po-

por el dec. 1030/16 —que actualmente, sería el equivalente a $ 4000—, éstos deberán ser además incorporados al patrimonio del Estado nacional y que, cuando no sea posible la determinación del valor, se entenderá que el obsequio supera el valor aquí establecido (art. 3º).

(55) Pues se considerarán como tales los regalos, obsequios, donaciones, beneficios o gratificaciones que puedan considerarse demostraciones o actos con que se manifiesta la atención, respeto o afecto que tiene alguien hacia otra persona con motivo de acontecimientos en los que resulta usual efectuarlos (art. 2.b).

(56) Quedando así comprendido etapas en las que la administración está diseñando las especificaciones o pidiendo referencia de precios.

(57) Es decir, deberán establecerse pautas que permitan evaluar si un gasto se considera razonable y genuino o es un intento inadecuado de influir en la contraparte de la empresa para determinar si es apropiado dar o recibir gastos en regalos, hospitalidad, viaje y entretenimiento. Además, también resultará conveniente que le brinden a los empleados orientación para evaluar si los gastos son razonables y auténticos, incluyendo por ejemplo procedimientos de aprobación (v.gr., aprobaciones múltiples para los beneficios que involucren a funcionarios públicos), responsabilidades definidas (v.gr., a quién se tiene que informar) y requisitos de documentación (v.gr., qué se tiene que registrar) (cfr., UNDOC, *Programa anticorrupción*..., cit., p. 46 y ss.). No obstante, los criterios de evaluación para los casos de los funcionarios deberán adecuarse a las pautas del dec. 1179/16.

dría ser considerada como una actividad saludable de respaldo a los procesos democráticos, aunque claramente, sí se trata de una actividad riesgosa pues las contribuciones pueden ser utilizadas indebidamente para influir en procesos y decisiones políticas para obtener ventajas indebidas.

A diferencia de los regalos y hospitalidades, las pautas que surgen de los instrumentos internacionales están más orientados a decir qué es lo que las empresas no deben hacer que a facilitarles la toma de decisiones para poder realizar legítimamente contribuciones políticas (58).

Para reducir esos riesgos, entonces, las empresas deben establecer una política clara respecto a qué tipos de contribuciones políticas (financieras o en especie) están permitidas y bajo qué circunstancias y qué fines políticos o sociales la empresa quiere respaldar, prohibiendo en cualquier caso la entrega de contribuciones de manera directa a una persona.

A su vez, es importante que la política y las decisiones concretas que luego se tomen en base a ella sean decisiones adoptadas abiertamente y bien documentadas, por ejemplo, en las actas de directorio y/o en los libros contables y que en todo momento se contemplen criterios de oportunidad.

Al avanzar en este proceso, a su vez, deberán considerarse necesariamente las reglas establecidas en la ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos, donde expresamente se prevé la posibilidad de que los partidos políticos reciban financiamiento privado, regulándose los montos máximos y los casos en los que esas contribuciones estarán prohibidas (59).

A los fines de incorporar esas directrices dentro del programa de *integridad*, es necesario que las decisiones estratégicas de las empresa en materia de contribuciones políticas estén respaldadas con procedimientos que identifiquen los riesgos específicos asociados a su implementación y que se apliquen opciones de mitigación para disminuir la probabilidad de que las contribuciones políticas sean utilizadas indebidamente, lo que implica, entre otras cosas, que las empresas adopten medidas orientadas a garantizar que la contribución política se haga en el momento adecuado (v.gr., no durante un proceso en el que se esté tomando una gran decisión política); que se establezcan umbrales

(58) Así, por ejemplo, en el Código de conducta anticorrupción de APEC para empresas, art. 3º.D, se establece que: *La empresa, sus empleados o intermediarios deben abstenerse de efectuar contribuciones a partidos políticos, candidatos y organizaciones políticas y personas dedicadas a la política como subterfugio para encubrir sobornos. Toda contribución política debe ser transparente y efectuada de conformidad con la ley aplicable. El programa debe incluir controles y procedimientos que impidan que se efectúen contribuciones políticas indebidas*; en los Principios empresariales para contrarrestar el soborno, art. 5.3.1, se dispone que: *La empresa, sus empleados, agentes, cabilderos u otros intermediarios deben abstenerse de efectuar aportes directos o indirectos a partidos u organizaciones políticas o a personas dedicadas a la política como un camino para obtener ventajas en transacciones comerciales*; en las Reglas de la CCI para combatir la corrupción, art. 4º se establece que: *a) Las empresas deben efectuar contribuciones a partidos políticos, funcionarios de partidos y candidatos solamente de conformidad con la ley aplicable y los requisitos de revelación pública. El monto y oportunidad de las contribuciones políticas deben ser revisados para asegurar que no sean utilizadas como subterfugio para encubrir actos corruptos y c) Las empresas deben establecer controles y procedimientos razonables para asegurar que no se efectúen contribuciones indebidas de carácter político o de beneficencia. Se debe prestar especial atención al revisar las contribuciones efectuadas a organizaciones en las cuales estén involucradas figuras políticas prominentes o sus parientes, amigos y socios comerciales*; en los Principios PACI para contrarrestar el soborno, se dispone que: art. 4.2.1. *La empresa, sus empleados o intermediarios no deben efectuar contribuciones directas ni indirectas a partidos, funcionarios de partidos ni candidatos políticos, ni a organizaciones o individuos dedicados a la política, como subterfugio para encubrir sobornos*. 4.2.2 *Todas las contribuciones políticas deben ser transparentes y efectuadas de conformidad con la ley aplicable*. 4.2.3 *El programa debe incluir controles y procedimientos para asegurar que no se efectúen contribuciones políticas indebidas*.

(59) Así, en el art. 15 se establece que los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente contribuciones o donaciones: *a) anónimas...; c) de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, las provincias, los municipios o la Ciudad de Buenos Aires; d) de personas físicas o jurídicas que exploten juegos de azar; f) de personas físicas o jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país; g) de personas que hubieran sido obligadas a efectuar la contribución por sus superiores jerárquicos o empleadores; h) de asociaciones sindicales, patronales y profesionales...*

para las contribuciones políticas conforme la normativa vigente en Argentina; que se evalué a los empleados y socios comerciales con respecto a su relación con los partidos políticos, funcionarios, candidatos, personas expuestas políticamente (lo que también será un insumo para identificar situaciones de conflictos de intereses); que se diseñen procedimientos de aprobación; se las examine periódicamente y se divulgue las contribuciones políticas para permitir el escrutinio público (60).

Por su parte, las *donaciones de beneficencia o filantrópicas y los patrocinios* responden a una lógica similar. Ambas pueden ser parte de los esfuerzos legítimos de las empresas por participar como ciudadanos socialmente responsables y por promover su identidad, marcas y productos, pero tienen el riesgo de que pueden ser usados para generar una ventaja indebida o como subterfugio para un acto de corrupción (61).

Las contribuciones filantrópicas incluyen cualquier objeto de valor que sea donado por las empresas para apoyar causas o actividades filantrópicas en el área deportiva, del arte, la cultura, la educación y la ciencia. Al igual que el patrocinio, éstos pueden ser efectuados en efectivo o en especie, incluyendo bienes o servicios.

El patrocinio, a su vez, se refiere a los pagos que realiza la empresa, en efectivo o en especie, para poder vincular su nombre a un evento popular, por ejemplo, a una actividad deportiva o relacionarse con una persona conocida, como un cantante. El beneficio para la empresa radica en la asociación de su nombre con lo conocido y famoso, aunque el patrocinio debería ofrecer beneficios reales y ponderables para la empresa, como más publicidad y una mayor solidez de la marca.

En ese contexto, las empresas deben proceder de la misma manera que para la definición de la política empresarial respecto a las contribuciones políticas, por lo que debe definirse, previamente al otorgamiento de estos beneficios, una política clara que defina cuándo, para qué, de qué manera, con qué alcance y bajo qué criterios de oportunidad podrán otorgarse y ello deberá estar acompañado con la determinación de la forma en que se controlará (62).

Otro tema respecto del cual también podría resultar conveniente establecer regulaciones, por más obvio que pudiera parecer, es sobre *pautas mínimas para la celebración de contratos*.

De esas pautas debieran derivarse, al menos, que deberá atribuirse una justificación comercial clara a todos los términos de pago de los acuerdos que la empresa celebre y que los montos involucrados deberán corresponder a un valor explicable —en especial cuando se trate de pago en concepto de comisiones— (63);

(60) Cfr. UNDOC, *Programa anticorrupción*..., cit., p. 47 y ss. y TI, *Principios empresariales para contrarrestar el soborno*..., cit., ps. 9 y 23 y ss.

(61) Pues esos gastos podrían crear una expectativa o aceptación de una ventaja comercial a cambio o de que será usada como un medio para transferir beneficios a la contraparte corrupta, cfr. UNDOC, *Programa anticorrupción*..., cit., p. 49 y ss.

(62) Así, entre otras cosas, deberá establecerse pautas de actuación, por ejemplo, orientadas a garantizar la autenticidad de la entidad benéfica y que no exista un conflicto de interés con ella (para lo cual, entre otras cosas, deberá analizarse quiénes son sus dirigentes y empleados, pues si alguno estuviera vinculado con miembros de la empresa con quien tuvieran una relación comercial en esos momentos, sería más sensato no realizar la donación), a determinar lo que la empresa espera (para lo cual, debiera sugerirse que se celebre un contrato que deje claro lo que la empresa está pagando y lo que espera recibir a cambio: dónde y cuándo se incluirá el nombre de la empresa, por cuánto tiempo y/o cuántas veces, por ejemplo); cómo se materializarán los pagos (que se dé el dinero a la organización y no a una persona ni a cuentas privadas, que se registre el pago dentro de la empresa, etc.), estableciendo que el dinero que se pague a una entidad benéfica no dependa de un acuerdo comercial ni se realice con el fin de conseguir un contrato o hacer un negocio o de influir en la toma de decisiones (lo que tiene que ver con la oportunidad); y se diseñe algún mecanismo de control, como segundos controles para cualquier pago realizado, la divulgación de las contribuciones filantrópicas y los patrocinios para permitir el escrutinio público, etc.

(63) Ya sea que se trate de adquisiciones de bienes —los que deberán hacerse a precio de mercado— o de servicios —entre los que quedarán comprendidos la contratación de servicios profesionales—. Si bien es cierto que los honorarios que se pagan por servicios profesionales pueden variar sustancialmente entre unos y otros, para evitar que mediante esos pagos salga de la

ya que en la medida que cada integrante de la compañía comprenda esta premisa, habrá menores posibilidades de que se celebren contratos ambiguos.

A su vez, ellas también podrían disponer, como política empresarial, la inclusión dentro de los términos de los contratos que la empresa celebre que se procederá a su rescisión inmediata si la otra parte ofrece, paga o acepta sobornos o algún tipo de beneficio en relación con la empresa.

De igual forma, de ellas debiera desprenderse la obligación de registrar adecuadamente los contratos, su objeto así como el efectivo cumplimiento de los servicios que esos terceros le brinden a la organización, así como los pagos realizados —los que, a su vez, deberán realizarse de conformidad con lo que establezcan las leyes tributarias pertinentes, en el lugar donde se recibió la prestación (no en paraísos fiscales), mediante cheque o por transferencia bancaria, y no en efectivo— (64).

Por otra parte, otro de los temas que necesariamente deben quedar comprendidos dentro de este elemento, pues uno de los temas centrales, son los *conflictos de interés.*

Hay consenso en cuanto a que existe un conflicto de intereses cuando una persona posee intereses profesionales, personales o privados que se desvían de los intereses que se espera que esa persona tenga cuando realiza la tarea encomendada, ya sea que se trate de intereses propios, de su grupo familiar o de terceros relacionados, o que se trate de situaciones de conflicto real o potencial (65).

De la misma definición surge que pueden encontrarse en situaciones de conflicto de interés tanto los funcionarios públicos (66) como cualquier otra persona, con independencia de que exista interacción con el Estado. Aunque, claro está, como se explicará a continuación, cuando éstos conflictos sí involucren a funcionarios públicos deberán extremarse los recaudos (67).

Que exista un conflicto de interés no es una situación negativas *per se*, pero sí que da lugar a que las decisiones o acciones que realice la

---

compañía fondos con finalidades poco transparentes, será fundamental establecer con claridad la prestación que se espera y documentar el cumplimiento de la misma.

(64) Estas pautas, además, podrán resultar de utilidad para reducir los riesgos vinculados con las previsiones del art. 300 bis del Cód. Penal.

(65) Cfr. Reglas de la CCI para combatir la corrupción, art. 7º donde se establece que *los conflictos de interés pueden surgir cuando los intereses privados de una persona o de sus parientes cercanos, amigos o contactos comerciales divergen de aquellos de la empresa u organización a la cual pertenece la persona. Estas situaciones deben ser reveladas y, cuando sea posible, evitadas porque pueden afectar el buen juicio de un individuo en el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades. Las empresas deben monitorear de cerca y regular los conflictos de interés, reales o potenciales, o los que parezcan posibles, de sus directores, funcionarios, empleados y agentes y no debe aprovecharse de los conflictos de interés de otros. Si su actividad contemplada o el empleo se relaciona directamente con las funciones realizadas o supervisadas durante el ejercicio de su cargo, no se debe emplear ni vincular exfuncionarios públicos en ninguna capacidad antes de que transcurra un tiempo razonable desde que dejara su cargo. Cuando corresponda, se deben observar las restricciones impuestas por la legislación nacional*; ver también Principios empresariales para contrarrestar el soborno, art. 5.1, Programa anticorrupción de ética y cumplimiento..., p. 52 y ss.

(66) Respecto de las situaciones de conflicto de interés en las que pueden incurrir los funcionarios públicos y cómo deben actuar en esos casos, debe considerarse, no sólo las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino al aprobar la CICC y la CNUCC (CICC, art. III.1. CNUCC, arts. 7.4., 8º, inc. 5º y 12, inc. 2º.b y e), sino también las previsiones contenida en el dec. 41/99 que aprobó el Código de Ética de la Función Pública y en la ley de Ética Pública 25.188, que establece el régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses en la función Pública en el Capítulo V —siendo la autoridad de aplicación la OA de acuerdo al dec. 164/99 y a la res. 17/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del 7 de enero de 2000—. En el art. 15 de la 25.188, se establece que para el caso de que al momento de su designación el funcionario se encontrare alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el art. 13, deberá: *a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo. b) Abstenerse de tomar intervención,* durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años o tenga participación societaria; habiendo interpretado la OA que los funcionarios deben abstenerse de tomar intervención en los asuntos que revisten interés directo y sustancial para su propia persona y para las personas que se encontraren especialmente vinculadas con aquellos.

(67) En este sentido, tener presente lo dicho en la nota 53.

persona que se encuentra en esa situación puedan ser fácilmente malinterpretadas, arrojando dudas sobre su objetividad e imparcialidad (68).

Por ello, es necesario que las empresas cuenten con una política y procedimientos que les permita por un lado, conocer las situaciones de conflicto de interés que se puedan presentar y, por el otro, estar en condiciones de abordarlos adecuadamente, documentando las acciones realizadas.

Toda vez que no es posible determinar taxativamente el universo de situaciones que puede generar un conflicto de interés, es conveniente que dentro del programa se incorpore como regla la obligación de notificar cualquier situación real o potencial de conflicto de interés y de excusarse de intervenir en estos casos. Para garantizar que los integrantes de la empresa comprendan adecuadamente el alcance de la obligación es conveniente que se explique la regla apelando a ejemplos de las situaciones más comunes que pueden presentarse (69).

Aunque para que esa regla sea efectiva es necesario que la empresa cuente con un procedimiento que le permita conocer de manera oportuna las situaciones de conflicto de interés (70) y que, a su vez, garantice el cumplimiento adecuado del dec. 202/17 (71).

Esta última norma procura asegurarse que las empresas hagan un *disclosure* de las relaciones que tienen con los funcionarios públicos que conforman la administración pública nacional, de forma tal que quienes toman decisiones tengan suficientes información sobre los integrantes de la compañía con las que están interactuando. Para ello establece que aquellos que se presenten en un procedimiento de contratación pública o para el otorgamiento de algún tipo de derecho llevado adelante por la APN (72), tienen la obligación de presentar una "Declaración Jurada de Intereses" (73) en la que deberán declarar si tiene vinculación con las

(68) Es importante resaltar que ese interés no debe generarle a ésta algún tipo de perjuicio a la organización ni estar necesariamente contrapuesto a los intereses de ésta, ya que lo que se procura evitar es el riesgo de parcialidad, permitiendo una intervención preventiva, cfr. Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones*..., cit., p. 148 y ss.

(69) Como mínimo, siguiendo las pautas del dec. 202/17, debería quedar claro que podría presentarse una situación de conflicto de interés cuando una persona deba intervenir en alguna situación en la que tenga parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad o tenga amistad —ya que en esos casos se podría favorecer la contratación de familiares o conocidos cercanos por encima de otras personas más cualificadas—, pudiéndose generar situaciones de nepotismo y/o consecuencias negativas para la organización (en este sentido, como pauta de referencia podrían considerase también las previsiones del dec. 93/18), cuanto tenga o hubiere tenido algún vínculo comercial, hubiere recibido beneficios, tenga un pleito pendiente, sea deudor o acreedor. Aunque también debiera establecerse pautas respecto a la contratación de funcionarios públicos, pues incluso cuando las empresas pueden beneficiarse legítimamente de la experiencia y el conocimiento de éstos (sean actuales o ex), esa contratación debe ser supervisada estrechamente, ya que la obtención real o la percepción de haber obtenido una ventaja indebida usando información privilegiada o el la influencia de éste podría derivar en diversas consecuencias negativas para la organización.

(70) Este procedimiento deberá establecer la oportunidad, la manera y el canal a través del cual los empleados o directivos de una empresa informarán una situación de conflicto de interés, pero además debiera comprender medidas proactivas para identificar estas situaciones, aplicable no solo a los miembros de la empresa (en especial, a quienes integren las áreas de contratación, ventas o producción) sino también a proveedores y socios comerciales relevantes. Cfr. UNDOC, *Programa anticorrupción*..., cit., p. 54 y ss.

(71) Respecto de este dec. reglamentario de la ley de ética pública podría decirse que tiene una lógica similar a la ley 27.401, al menos, en el sentido de que traslada gran parte de la responsabilidad de evitar situaciones que afectan a la administración pública hacia el privado.

(72) Ya sea de licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado y que sea llevado a cabo por cualquiera de los organismos y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el art. 8º de la ley 24.156 (cfr. art. 1º).

(73) La que deberá presentarse al momento de inscribirse como proveedor o contratista del Estado Nacional o dentro los 90 días hábiles de entrada en vigencia del decreto si ya estuvieren inscriptos, aunque se establece que en los casos en que "*no se requiera la inscripción previa en un registro determinado o que se configure el supuesto previsto en el art. 2º* (en los casos de funcionarios con cargos inferiores a ministros)*, la declaración deberá acompañarse en la primera oportunidad prevista en las reglamentaciones respectivas para que el interesado se presente ante el organismo o entidad a los fines de la contratación u otorgamiento de los actos mencionados en el art. 1º*" (art. 3º).

máximas autoridades del PEN (74) —aunque éstos no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata— y/o con funcionarios de rango inferior a ministro —siempre que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante— (75).

Aunque, al igual que en los casos anteriores, también es necesarios que estas pautas también se aplique a la relaciones que los miembros de la empresa tengan con otros particulares y que para evitar incoherencias y confusión interna, será conveniente que se mantengan lo más posible los criterios para determinar una situación de conflicto de interés así como la forma en que deberán actuar ante ellos.

VI. Algunas conclusiones

De lo dicho hasta ahora podemos concluir que mediante esta ley se procura prevenir delitos corrupción, incentivando prácticas éticas en el sector privado —promoviendo la autoresponsabilidad empresaria y fomentando su colaboración en la detección, denuncia y persecución de estos delitos—, procurando, a su vez, modificar la manera en que las empresas se relacionan con los funcionarios públicos con los que interactúan.

A su vez, podemos sostener que a través de los distintos elementos que podrían o deberían conformar un programa de integridad adecuado, las empresas además de enunciar principios generales que prohíban actos de corrupción deben regular todas aquellas situaciones particulares conflictivas que a veces no son tan claras, por tratarse de prácticas comerciales ilícitas pero que son percibidas como normales e incluso necesarias, por ser prácticas comerciales que son legales pero que implican el riesgo de ser utilizadas para encubrir un hecho de corrupción o porque llevan a que se puedan tomar decisiones comerciales sesgadas.

Hemos dicho también que la clave es que la empresa pueda indicar su tolerancia cero con la corrupción, pudiendo avanzar en ese camino, contemplando en su programa un código de conducta y reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en la interacción público-privada, como dos elementos diferentes o integrando a ambos, siempre que pudiera explicar que ese único elemento resulta lo suficientemente abarcativo.

Asimismo, he señalado que lo importante es que la empresa cuente con definiciones claras respecto de los riesgos que quieren evitarse y de cómo espera que se comporten sus miembros, ya que resulta imposible abarca el cien por ciento de la casuística. Y que al avanzar en la definición de esas políticas deben necesariamente considerarse las obligaciones que pesan sobre los funcionarios públicos con los que van a tener que interactuar, siendo además conveniente que cuando se regulen esas misma situaciones conflictivas a la hora de interactuar con otros particulares exista la mayor coherencia posible.

Por otro lado, se ha enfatizado en que no alcanzaba para satisfacer las exigencias de esta norma contar con reglas precisas, ya que eran igual de importantes los procedimientos internos que se establezcan para garantizar la operatividad y *enforcerment* del programa (76).

(74) Como Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros y autoridades de igual rango en el PEN.

(75) Cfr. art. 2º, dec. 202/17. En cualquier caso, la DDJJ de interés deberá actualizarse anualmente (art. 3º).

(76) Para lo cual es fundamental que este proceso esté liderado por la máxima dirección de la empresa, que las reglas vayan acompañadas con la posibilidad de que los empleados puedan realizar consultas y recibir orientación, así como formular denuncias y no tener consecuencias por ello; que las empresas tengan especialmente en cuenta el diseño de mecanismos para aplicar estas reglas y procedimientos a terceros contratistas de la empresa —aplicando la debida diligencia especialmente a los sub contratistas que van a tener que relacionarse con funcionarios y explicando de qué manera avanzarán con una estandarización progresiva (cfr., entre otros documentos, ICC, *Anti-corruption third party due diligence: a guide for small and medium size enterprises*, *http://icc.nl/docman-standpunten/docman-commissies/docman-commisies-anti-corruptie/87-icc-due-diligence-guide-for-smes/file)* (16/4/18)—; que exista un responsable interno de liderar la implementación del programa -pues aun cuando se trata de un elemento optativo según la ley, si no se designare a responsable interno es muy probable que no pueda demostrarse la idoneidad del programa-, y que la empresa lleve adelante el programa con justicia interna, esto es, aplicando sanciones ante

Pero también dijimos, y tal vez sea lo más importante de todo, que los programas deben ser diseñados a medida considerando los riesgos propios de la actividad que realiza la empresa, su dimensión y su capacidad económica, pues en base a estas variables podrá determinarse si el programa de integridad resulta adecuado y como tal factible de ser utilizado para la reducción o incluso exención de responsabilidad penal y administrativa de la empresa. Por lo tanto, lo relevante no es si el programa está estructurado en base a todos o a algunos de los elementos enunciados por la norma, pues lo fundamental es que mediante él pueda precisamente explicarse que la empresa se ha organizado, con reglas y procedimientos, para prevenir ilícitos en el marco de la interacción público-privado.

desvíos e incumplimientos con independencia del cargo que cumpla aquel que se alejó de esta regla.

Apuntes sobre la corrupción y la Convención Interamericana

POR **ÁNGEL BRUNO** (*)

La recientemente sancionada ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, es una herramienta más, sin dudas muy importante, para luchar contra la corrupción, y va en línea con la creciente toma de conciencia y demanda de la sociedad a escala mundial, de trabajar fuerte para eliminar, o al menos amortiguar, las consecuencias de este flagelo.

En realidad, esta demanda no es nueva. En el año 1996 más de treinta países nucleados en la Organización de los Estados Americanos (OEA) se hicieron eco de ella y suscribieron la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), que la República Argentina ratificó por medio de la ley 24.759, publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1997.

Sin embargo, la mayor toma de conciencia y la decisión de luchar contra la corrupción creando herramientas para ello, no significa que los objetivos se estén cumpliendo y que la corrupción se encuentre en retirada. Sin perjuicio de los importantes aportes que esas y otras muchas herramientas están brindando, la corrupción sigue vigente.

Y es preocupante, pues la corrupción ha sido y es actualmente uno de los problemas más importantes que sufren las sociedades, En las encuestas de opinión la corrupción ocupa casi siempre los primeros lugares cuando se interroga sobre las principales cuestiones a resolver, y los discursos de instituciones, dirigentes y personalidades, hacen permanente alusión a la necesidad de terminar con ella, como condición necesaria para avanzar en la búsqueda de caminos que conduzcan a lograr formas de vida más justas. Es que, sin lugar a dudas, la corrupción ejerce una acción deletérea sobre el tejido social, debilitando el Estado de Derecho y minando la solidez de la democracia y sus instituciones.

Así lo entendieron los países americanos al suscribir la CICC, en cuyo preámbulo expresan que "Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; Considerando que la democracia representativa...por su naturaleza exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los ac-

(*) Abogado y doctor en ciencias políticas. Es Presidente de la Comisión de Seguimiento del cumplimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción en la Argentina y Vicepresidente del Comité contra la corrupción y el lavado de activos de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). Fue Diputado de la Nación por el Partido Demócrata Cristiano y Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires por el FREPASO. Al inicio de la restauración de la democracia en el país fue Director de Juventud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. También fue Vicepresidente Primero del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en dos oportunidades, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA). Publicó cinco libros y numerosos artículos y participó en numerosos eventos internacionales en carácter de conferencista, consultor, capacitador y representante del gobierno argentino y de diversas instituciones de la sociedad civil.

tos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; Persuadidos que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones en la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;...Decididos a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas... han convenido en suscribir la Convención..." (1).

Si bien la CICC se refiere exclusivamente a los actos de corrupción cometidos por los funcionarios públicos, es preciso aclarar desde el comienzo que tales actos corruptos no son exclusivos de la dirigencia política o gubernamental. Claro que ella tiene mayores responsabilidades, porque conduce los destinos de la comunidad, pero la corrupción es un flagelo que involucra transversalmente a la sociedad toda. En mayor o menor medida, y con mayor o menor grado de culpabilidad, en todas las posiciones y estratos sociales se encuentran acciones teñidas de corrupción.

Se ha instalado, casi, como una cuestión cultural. Muchas veces se actúa sin conciencia de que lo que se está haciendo es un acto corrupto. Desde una evasión o elusión impositiva hasta pequeños sobornos en la vía pública para evitar una multa o conseguir preferencias ante un trámite en alguna dependencia pública o privada, no son vistos por el común de la gente como acciones de corrupción. Por el contrario, muchas veces se intenta justificar esas acciones como si fueran de "legítima defensa" frente a una presunta "desmedida presión impositiva", o como único camino para sortear un supuesto "laberinto de intrincadas exigencias burocráticas". En todo caso, esas acciones son vistas como faltas menores, realizadas casi obligadamente por imperio de las circunstancias.

Y no sólo se observa este comportamiento en las relaciones entre lo público y lo privado, sino que es dable advertirlo también en muchas relaciones exclusivamente entre privados, como en las de algunas oficinas de compras de empresas con los proveedores, o en las de ciertos administradores de consorcios con diversos contratistas, por ejemplo.

Por cierto, vale reiterarlo, la mayor responsabilidad proviene de quienes ejercen el gobierno de un país. Si desde el gobierno no se cumple la ley, antes bien se la transgrede, nadie se siente entonces obligado a cumplirla. Si algunos funcionarios piden o aceptan sobornos impunemente, será imposible evitar que los actores sociales actúen de la misma manera en sus relaciones con el gobierno y entre ellos también. Sobreviene así una especie de círculo vicioso, de nefastas consecuencias para el conjunto social.

La primera consecuencia de la corrupción es una mayor exclusión social. En efecto, si los recursos, siempre escasos, destinados al bien común, son desviados hacia intereses particulares, habrá menos educación, menos salud, menos trabajo, más hambre, más inseguridad general, que son los aspectos básicos de aquél bien. Y cuando se trata de corrupción entre privados, la consecuencia principal será precios más caros a soportar por los consumidores.

La otra consecuencia de enorme gravedad provocada por la corrupción es el incumplimiento generalizado de la ley. Cuando se advierte que se puede obviar el cumplimiento de una norma a partir de la dádiva, de cualquier tipo que ésta sea, para lograr propósitos que esa norma impide, el orden jurídico comienza a ser irrelevante como regla de juego de la convivencia social. Y si esta situación se extiende, de modo que la ley sólo se cumple con aquellos que no tienen capacidad económica ni influencias para transgredirla, se puede caer en la situación de anomia, vale decir, en la falta de reglas de juego aceptadas por todos y acatadas por la gran mayoría.

Esto deteriora profundamente el Estado de Derecho y la democracia. Se instaura, de hecho, el principio del "vale todo" y cada cual actúa según su propio interés, con absoluto olvido o desprecio por la cosa común. En este estado de situación prevalece siempre el poderoso, el que tiene recursos, y se ve cada vez más sumergido el que poco o nada tiene, aumentando la marginación, la extrema pobreza, la exclusión social.

(1) El texto de la Convención interamericana Contra la Corrupción (CICC) puede consultarse en la página web de la Organización de los Estados Americanos (OEA): *www.oas.org/es/temas/corrupción.asp.*

La Convención Interamericana Contra la Corrupción se ocupa de los actos más dañinos y escandalizantes de corrupción, que son los cometidos por los funcionarios públicos, los que más perjudican al conjunto de la sociedad no sólo por los perjuicios materiales que le provocan sino también por la falta de ejemplaridad que conllevan, lo que estimula su imitación en el sector privado. Y establece una serie de compromisos a cumplir por los Estados Parte que van desde la tipificación de determinadas conductas como delitos en sus respectivas legislaciones, hasta crear, mantener y fortalecer un amplio sistema de medidas preventivas, y desde morigerar el secreto bancario hasta prestarse entre sí la más amplia asistencia recíproca. Además de incorporar definiciones, propósitos, normas procesales y otras cuestiones vinculadas.

Para que los objetivos de la Convención no cayeran en saco roto, la Primera Conferencia de los Estados Parte estableció, en el año 2001, un Mecanismo de Seguimiento de la CICC (MESICIC), conformado por un Comité de Expertos integrado por representantes de los Estados Parte, que analiza cada tres años a cada país, verificando los desarrollos y avances de cada uno de ellos en la implementación de la CICC, y luego produce recomendaciones particularizadas para mejorar esa implementación (2).

Los resultados arrojados luego de cinco rondas de evaluaciones a cada país, indican que la Convención ha logrado implementarse sólo parcialmente en la mayoría de ellos (en otros ni siquiera eso), lo cual ha significado, no obstante, poner en marcha herramientas importantes para prevenir actos de corrupción. Sin embargo, ésta no ha disminuido en la medida esperada.

A modo de ejemplo y sin hacer un análisis detallado de la CICC, que escapa al objetivo de estas consideraciones, es oportuno repasar cual es el estado de implementación en la Argentina de algunas de las medidas preventivas que señala su art. III como: a) declaraciones juradas patrimoniales; b) normas de conductas orientadas a prevenir conflictos de intereses; c) sistemas para la contratación de funcionarios públicos; d) sistemas para la adquisición de bienes y servicios; e) sistemas para proteger integralmente a los denunciantes de actos de corrupción; y f) mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción (3).

a) Con relación a las declaraciones juradas patrimoniales, en la Argentina se ha desarrollado convenientemente el sistema en el ámbito de la administración pública nacional, no tanto así en los provinciales y municipales, donde prestan servicios la mayoría de los funcionarios públicos. Esto es consecuencia del sistema federal de gobierno del país, puesto que si bien la Convención es de alcance nacional y obliga a todas las jurisdicciones, la autoridad nacional, que es quien se responsabiliza ante el MESICIC por el cumplimiento de la CICC, no puede imponer un sistema único en todo el territorio del país, ni coaccionar a las Provincias a que lo hagan. En el ámbito nacional, al día de hoy todos los empleados públicos presentan anualmente su declaración jurada a la Oficina Anticorrupción (OA), que es el organismo específico para la implementación de la Convención y representa al país en el MESICIC. Los requisitos de esas declaraciones fueron variando con el tiempo pero, en general, siempre exigieron una carga de datos suficiente para cumplir con el objetivo de controlar posibles casos de enriquecimiento ilícito y de conflictos de intereses. Una característica importante del sistema es que las declaraciones juradas son públicas y pueden ser consultadas por cualquier ciudadano, lo que lo hace transparente.

Sin embargo, las declaraciones juradas patrimoniales no son confrontadas con las presentadas anteriormente por el mismo funcionario,

(2) La normativa referida al MESICIC puede consultarse en la publicación de la Oficina Anticorrupción *Convención Interamericana contra la Corrupción – Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*, 2ª ed., Buenos Aires, 2007, ps. 113 a 132.

(3) Para profundizar las consideraciones que siguen en referencia a los puntos indicados en el presente párrafo, pueden consultarse los siete Informes de la Comisión de Seguimiento del cumplimiento de la CICC, en la página web de la OEA, citada en la nota 2, y en la del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE): *www.cipce.org.ar*.

salvo en el pequeño universo de los de mayor jerarquía. Esta es una debilidad del sistema, porque si no se confrontan no hay posibilidad de advertir enriquecimientos ilícitos o conflictos de intereses por parte de la OA, y sólo tendrán valor para ilustrar la situación del declarante cuando sean solicitadas por quien se encuentre interesado en investigar su situación.

Por otra parte, vale decir que deja mucho que desear el sistema de declaraciones juradas en el Poder Judicial de la Nación, donde son prácticamente secretas y se conservan sin confrontarlas con las anteriores, para abrirse sólo en los casos en que fuesen fundadamente requeridas. Si bien el sistema mejoró a partir de diferentes iniciativas presentadas hace tiempo en el Consejo de la Magistratura, y también a partir de la última legislación, es sumamente engorroso para el ciudadano común acceder a las declaraciones de los jueces, lo que hace que el sistema sea, en este caso, bastante opaco. En el Congreso de la Nación el sistema es satisfactorio en el Senado y bastante pobre en la Cámara de Diputados.

b) Un punto particularmente preocupante en torno a las medidas preventivas señaladas en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, es la cuestión de los conflictos de intereses. Más allá de la normativa que la reglamenta, en la práctica es muy común su velada o explícita transgresión. A título de ejemplo puede citarse el caso de una funcionaria del organismo de control de una empresa pública privatizada en la década de los noventa, el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE). En ese caso, una directora del organismo fue designada por concurso siendo asesora de una de las empresas controladas. Objetada la designación, el Congreso de la Nación modificó un artículo de la Ley de Ética Pública que establecía la incompatibilidad, para resolver el tema. En la actualidad hay altos funcionarios públicos incursos en conflictos de intereses evidentes, más allá de la formulación estrictamente legal que se considere, como lo son los casos del ministro de energía de la Nación y de la vicepresidenta de la Unidad de Información Financiera. En ambos casos fueron designados sin que hubiera transcurrido un plazo de tiempo prudencial desde sus alejamientos de sus trabajos anteriores, en empresas directamente vinculadas con las funciones gubernamentales que ejercen.

c) Con relación a los sistemas para la contratación de funcionarios públicos, el marco normativo que regula el empleo en la administración pública nacional de la Argentina cumple debidamente con los principios que emanan de la CICC, estableciendo regímenes de concurso. Pero en la práctica esos principios no son debidamente aplicados, abusándose de las designaciones en plantas transitorias a través de contratos de corta duración que se renuevan en forma permanente, lo que convierte lo que debería ser excepcional al régimen ordinario, en regla general. Con esta práctica, por supuesto, se eluden los concursos, tergiversando el objetivo del sistema.

Desde hace un par de años se han dictado normas que modificaron la estructura del Estado y, a través del Ministerio de Modernización, se está procurando darle al empleo público un nuevo enfoque. Con éste se han producido bajas masivas a partir de la no renovación de contratos, en prácticamente todos los casos sin fundamentación particularizada, y se han efectuado designaciones de alto nivel y remuneración, muy cuestionadas por considerarse a los funcionarios nombrados incursos en conflictos de intereses.

Para los nombramientos en el Poder Judicial y en el Ministerio Público Fiscal de la Nación rige la ley 26.861, llamada de "ingreso democrático e igualitario", que establece el ingreso a partir de un examen que deben rendir los aspirantes, y la asignación de vacantes por sorteo entre todos los que aprobaron dicho examen. Sin embargo, dicha normativa no se aplica en el Poder Judicial, donde los empleados son nombrados muchas veces por los jueces en forma directa, designando generalmente a personas conocidas o familiares de jueces amigos, como parte de las prácticas de los que muchos denominan "corporación o familia judicial". En cambio, la norma citada sí se cumple en el ámbito del Ministerio Público Fiscal.

En el ámbito legislativo, cada legislador tiene derecho a nombrar determinado número de asesores y empleados por el tiempo que dure su mandato. Sin embargo, una vez finalizado,

es muy común que dicho legislador logre incorporar a alguno de sus designados en la planta permanente.

d) En cuanto a los sistemas para la adquisición de bienes y servicios, la cuestión de las compras del Estado es particularmente sensible en el tema de la corrupción, ya que en el otorgamiento de licitaciones o en las compras directas es donde más comúnmente se piden y se ofrecen dádivas de diverso tipo. Aunque, por supuesto, no es el único ámbito ni, a veces, el más importante, donde se producen actos de corrupción.

En los últimos años se avanzó mucho en la implementación de las compras electrónicas, procedimiento que mejora notablemente la gestión y facilita la transparencia, y que fue reiteradamente recomendado por el MESICIC. Actualmente, luego de algunas correcciones y adaptaciones al lugar de aplicación, tanto en el orden nacional cuanto en la Ciudad y en la Provincia de Buenos Aires se utiliza el mismo sistema, llamado COMPR.AR en el orden nacional, BAC en la Ciudad y PBAC en la Provincia.

Pero más allá de las bondades del sistema de compras electrónicas, se advierten algunas inconsistencias en los llamados licitatorios y en las compras directas. Por el lado de las licitaciones públicas muchas veces falla la publicidad, que es un punto nodal para la transparencia. En efecto, los llamados se hacen, a veces, con escaso margen de tiempo para realizar las ofertas, impidiendo la igualdad de condiciones entre los potenciales oferentes. Por otra parte, el régimen de impugnaciones en determinados casos es arancelado, vale decir que para impugnar hay que depositar una suma de dinero, generalmente elevada, que se pierde si la impugnación es rechazada. Si bien los defensores del arancelamiento indican que sin éste las licitaciones entrarían en un juego pernicioso de impugnaciones infundadas que conspirarían contra la celeridad y eficiencia del procedimiento, lo cierto es que al desalentar las impugnaciones se elimina en buena medida el principio del autocontrol en las licitaciones, vale decir, el control del procedimiento por parte de los mismos oferentes, degradándose de ese modo el nivel de transparencia deseable. También son motivo de crítica los pliegos licitatorios para compras del Estado que obligan a ofertar en todos los renglones o categorías, impidiéndolo hacer sólo en alguno o algunos de ellos, lo cual limita fuertemente la capacidad de participación de las pequeñas y medianas empresas.

En cuanto a las compras directas del Estado, vale decir aquellas que no requieren licitaciones públicas, además de haberse aumentado considerablemente el monto máximo que las permite, adolecen de la falta de control independiente, que asegure que tales contrataciones sean consecuencia de la aplicación estricta de las excepciones previstas en la ley. Y ello es así porque el control está a cargo del órgano dictaminador interno de cada organismo que efectúa la compra, lo cual es poco recomendable dado el riesgo latente de falta de independencia de sus dictámenes.

e) Otra medida preventiva contemplada en la CICC, es la que propicia en el inc. 8º del ya citado art. III, procurando el establecimiento de un sistema para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, aclarando las recomendaciones del MESICIC que tal sistema debe ser integral, lo cual requiere proteger no solamente la identidad del denunciante, vale decir, garantizar su anonimato, sino también proteger su integridad física y la de su familia, como asimismo su situación laboral. Este sistema no ha sido instituido aún en la Argentina, pese a los variados intentos y reclamos que se han venido sucediendo.

Existen algunas normas que se refieren a aspectos aislados, que van en la dirección correcta pero que son marcadamente insuficientes. Una referencia de ellas es la normativa interna de la Oficina Anticorrupción, vigente desde hace más de diez años, por la cual se brinda la posibilidad de protección de la identidad de denunciantes ante dicha Oficina. No obstante, el anonimato de la denuncia desaparece en caso de ser requerida por la Justicia. Una norma similar existe en el reglamento de actuación de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA). La ley 25.764, en tanto, instituye el Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados, en relación a causas penales en trámite sobre determinados delitos, no específicamente de

corrupción. Sin embargo, la misma ley deja abierta la posibilidad de que la autoridad judicial solicite la extensión del Programa a un caso concreto distinto de los delitos que ella indica, y allí se abre la posibilidad de que se aplique el Programa a testigos de actos de corrupción.

Entre los esfuerzos habidos para concretar un sistema integral de protección a denunciantes de actos de corrupción, merece destacarse el elaborado por la OA en el año 2003, por el procedimiento de "Elaboración Participada de Normas", por el cual se discutió y consensuó un proyecto con numerosos actores de la sociedad civil. Dicho proyecto quedó paralizado en el ámbito interno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, sin ser nunca elevado al Congreso Nacional para su tratamiento (4).

f) En lo atinente al inc. 11 del art. III de la CICC, que habla de mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción, vale reseñar someramente la experiencia de la Comisión de Seguimiento del Cumplimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Comisión de Seguimiento).

Se creó por impulso del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, con el apoyo de Transparencia Internacional, en el mes de abril del año 2001, y contó desde el inicio con el aliento y el asesoramiento de la Oficina Anticorrupción quien, de esa forma, veía concretado lo normado en la Convención en referencia a la sociedad civil. Es así como la OA, en una publicación propia sobre la CICC, expresa al respecto que "La experiencia de la Comisión de Seguimiento del Cumplimiento de la CICC en la Argentina tal vez permita demostrar de qué manera las ONG pueden asumir la tarea de monitoreo y evaluación de la Convención" (5). Ocurre que las evaluaciones periódicas que realiza el MESICIC las lleva a cabo a través de un cuestionario en el que inquiere al país sobre los resultados de la implementación de la Convención. Y, obviamente, es muy beneficioso, casi fundamental, que la sociedad civil también responda al cuestionario, pues de ese modo se garantiza una respuesta independiente y exigente, que a veces contrasta con respuestas más autocomplacientes brindadas por el mismo Estado que es analizado.

La Comisión de Seguimiento tiene por objetivo general ejercer las acciones necesarias para impulsar, difundir y verificar el grado de cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción por parte de la Argentina, y fue la primera manifestación orgánica y formal, en el ámbito de los países firmantes de la Convención, de un grupo de organizaciones de la sociedad civil que se nuclearon para monitorear su cumplimiento en el marco del MESICIC. Funciona desde entonces de manera ininterrumpida en la Ciudad de Buenos Aires y está conformada actualmente por representantes de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de esta Ciudad, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Asociación Argentina de Ética y *Compliance* (AAEC), del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE), de la Unión Argentina de Proveedores del Estado (UAPE), y de la rama argentina de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), entre otras instituciones. Sin integrarla formalmente, también participan de las reuniones representantes de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA). Preside la Comisión de Seguimiento, desde su inicio, el autor de este trabajo.

Entre sus actividades pueden computarse la elaboración de siete Informes sobre el grado de implementación de la CICC en la Argentina, que fueron ampliamente difundidos y remitidos en cada caso a la Secretaría General del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC (MESICIC), que funciona en la Organización de los Estados Americanos (OEA). Estos Informes fueron tomados en consideración por el citado Mecanismo, y figuran entre los documentos consultados en los Informes que el Comité de Expertos del mismo elaboró

(4) El proyecto puede ser consultado en la página web de la Oficina Anticorrupción: *www.anticorrupcion.gov.ar*, ingresando en "políticas anticorrupción"/"proyectos normativos".

(5) Para ampliar la información puede consultarse la publicación mencionada en la nota 3, ps. 93 a 97.

sobre la Argentina al cabo de la Primera, de la Segunda, de la Tercera, de la Cuarta y de la Quinta Ronda de Evaluaciones (6).

La Comisión de Seguimiento ha estado presente en la sede de la OEA, en Washington, en las oportunidades en que fue analizada la República Argentina (febrero de 2003, diciembre de 2006, septiembre de 2009, marzo de 2013 y marzo de 2017), en la persona de su Presidente, quien expuso el contenido de los Informes preparados por la Comisión.

Entre otras de sus actividades, la Comisión propició la creación de Comisiones de Seguimiento similares en el interior del país, firmando el acta constitutiva de las Comisiones de las Provincias argentinas de Mendoza y Tucumán, y del Municipio de Mar del Plata, en la Provincia de Buenos Aires.

Entre sus tareas de difusión de la CICC se cuentan la publicación y distribución del texto de la Convención, de los siete Informes referidos y de los Informes del Comité de Expertos. También la gestión para el dictado de un curso de Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre "La Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Ética Pública", y su participación en el desarrollo del mismo. Y ha participado en la capacitación de organizaciones de la sociedad civil para conformar una Comisión del mismo tipo, en la República Dominicana. Asimismo, la Comisión de Seguimiento representó a las sociedades civiles de los Estados Parte de la Convención, en la celebración de los veinte años de su firma, llevada a cabo en Honduras.

La Comisión de Seguimiento ha mantenido numerosas reuniones con distintos organismos públicos, embajadas, legisladores, jueces y representantes de la sociedad civil. Ha participado en numerosos congresos, seminarios, talleres, encuentros y jornadas, en el país y en el extranjero, sobre temas vinculados a su objetivo; y ha realizado actividades de impulso al cumplimiento de la CICC en Argentina, particularmente en el campo de las declaraciones juradas patrimoniales de los jueces y de los legisladores, de los compromisos a asumir por los candidatos a ocupar cargos electivos, de impulso a los proyectos de ley sobre protección de testigos y denunciantes de actos de corrupción y de acceso a la información pública. Asimismo mantiene una activa línea de acción hacia el sector empresarial privado.

La Comisión de Seguimiento no es la única expresión de la sociedad civil que monitorea el cumplimiento de la CICC. También lo hacen la Fundación Poder Ciudadano, capítulo argentino de Transparencia Internacional y antiguo miembro de la Comisión de Seguimiento, y la Fundación FORES, en este caso sobre las cuestiones vinculadas con la Justicia. Sin contar a las numerosas organizaciones de la sociedad civil que, aún sin monitorear de manera específica a la Convención, trabajan intensamente en temas ligados a la transparencia.

Reiterando lo expuesto más arriba, y como surge de las consideraciones precedentes que analizan someramente algunos ejemplos (puntos a) hasta f), la Convención Interamericana Contra la Corrupción ha logrado implementarse sólo parcialmente en la Argentina. De hecho, en el Informe elaborado por el Comité de Expertos del MESICIC tras la última ronda de análisis, la quinta, celebrada en el mes de marzo del año pasado, se le realizan al país más de setenta recomendaciones, la gran mayoría de las cuales se refieren a distintos aspectos de la contratación de funcionarios públicos y de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, a efectos de ayudarla a mejorar la implementación de la CICC.

A más de un año de producidas esas recomendaciones, no se advierten avances decididos buscando su cumplimiento. Lo cual no constituye un hecho original, ya que lo mismo ocurrió con las recomendaciones habidas tras las anteriores rondas de análisis. Algunas se cumplen, otras se cumplen a medias y muchas no se implementan.

La no debida implementación de las recomendaciones significa no aprovechar integralmente la herramienta que, para luchar contra la corrupción, implica la CICC. Y lo mismo puede suceder con la nueva herramienta incorporada a la legislación argentina, que es la ley de res-

(6) Los Informes pueden consultarse en las páginas web citadas en la nota 4.

ponsabilidad penal de las personas jurídicas, si no llegare a aplicarse de manera efectiva por los jueces.

Aprovechar conveniente y eficazmente las herramientas con las que país cuenta para luchar contra la corrupción, requiere una fuerte voluntad política del Estado y una conciencia ciudadana madura que actúe como fiscal exigente. Sin embargo, poco de eso se advierte todavía.

La voluntad política del Estado para luchar contra la corrupción aprovechando las herramientas de las que dispone, debería manifestarse no solamente en crearlas, sino en buscar su aplicación garantizando la más absoluta independencia a los organismos encargados de utilizarlas. Un ejemplo de ello debería ser la autonomía de la Oficina Anticorrupción, ya que si depende del Poder Ejecutivo, como sucede desde su creación hasta la actualidad, su independencia es inexistente. Más aún si su titular fuese un militante del partido gobernante, en cuyo caso la falta de independencia quedaría claramente demostrada en dictámenes complacientes en cuestiones que involucren a funcionarios del gobierno (como, por ejemplo, en temas de conflictos de intereses, donde se recomiende que en determinados expedientes firme algún subordinado, en lugar de dictaminar el cese del funcionario involucrado; o en casos de declaraciones juradas, donde frente a una omisión grave se le solicite al funcionario que la rectifique, en lugar de formalizar la correspondiente denuncia) mientras que, por el contrario, se denuncie o querelle a funcionarios anteriores de distinto signo político.

También los jueces deben ser independientes. Y esto significa no solamente que no deben ser presionados por los otros poderes del Estado, ni por los poderes económicos ni mediáticos ni por ningún otro, sino que los propios jueces no deben, por su propia voluntad, juzgar los asuntos a su cargo por motivaciones ajenas a lo estrictamente jurídico. En ese sentido deben evitar la tentación de "politizar la justicia" o "judicializar la política". Los jueces "politizan la justicia" cuando aceptan intervenir en función de parámetros políticos que escapan a las normas jurídicas, pretendiendo resolver las cuestiones planteadas según aquéllos parámetros y no conforme a las reglas del derecho, a las que a veces violentan para lograr ese propósito. Y la otra cara de esa misma medalla se produce cuando aceptan "judicializar la política", es decir, cuando aceptan resolver judicialmente cuestiones de índole no justiciables, que son materia de discusión y decisión por parte de otros poderes del Estado. Y también hace a la independencia judicial no realizar nombramientos ni traslados de jueces o fiscales sólo por motivaciones de funcionalidad política.

Por otra parte, la sociedad civil debe participar activamente, ejerciendo la presión social necesaria y suficiente para que cumplan las normas anticorrupción. En el 10º Congreso Internacional Anticorrupción celebrado en Praga, República Checa, en el mes de octubre del año 2001, se discutió sobre si las leyes sirven para combatir la corrupción. Y hubo dos posturas: por un lado se decía que no, porque las leyes no se cumplen. Sirven para maquillar el problema, para lograr la sensación de que algo se está haciendo, pero en definitiva si no se aplican adecuadamente, la corrupción sigue tan fuerte como antes. Otra postura decía que sí, porque más allá de voluntad o no de aplicarlas, sin una adecuada legislación no se puede combatir la corrupción. La existencia de leyes es el paso previo y necesario. En realidad, las dos posturas tienen algo de razón: son necesarias las leyes, pero no son suficientes. Es fundamental, luego de sancionadas, la existencia de una firme voluntad política de cumplirlas. Respetarlas y cumplirlas los funcionarios y los ciudadanos; y los jueces aplicarlas y sancionar a quien las transgreda. Y para todo esto debe existir una fuerte presión por parte de la sociedad civil.

Para que esa presión social sea efectiva, la sociedad debe mantenerse despierta y concientizada, mirando a los funcionarios públicos y mirándose a sí misma, porque el problema de la corrupción es en buena medida de carácter cultural y generalizado, como se dijo al comienzo. Cruza horizontalmente al gobierno y a la sociedad. En ambos lugares hay honestidad y hay corrupción, y los no corruptos deben actuar mancomunadamente.

La conciencia social del problema ha crecido mucho, pero hay mucho por hacer. Hay que generar cada vez mayor toma de conciencia en la

sociedad, con buena difusión y capacitación para enfrentar el problema, y generar y lograr canales de participación y control, implementando algunas herramientas fundamentales para ello, como la ya mencionada normativa de protección de testigos y denunciantes de actos de corrupción, una buena y ágil ley de acceso a la información, programas de monitoreo de transparencia en compras del Estado y en nombramientos de funcionarios públicos, y otras más, utilizando la tecnología adecuada y trabajando en redes, nacionales e internacionales. Y por supuesto, para cumplir adecuadamente ese rol de control, buena parte de la sociedad debe abandonar prácticas que no cree corruptas pero que sí lo son y alimentan el clima de corrupción, como pequeños sobornos o utilización de influencias, y tampoco debe apelar a la denuncia de corrupción de manera ligera, sólo para desacreditar al adversario.

Finalmente, ¿es posible vencer, o al menos combatir, a la corrupción, por más herramientas con las que cuente la sociedad civil, en determinados contextos políticos?

Esta es una pregunta recurrente en los análisis que se efectúan sobre el grave problema de la corrupción, que indagan sobre si ella tiene vinculación directa con los gobiernos llamados "populistas". Vale decir, si las políticas que impulsan los gobiernos que se apartan del modelo económico ortodoxo vigente hoy en los países centrales, y de la ideología que los sustenta, para desarrollar acciones de corte popular basadas en otra ideología, son el caldo de cultivo donde se desarrolla la corrupción.

La pregunta, contestada de manera afirmativa por quienes adhieren a la ortodoxia económica y su ideología, presupone que en los populismos no existen reglas de juego claras ni seguridad jurídica, que se gobierna con autoritarismo y discrecionalidad y que, por lo tanto, es más fácil pedir y aceptar sobornos por parte de los funcionarios públicos, y casi necesario otorgarlos y hasta ofrecerlos por parte de las empresas que quieran obtener alguna licitación.

Sin embargo, una mirada atenta y objetiva sobre la cuestión, alejada de cualquier intención de favorecer a alguna ideología, descubre fácilmente que el tema de la corrupción excede largamente al carácter de los gobiernos. En cualquier sistema pueden incubarse, y de hecho se incuban, actos de corrupción.

Es posible que para la gente común, no especializada ni particularmente llamada a interiorizarse y profundizar sobre la cuestión, sea más fácil percibir la corrupción en los gobiernos populistas, porque en éstos los actos de corrupción suelen ser más directos, prosaicos y espectaculares, como guardar millones de dólares en bolsos y arrojarlos tras un tapial, hecho, además, fácilmente recogido por los medios de comunicación y reproducido hasta el hartazgo, cual zaga de una película de acción. Pero en los gobiernos no populistas, de apariencia prolija, suelen sucederse hechos de corrupción tanto o más graves que el ejemplificado. Modificar a la baja un arancel de importación en medio punto, o condonar una deuda millonaria a una compañía entre gallos y medianoches a través de un expediente administrativo, por ejemplo, pueden significar ganancias extraordinarias para tal o cual empresa, y la consiguiente pérdida de recursos para el Estado, mucho mayor que el soborno de los bolsos. Y de casi nula visibilización. Es la corrupción de guantes blancos, de funcionarios bien vestidos, de buenos modales, pertenecientes a las clases sociales más acomodadas. Para el imaginario de ciertos sectores de la sociedad, esa gente es más honesta que los funcionarios populistas, en general provenientes de otros estratos sociales.

Pero, ya se dijo, la corrupción no comienza ni termina en los funcionarios públicos. El sector privado es parte activa de ella. Y en este punto tal vez sea necesario intentar reflexionar sobre si el problema, más que en una cuestión de sistemas de gobiernos "populistas" o no "populistas", no reside en la concepción individualista de la sociedad. Porque el atajo hacia "lo que me conviene a mí", en detrimento de la ética del cumplimiento de la norma, responde, en general, a un sentido individualista de la vida. Si progresara, en cambio, un sentido auténticamente solidario hacia el bien común, tal vez la corrupción tendría menor cabida. Y ese sentido solidario sólo puede prevalecer si se sostiene en un proyecto de Nación que privilegie al bien común y a lo comunitario por encima del libre juego de los proyectos individuales.

Bienvenidas entonces las normas, que sirven de barrera de contención, y bienvenida la voluntad

política de aplicarlas, en los casos en que las haya. Pero sabiendo que la lucha contra la corrupción es más de fondo y tiene un alcance global.

En definitiva ¿sirvieron y sirven la Convención Interamericana Contra la Corrupción y otras herramientas legales para mejorar la transparencia en la Argentina y en la región? La respuesta es que sí, pero sabiendo que el combate contra la corrupción es de largo aliento, donde hay que ir colocando, con mucha perseverancia, mojones firmes que impidan volver hacia atrás.

Compliance en el ámbito de los seguros

POR **DIEGO ANDRÉS ALONSO** (*) Y **ESTEBAN GRAMBLICKA** (**)

I. Introducción

La Argentina está viviendo en la actualidad y al menos desde el punto de vista normativo, un momento indudablemente trascedente en materia de transparencia e integridad. La ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas —Ley RPPJ—, es quizás la muestra más evidente por el tenor e implicancias de sus disposiciones, pero no debe agotarse en dicha ley la ponderación del momento actual.

En efecto, son muchas y de diversa índole las normas que en todos los niveles de gobierno se van sucediendo, regulando aspectos que no estaban anteriormente previstos o que lo estaban de un modo deficiente. A ello se suman otras cuestiones más palpables en la práctica, como el avance —por ahora— de varios procesos judiciales relevantes en materia de lucha contra la corrupción, la mejora en los precios obtenidos en las contrataciones públicas y, en definitiva, un clima en la sociedad de que algo cambió sobre esta cuestión. Quizás no corresponda ser tan optimista con la magnitud de ese cambio pero cuanto menos creemos que el estándar de tolerancia de prácticas poco transparentes se ha elevado. Solamente con el tiempo veremos si se trata de una modificación relevante en nuestra cultura, que permita sostener en el tiempo e incluso profundizar, las medidas de transparencia que se van adoptando.

En ese contexto bien general, abordaremos en este trabajo la cuestión puntual de la transparencia e integridad en la actividad aseguradora. Pero no limitándonos solamente al nuevo marco normativo en materia de anticorrupción, sino ampliando el análisis a cuestiones de prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo, que es un área sobre la cual hace muchos años que se viene mejorando en la normativa y en las prácticas de las compañías y sobre cuya base entendemos que debe basarse el trabajo de mejora con sustento en la Ley RPPJ y, al fraude respecto de esta actividad, que es otro aspecto de notoria importancia para el seguro a fin de evitar prácticas corruptas.

II. Fraude y datos personales en el mercado asegurador

II.1. Fraude en Seguros

El "fraude" es una acción contraria a la verdad y a la rectitud o tendiente a eludir una disposición legal, que tiene por finalidad causar un perjuicio a un tercero o a la sociedad, respectivamente.

La "mala fe", es la base del acto defraudatorio, es en lo que se funda el ardid o engaño, la ma-

(*) Abogado (UCA), Magíster en Derecho Administrativo (Austral). Profesor invitado del Curso de profundización en Derecho del seguro de la UCA. Programa Ejecutivo en Gestión de Inversión Público Privada (UCA). Programa Ejecutivo "La nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresarial" (UCEMA). Socio a cargo del Departamento de Derecho Administrativo de Bulló Abogados.

(**) Abogado (UB). Profesor invitado del Curso de profundización en Derecho del Seguro de la UCA. Asesor de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros en Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Socio del departamento de Derecho Corporativo de Bulló Abogados.

licia o el ilícito que persigue la obtención de un beneficio indebido.

A continuación analizaremos no solo los mecanismos defraudatorios que se dirigen contra la empresa aseguradora, que son seguramente los de mayor asiduidad, sino que también analizaremos los posibles fraudes que pueden ser cometidos por los empleados y funcionarios de las empresas aseguradoras, en perjuicio de los accionistas de estas últimas y que indirectamente pueden perjudicar a los clientes de las aseguradoras.

Aclaramos que el concepto de "fraude" aquí utilizado podrá o no constituir un ilícito penal, pero sí en todos los casos, producirá un perjuicio económico en el sujeto pasivo del fraude.

En lo que respecta al impacto económico del fraude en materia de seguros, y si bien no es posible determinar con exactitud el volumen de fondos que las aseguradoras pierden por los casos de fraudes externos cometidos en su contra, en el Primer Congreso Panamericano sobre Delitos en Seguros, desarrollado en Bogotá, Colombia, los días 16 y 17 de abril de 2015, el consultor y conferencista internacional Carlos Augusto Oviedo, sostuvo que solo en Latinoamérica las compañías de seguros han sido víctimas de fraudes y lavado de activos por sumas superiores a los U$S 1.500 millones (1). Otros cálculos realizados en porcentaje de prima estiman que entre el 2 y 3 por ciento del primaje mundial de seguros (correspondiente a seguros de vida y patrimoniales) se destina anualmente al pago de siniestros que no deberían ser indemnizados (2). Asimismo, y en lo referido a la lucha contra el fraude en seguros, ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones de España) ha presentado el 29 de abril de 2015, en el marco de la XXI Edición del Concurso Sectorial de Detección de Fraudes en Seguros, el "Informe sobre el Fraude en el Seguro Español 2014", del que surge que por cada euro invertido en la investigación de posibles casos de fraude las compañías aseguradoras españolas han recuperado 43 euros (3).

II.2. Fraude cometido contra las empresas aseguradoras (Fraude Interno y Externo), e indirectamente contra los asegurados

Como mencionamos previamente, en este trabajo analizaremos tanto el fraude cometido por los asegurados o las víctimas o supuestas víctimas de los siniestros, como los fraudes cometidos por empleados o funcionarios de las empresas aseguradoras, en ambos casos en perjuicio de las empresas aseguradoras (4).

II.3. Fraude corporativo cometido por empleados o funcionarios de entidades aseguradoras

En general este tipo de fraude está destinado a ocultar a la autoridad de supervisión la posición real de las entidades frente a las relaciones técnicas exigibles, a fin de evitar sanciones y medidas cautelares y, en definitiva, poder mantener vigente la autorización para continuar operando como empresa aseguradora. De esta forma las compañías pueden seguir recaudando primas, exponiendo a los asegurados al riesgo de no poder percibir la indemnización en caso de ocurrencia del siniestro.

Los comportamientos más usuales detectados consisten en la omisión deliberada de contabilización de pasivos (5) o bien en la sobrevaluación o simulación de activos. Otra maniobra habitual está relacionada con la contratación de los reaseguros y los riesgos cedidos, pudiéndose presentar casos de cesiones que son reducidos luego de la contratación, sin registrar contablemente dicha modificación.

(1) *www.communityofinsurance.es/emprendimiento/copades-fraude-y-lavado-de-dinero-en-latinoamerica*.

(2) *http://archivo.lacapital.com.ar/2006/03/26/economia/noticia_280298.html*

(3) *http://www.icea.es/es-es/noticias/Noticias/Noticias0415/Dia-29/fraude.aspx?Source=%2fes-es%2fbusquedas%2fpaginas%2fresultados.aspx%3fq%3dfraude*

(4) Dada la limitada extensión de este trabajo, quienes deseen profundizar el análisis pueden consultar los artículos incluidos en el Dossier publicado por la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* 2012-A, AbeledoPerrot, 2012, p. 741 y ss.

(5) Los pasivos más importantes de las empresas aseguradoras están dados por los siniestros a pagar, siendo los más relevantes los reclamos judiciales, dada la cantidad de casos que se producen por la duración de los procesos judiciales.

Debemos tener presente que el asegurador tiene a su cargo el manejo y cuidado de intereses ajenos, esto es el interés del asegurado de recibir cobertura ante la ocurrencia de un siniestro, por los que debe velar cumpliendo con los deberes impuestos por las normas aplicables. El negocio del seguro, y, en especial el régimen de reservas y relaciones técnicas del asegurador, está destinado a garantizar a los asegurados que en el caso de producirse un siniestro, el asegurador estará en condiciones de indemnizarlo, en los términos y con las limitaciones establecidas en la póliza contratada.

Si bien este tipo de fraude tiene una ocurrencia menor que el cometido por los asegurados o supuestas víctimas de siniestros, la materialidad de los mismos es mucho más elevada y en general el número de personas afectada es mayor.

En otros supuestos, es usual observar como ciertos funcionarios, con la finalidad de obtener los resultados comprometidos frente a los accionistas, efectúan ciertas contrataciones o transacciones que les permiten, mediante revaluaciones o actualizaciones de valor, "obtener ganancias" que les permiten cumplir con los objetivos impuestos, pudiendo de esa forma percibir *bonus* o premios por su gestión. En general, estas operaciones son realizadas respecto de activos valuados en monedas diferentes a las del país de la empresa aseguradora, y que con motivo de un proceso devaluatorio del país de asiento de la empresa o por una revaluación del país de la moneda de referencia, ven incrementado su valor en la moneda del país de asiento de la empresa aseguradora.

En la mayoría de estos casos, los "fraudes" no pueden ser catalogados como delitos o ilícitos penales, pero a mediano o largo plazo terminan generando un perjuicio en la situación patrimonial de la empresa aseguradora.

En lo que respecta a estos supuestos de fraude resultará de suma importancia para el supervisor poder analizar: (i) la evolución de los pasivos y estar atentos a cualquier cambio que pudiera producirse en la contabilización de los mismos, ya sea por incrementos o disminuciones; (ii) la evolución de los activos de la compañía y estar atentos a cualquier cambio sustancial que pudiera producirse en su composición o revaluación, solicitando la justificación económica de dicha modificación; (iii) detalladamente las coberturas de reaseguros y el monto de las primas cedidas.

II.4. Fraude externo organizado y circunstancial

El término más habitual que se refiere al fraude en el mercado asegurador está relacionado con la prevención, detección y sanción de las conductas de asegurados y de terceros que buscan a través de maniobras fraudulentas beneficiarse indebidamente a costa de un asegurador.

En este contexto generalmente se dan dos situaciones claramente diferenciadas, el fraude organizado y el fraude circunstancial.

El fraude organizado se da cuando grupos organizados simulan deliberadamente un evento o pérdida, o se exageran las pérdidas o daños para procurar obtener una indemnización ilegitima de una aseguradora. Estos delitos, debido en parte a la falta de especialización de los organismos judiciales y la escasa relevancia que se le ha dado al tema, son difíciles de demostrar y existen pocas condenas judiciales. En general se da el caso donde estas organizaciones se distribuyen los roles, siendo algunos los autores del siniestro, otras las supuestas víctimas, testigos, etc. El resultado económico es principalmente colectado por los organizadores.

En el caso del fraude circunstancial, es cometido por personas que incurren en declaraciones falsas e inexactas al denunciar el siniestro, infringiendo principalmente normas contractuales. Este tipo de personas, normalmente no se involucrarían en actos de tipo doloso como el descrito anteriormente, ya que muchas veces las ven como acciones que no tienen mayor consecuencia, y que no perjudican a la aseguradora por haber pagado una prima. Se percibe más como la "contraprestación" por haber abonado la prima del seguro que como un fraude, aun cuando se incurre en violaciones de tipo penal al obtener una indemnización que no le correspondería en razón de las auténticas circunstancias, dado que se viola el principio de buena fe. El fraude además de estar penado legalmente, resulta ética y socialmente conde-

nable, por cuanto causa daños a toda la comunidad. Su impacto incide en los costos de las pólizas, perjudicando a todos los asegurados, al incrementar la siniestralidad.

Con la finalidad de combatir el fraude externo, tanto organizado como circunstancial, la Superintendencia de Seguros de la Nación ("SSN") emitió la res. SSN 38.477/2014 (6) con una serie de *Normas sobre Políticas, Procedimientos y Controles Internos para combatir el fraude*.

Si bien muchas compañías del mercado ya venían desarrollando tareas destinadas a combatir el fraude externo, mediante dicha resolución se les exigió a todas las entidades aseguradoras y reaseguradoras sujetas a la supervisión de la SSN, adoptar y aprobar *Normas sobre Políticas, Procedimientos y Controles Internos para combatir el fraude*. La estructura de dicha norma está basada en la regulación sobre *Prevención contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo* emitida por la Unidad de Información Financiera —UIF—. Lo establecido en la resolución es de carácter mínimo y obligatorio y se debe complementar con un enfoque basado en riesgos, de acuerdo a la naturaleza de sus actividades, parámetros propios y prácticas.

La política para combatir el fraude como mínimo, debe incluir los siguientes aspectos:

(i) Manual de lucha contra el fraude.

(ii) Designación de un responsable de contacto que debe registrarse ante la SSN y tener capacitación específica antifraude.

(iii) Elaboración de una memoria de casos investigados por sospecha de fraude, incluyendo la información del ramo, de la póliza, del siniestro, de los presuntos involucrados, de los profesionales, productores y abogados intervinientes, de los testigos, del liquidador, cómo concluyó el caso y si se realizó denuncia penal.

(iv) Programa anual de auditoría.

(v) Normas sobre contratación del personal y capacitación.

(vi) Si se opera con intermediarios o agentes institorios existen recomendaciones, preguntas y datos a recabar, para la adopción de medidas de seguridad antifraude, focalizando especialmente el momento: 1) de la contratación, 2) en que se tramite algún endoso o modificación, 3) en el momento del pago y 4) de recibir una denuncia de siniestro.

La norma cuenta con una serie de anexos entre los que se destaca el Anexo V, que contiene la planilla modelo en formato Excel de la memoria de casos investigados por sospecha de fraude de seguros.

Si bien esta resolución ha significado un importante avance en la materia y ha establecido un estándar mínimo para las compañías, entendemos que a fin de ser más eficiente en la lucha contra el fraude organizado, sería conveniente que la SSN incluya la obligación de reportar los casos con sospecha de fraude investigados y concentre la totalidad de los datos en una matriz de riesgo que cruce la información para detectar casos similares en diferentes compañías aseguradoras, ya que en la actualidad no resulta posible realizar cruces de información entre las diferentes compañías. No se puede perder de vista que dicho tipo de fraude, por su extensión y profesionalización es el que genera el mayor número de pérdidas a las compañías aseguradoras. De esa forma podrían iniciarse investigaciones tendientes a desbaratar este tipo de organizaciones.

II.5. Protección de datos personales. Políticas de Lucha contra el Fraude. Intercambio de información para el combate de crímenes financieros

Como ya se mencionó previamente, uno de los mecanismos utilizados por la res. SSN 38.477/2014 y las compañías aseguradoras para prevenir el fraude y contrarrestarlo, es la conformación de base de datos con información de los siniestros. En este sentido, los especialistas coinciden en que para combatir el fraude se requieren bases de datos conjuntas de las distintas compañías de seguro que permitan cruzar información y realizar análisis, no previendo la referida resolución el entrecruzamiento de información y su análisis.

(6) BO 23/07/2014.

Sobre la base de esta idea, en los últimos años se ha venido trabajando en distintos emprendimientos, públicos y privados, tendientes a crear bases de datos con información relacionada con siniestros, que permiten cruzar dicha información y descubrir coincidencias e indicadores de posibles fraudes.

Teniendo en cuenta que las normas de protección de los datos personales existentes exigen que para almacenar, tratar y ceder datos personales a terceros debe obtenerse previamente el consentimiento libre, expreso, escrito e informado del titular de los datos, consideramos importante analizar previamente a la creación, desarrollo y mantenimiento de ese tipo de bases de datos, si se ajustan a los requisitos exigidos por la legislación vigente o si es necesario modificar las cláusulas contractuales o realizar una reforma legal que permita expresamente la creación de bases de datos interconectadas en la industria del seguro, cuya finalidad sea combatir el flagelo del fraude en el mercado asegurador.

Las leyes de protección de datos personales tienen por objeto la protección integral de cualquier tipo de información referida a personas, ya sean físicas o jurídicas, que se encuentre asentada en archivos, registros, bases, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las mismas, así como también el acceso a dicha información que sobre las mismas se registre.

En lo que respecta a la definición de "Tratamiento de Datos" se incluye a todas aquellas operaciones y procedimientos sistemáticos, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción y, en general, el procesamiento de datos personales, así como también su transferencia o cesión a terceros por cualquier medio.

Por ello, cualquier intento de compartir datos personales de terceros entre empresas o con organismos del Estado quedaría incluido dentro de los conceptos de "tratamiento" y "transferencia" o "cesión" de datos, razón por la cual resultará necesario analizar el impacto de la normativa vigente en materia de protección de datos personales, cada vez que una compañía aseguradora ceda datos personales de clientes y/o terceros a los efectos de incluirlos en las bases de datos creadas con el fin de prevenir fraudes, ya sea que dichos datos se transfieran o cedan al organismo de supervisión o a una empresa privada que ofrezca el servicio de tratamiento de datos o realice una actividad similar.

II.5.1 Transferencias de datos a terceros

En general, el tratamiento de datos personales es ilícito si el titular de los datos no hubiera prestado previamente su consentimiento libre, expreso e informado, el que debe constar por escrito o por otro medio equiparable. Sin embargo, existen excepciones cuando los datos derivan de una relación contractual entre el responsable de la base de datos y el titular del dato o cuando los datos recolectados se limitan a ciertos datos básicos como el nombre, documento, fecha de nacimiento, domicilio, datos de identificación tributaria, etc.

Por ello, y tratándose de una relación contractual, no sería necesario que al contratar una póliza de seguro, el asegurado preste su consentimiento para que la compañía aseguradora pueda tratar sus datos personales, ya que su tratamiento resulta indispensable para el desarrollo de la aludida relación. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el responsable de la base de datos pretende transferir a terceros la información obtenida con la finalidad de cumplir con el contrato de seguros, excepto que se trate únicamente de los datos básicos mencionados previamente.

En términos generales, los datos personales objeto de tratamiento solo pueden ser cedidos a terceros con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar previamente, en forma expresa y clara, sobre la finalidad de la cesión, identificando al cesionario o los elementos que permitan hacerlo, y con la única finalidad de dar cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario.

Estos requisitos también presentan excepciones, que en ciertos casos contemplan la posibilidad de ceder datos a terceros sin el consentimiento del titular del dato cuando la cesión

involucre solamente los datos identificatorios básicos ya mencionados o cuando la cesión de datos resulte necesaria para el cumplimiento del contrato, lo que en general resulta muy difícil de probar.

Como en el caso de cesión de datos a bases de datos de control de fraude, los datos cedidos no se limitan a los mencionados precedentemente y, por lo tanto, no pueden cederse sin el consentimiento de su titular, para determinar si la cesión de datos sin el consentimiento del titular es posible, habrá que analizar si la cesión es necesaria para el desarrollo o cumplimiento del contrato de seguro celebrado con el titular de los datos que se pretenden ceder o si, como ocurre en uno de los casos que se analizarán posteriormente, se verifica alguna otra excepción prevista en la normativa aplicable, como por ejemplo que los datos se recaben para el ejercicio de las funciones propias de los poderes del estado o en virtud de una obligación legal.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que las compañías aseguradoras deberían ceder también datos de terceros damnificados, respecto de los cuales no existe relación contractual alguna, por lo que no resultará posible en estos casos invocar la excepción respecto que la cesión de datos resulta necesaria para el cumplimiento del contrato. Por otra parte en estos casos, la conformidad solo podrá ser obtenida al momento de abonarse la indemnización, por lo que el tratamiento de los datos solo podría ser utilizado para iniciar una investigación de índole criminal, pero no para evitar abonar una indemnización indebida.

II.5.2. Transferencias de datos a organismos públicos

Debido al alto número de fraudes que las compañías han investigado durante los últimos años, resulta recomendable que la SSN cuente con sistemas que permitan que cada aseguradora esté conectada *on line* con el supervisor, a los efectos de permitir el envío de información sobre las pólizas emitidas y los siniestros denunciados, la realización de consultas, y el acceso a la historia de un asegurado antes de darle cobertura (7).

El desarrollo de sistemas resulta primordial para la detección del fraude en el mercado asegurador, ya que permite detectar denuncias de siniestro que puedan encuadrarse como posibles fraudes. Para ello, cada aseguradora debería estar conectada *on line* con su regulador, a los efectos de permitir el envío de información, la realización de consultas, el acceso a la historia de un asegurado antes de darle cobertura, e incluso tomar conocimiento del nombre del titular de la cobertura en el momento de ocurrido un siniestro, o bien la SSN podría desarrollar un sistema para centralizar la totalidad de las denuncias de siniestros realizadas a las compañías correspondientes. Este sistema permitiría un mayor control sobre las denuncias de siniestros, reduciéndose tanto el fraude interno como externo.

Si bien la implementación de sistemas y bases de datos por parte de los reguladores tendría como finalidad reducir el número de siniestros y, por ende reducir las primas de los seguros, debemos analizar si las aseguradoras pueden ceder los datos requeridos por los reguladores sin incumplir con la ley 25.236 de Protección de Datos Personales.

En general los reguladores están autorizados por ley (en sentido amplio) a requerir que los aseguradores le suministren la información relacionada con sus operaciones que juzgue necesarias para ejercer sus funciones (8). Entonces sería viable la transferencia de los datos personales al regulador para conformar la base de datos.

Sin perjuicio de ello, se debe ser cuidadoso una vez que los datos se encuentren en poder del regulador, si es que se posibilita a las restantes aseguradoras a acceder a los datos proporcionados por las demás y si dicho acceso se ajusta a lo establecido por la normativa aplica-

(7) Por ejemplo con dicha finalidad la SSN creó en Argentina el Sistema IRIS de Control de Fraude de Automotores mediante Circular SSN 4979. IRIS es un sistema de Control de Fraudes únicamente para la rama automotor desarrollado por la Superintendencia de Seguros de la Nación. Su objetivo básico es detectar denuncias de siniestros que, por sus características, podrían ser parte de maniobras fraudulentas.

(8) Por ejemplo así lo establecen en la Argentina los arts. 68, 69 y 70 de la ley 20.091 de Entidades de Seguro y su Control.

ble sobre protección de datos, máxime cuando la herramienta de búsqueda permite consultar la historia siniestral de bienes y personas.

En efecto, si bien hemos visto que la cesión de datos podría encontrase justificada en la facultad de control por parte del regulador, al permitir que los restantes aseguradores puedan realizar consultas sobre datos enviados por otros, podría excederse la función propia del poder del Estado para recabar información, poniendo en riesgo la intimidad de los personas.

Por ello, resulta sumamente importante que en forma previa a implementar un sistema que administre una base de datos sobre siniestros y emisiones de pólizas, se evalúen todas las cuestiones tendientes a respetar los derechos respecto de los datos personales de las personas.

Asimismo, resulta necesario establecer que (9): (i) los responsables de archivos, registros, bases o bancos de datos deben almacenar la información de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular; (ii) que los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados; y (iii) que se enumeren los requisitos que debe cumplimentar la base de datos pública para su funcionamiento, exigiendo que la base de datos sea creada a través de una norma publicada en el boletín de publicaciones legales y que dicha norma de creación contenga, como mínimo, lo siguiente: a) Características y finalidad del archivo; b) Personas respecto de las cuales se pretenda obtener datos y el carácter facultativo u obligatorio de su suministro por parte de aquéllas; c) Procedimiento de obtención y actualización de los datos; d) Estructura básica del archivo, informatizado o no, y la descripción de la naturaleza de los datos personales que contendrán; e) Las cesiones, transferencias o interconexiones previstas; f) Órganos responsables del archivo, precisando dependencia jerárquica en su caso; y, g) Las oficinas ante las que se pudiesen efectuar las reclamaciones en ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión.

(9) Conf. arts. 4º y 22 de la ley 25.326 (BO 02/11/2000).

II.5.3. Bases de datos interconectadas de carácter privado

Si bien es necesario que los reguladores adecuen el funcionamiento de los sistema a los requisitos exigidos por las normas vigentes en materia de protección de datos personales, no existe impedimento legal alguno para que dichos organismos de control, respetando lo establecido por las normas aplicables en la materia, administren una base centralizada de siniestros y permitan, al igual que ocurre con las centrales de información de deudores de los sistemas financieros, que los datos en ella contenidos sean puestos al alcance del público en general.

Seguidamente analizaremos qué ocurre cuando quien decide implementar un sistema de esas características es una empresa privada o una asociación de empresas del sector, ya que a ellas podría no serles de aplicación las excepciones previstas por las normas vigentes en materia de protección de datos personales.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en general las normas vigentes en materia de protección de datos personales establecen que los datos personales no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

Resulta claro que la finalidad que persigue una aseguradora cuando recaba datos personales de sus clientes es la de poder emitir una póliza o cumplir con los derechos y obligaciones que surgen de tal vínculo contractual. Ahora bien, resulta discutible si la cesión de esos datos a empresas o asociaciones que administren bases de datos centralizadas para el control de fraude es necesaria para el cumplimiento del contrato de seguro. Es por ello que para compartir información siniestral con otros aseguradores que involucre datos personales de los asegurados, las empresas deberán siempre obtener el consentimiento previo de los titulares de los datos que se pretenden ceder, en las condiciones que establezcan las normas vigentes en materia de protección de datos personales. Es importante destacar que existen restricciones para recabar y tratar datos sensibles, entre los que se incluyen, información relativa a la salud de las personas, aun cuando se cuente

con el consentimiento de los titulares de dichos datos (10).

Por lo aquí expuesto, resulta primordial analizar en forma detallada la legislación aplicable y la información a incorporar en cada caso concreto en forma previa a conformar las bases de datos que centralizan información relativa a siniestros y que incluyen datos personales suministrados por las entidades aseguradoras, poniendo especial hincapié en la posibilidad o no de incluir en dichas bases datos relativos a la salud de los asegurados o terceros, bajo el riesgo de violar las disposiciones de las normas vigentes en materia de protección de datos personales. Se deberá obtener el consentimiento previo de los titulares de los datos a ceder, permitiendo además que los titulares de los datos personales allí almacenados puedan ejercer los derechos de acceso, actualización, rectificación o supresión de los datos reconocidos por la normativa legal analizada.

Con el objeto de evitar que el desarrollo de este tipo de bases de datos atente contra los derechos y garantías reconocidas a los ciudadanos, resulta recomendable que al modificarse la legislación relacionada con el mercado asegurador se introduzcan excepciones legales específicas para el mercado asegurador —estableciendo los límites de la información que resultará posible incorporar—, que faciliten la conformación de bases de datos interconectadas con la finalidad de combatir el fraude.

II.5.4. La importancia del intercambio de información para combatir el crimen financiero organizado

En materia de prevención contra el lavado de activos y crímenes financieros (en adelante "LA/FT" para utilizar la referencia que el propio organismo con competencia en la materia emplea), el sistema actual implementado por el GAFI para el reporte de las operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo ("ROS" o "RFT") no ha funcionado de manera eficaz.

En los principales mercados financieros, el número de ROS sigue creciendo. A pesar de ello, la efectividad contra el lavado de activos, en términos de combate de la delincuencia y la financiación del terrorismo, sigue siendo baja.

Menos del 1% de los fondos ilícitos son congelados y confiscados, más de 10 millones de ROS fueron realizados en 2016, se considera que el 80% a 90% de los ROS realizados carecen de utilidad inmediata; más del 80% de los encargados del control de la delincuencia financiera internacional considera que resulta necesario modificar sistema actual, menos del 10% de dichos funcionarios consideran que cuentan con suficiente información para entender y detectar las amenazas más graves del crimen financiero y, se estima que el gasto en el sector privado durante 2017 ascenderá a U$S 8.200 millones.

Por ello, y atento los cambios tecnológicos relacionados con el tratamiento y análisis de información, está emergiendo un nuevo enfoque para detectar y reportar las amenazas de la delincuencia financiera. El programa "*Future of Financial Intelligence Sharing*" (FFIS) (11) lidera la investigación independiente sobre el rol de los acuerdos público-privados de intercambio de información financiera para detectar, prevenir e interrumpir el crimen. El programa FFIS, que es del que se obtuvo la información estadística previamente mencionada, es un acuerdo de investigación entre el Centro RUSI (12) para el Crimen Financiero y los Estudios de Seguridad y NJM Advisory, con el apoyo de entidades financieras y firmas de auditoría.

Más de 20 estados se han comprometido a desarrollar asociaciones público-privadas de intercambio de información que reúnan a las fuerzas de seguridad y otras agencias públicas, junto con grupos de entidades financieras comprometidas contra el lavado de activos en el sector privado para combatir el crimen financiero organizado.

(10) Conf. art. 7º de la ley 25.326 (BO 02/11/2000).

(11) Puede consultarse un resumen en español del relevamiento realizado en octubre de 2017 en *https://www.future-fis.com/uploads/3/7/9/4/3794525/20171027_spanish_ffis_infographic_storyboard.pdf* o el texto completo en inglés en *https://www.future-fis.com/thought-leadership.html*

(12) *www.rusi.org.*

Para ello se necesita contar con liderazgo y confianza, una legislación acorde, gobernabilidad, tecnología y capacidad analítica, y una constante evolución.

Basado en estas iniciativas, el GAFI revisó en Noviembre de 2017 la Nota Interpretativa 18 de la 40 Recomendaciones para clarificar los requerimientos para el intercambio de información relacionada con los ROS y en Febrero de 2018 efectuó una revisión de la Recomendación 2 para asegurar compatibilidad entre las normas de prevención contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo y las normas sobre protección de datos personales y promover el intercambio de información entre agencias gubernamentales y otras autoridades competentes.

En la Argentina, como en la mayoría de los países, el marco legislativo imposibilita el libre intercambio de información financiera impidiendo un adecuado despliegue de las mencionadas asociaciones público-privadas.

Por ello, resulta necesario modificar el marco normativo de manera que se permita un adecuado intercambio de información. Avanzando en este sentido el DNU 27/2018 (13) incluyó en su art. 163 una modificación del inc. c) del art. 21 de la ley 25.246, en el que se autoriza a ciertos sujetos obligados, con la finalidad de prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, a compartir legajos de sus clientes que contengan información relacionada con la identificación del mismo, el origen y la licitud de los fondos. Actualmente se encuentra siendo debatida a nivel legislativo una ley que incluye previsiones de similar tenor en reemplazo del decreto referido.

La creación de las asociaciones público-privadas de intercambio de información financiera está basada principalmente en los avances tecnológicos, el liderazgo y la creatividad de individuos en el sector privado y público comprometidos a encontrar maneras más efectivas de combatir la delincuencia, como reacción a la demostrada ineficacia del sistema actual de prevención en materia de LA/FT que se ha desarrollado en los últimos años en la mayoría de los principales mercados financieros.

II.6. Conclusiones. Necesidad de reforma legislativa

Es necesario extremar las medidas tendientes a evitar el fraude y demás crímenes financieros, resultando necesario el trabajo conjunto de todo el sector asegurador para alcanzar dicho objetivo.

Como ya se mencionó, se están promoviendo las asociaciones público-privadas de intercambio de información financiera para proporcionar un ambiente para que el sector financiero, asegurador y las autoridades intercambien y analicen datos para detectar, prevenir e impedir el lavado de activos y las amenazas más grandes del crimen económico financiero, entre ellos el fraude. Sus principales objetivos son mejorar la comprensión colectiva de la amenaza de lavado de activos (Detectar); informar y fortalecer los sistemas y controles financieros (Prevenir); y reportar a la justicia a fin de impedir los crímenes financieros (Impedir).

Para poder implementar dichas asociaciones, será necesario incorporar a la ley 25.326 una norma específica que, funcionando como excepción al principio del consentimiento informado que debe regir todo tratamiento leal de datos personales, permita que las entidades aseguradoras desarrollen y mantengan archivos, registros, bases o bancos de datos comunes con información relacionada con el comportamiento del cliente a los efectos de permitir el control del fraude y la prevención contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido por el art. 6º de la ley 25.326, en el texto de las pólizas deben incorporarse apartados especiales que informen que los datos personales que se necesiten tratar a los efectos de cumplir con el contrato de seguro podrán incorporarse en bases de datos comunes del sector asegurador, con indicación de sus responsables, de su finalidad y del procedimiento para ejercer los derechos reconocidos por la Ley de Protección de Datos Personales. Lo mismo, en todos aquellos formularios a través de los cuales una asegura-

(13) BO 11/01/2018.

dora recolecte datos personales relacionados con el acaecimiento de un siniestro, para lo cual será necesario reformar la res. 30.506/2005 de la SSN que establece cuál es el texto que las entidades aseguradoras deben incluir en los formularios de denuncia de siniestro.

Finalmente, se recomienda que, en el marco de lo establecido por el art. 30 de la ley 25.326, las entidades aseguradoras que deseen compartir datos con otras, por sí o a través de las cámaras y asociaciones que las nuclean, suscriban un Código de Conducta que establezca pautas para el tratamiento de datos personales y asegure que las condiciones de operación de sus sistemas cumplirán los principios establecidos por la referida ley.

En la actualidad en los crímenes financieros se utilizan prácticas sofisticadas que incluyen empresas de fachada, testaferros, operaciones con propiedades inmuebles y complejas estructuras offshore. La capacidad de las fuerzas de seguridad para hacer frente a esta amenaza, cada vez más sofisticada, puede ser significativamente mejorada mediante el trabajo colaborativo con el sector privado. El desafío por delante es generar un cambio de estándar que integre plenamente sus principios de un enfoque basado en el riesgo para combatir la delincuencia financiera compleja y, como tal, cree un entorno propicio para el intercambio de información.

Las autoridades nacionales deberán fomentar los cambios normativos locales e internacionales que permitan el intercambio de información nacional y transfronteriza. Estas normas deben incorporar plenamente los principios sobre enfoque basado en el riesgo para combatir la delincuencia financiera y propiciar un entorno jurídico para el intercambio de información.

III. Prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector seguros

Respecto del sector asegurador, las 40 Recomendaciones del GAFI (2012) (en adelante las "40 Recomendaciones"), no incluyen específicamente a la actividad aseguradora en general ni al reaseguro (14) entre las que se deben aplicar medidas de debida diligencia, no mencionándose a la actividad aseguradora dentro de definición de las "Actividades y Profesiones No Financieras Designadas", y habiéndose incluido únicamente dentro de la definición de "Instituciones Financieras" a las personas naturales o jurídicas que realizan como negocio la "... Suscripción y colocación de seguros de vida y otros seguros relacionados con la inversión...", términos estos que son utilizados de idéntica forma en la definición de "Beneficiario".

En el texto de las 40 Recomendaciones no se hace referencia alguna al sector asegurador, incluyéndose solo en las notas interpretativas correspondientes a la Recomendación 10, punto D (Debida Diligencia del Cliente para Beneficiarios de pólizas de Seguros de Vida) y a la Recomendación 12 (Determinación si los beneficiarios de una póliza de seguro de vida son Personas Expuestas Políticamente ["PEPs"]) la misma terminología utilizada en las definiciones que hacen referencia a los productos financieros del mercado asegurador: Seguros de Vida y otros seguros relacionados con la inversión. Igual temperamento adoptó el GAFI al emitir únicamente un documento Guía relacionado con el sector de seguros de vida (15).

Sin perjuicio de ello, en la mayoría de las jurisdicciones de Iberoamérica se han emitido regulaciones que incluyen la debida diligencia respecto de la totalidad de los productos de seguros, con una debida diligencia simplificada respecto de los seguros de carácter obligatorio. La Federación Interamericana de Empresas de Seguros realizó un relevamiento durante el año 2016 en los países de Iberoamérica, y de todos los países relevados solamente España limita la debida diligencia a los seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones. Idéntica situación se da en Estados Unidos de Nortea-

(14) Ver en *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2004_2005_ML_Typologies_ENG.pdf* documento sobre tipologías denominado "Money Laundering & Terrorist Financing Typologies 2004-2005 - 10 June 2005" donde en la p. 43 del capítulo denominado "The extent and limits of AML regulation" se aclara que las 40 Recomendaciones no incluyen específicamente a los seguros generales o patrimoniales y a los reaseguros.

(15) *http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA%20Guidance%20for%20Life%20Insurance%20Sector.pdf*

mérica (16). El resto de los países de Iberoamérica tienen controles sobre todas las ramas de seguros, con umbrales que difieren entre estos países.

Desde que se han comenzado a implementar la vedada diligencia, el sector de seguros ha registrado una muy baja tasa de reportes de operaciones sospechosas, dado principalmente a que solo resulta posible lavar activos a través del mercado asegurador obteniendo salidas de fondos de las compañías aseguradoras que pueden ser obtenidas mediante el rescate de pólizas que contengan componentes de inversión, devoluciones de primas pagadas en exceso, siniestros, etc. En el caso de los siniestros y dado que generalmente las compañías aseguradoras realizan investigaciones para corroborar el efectivo acaecimiento del mismo, se requiere de un desarrollo muy avanzado de las técnicas de fraude, para poder obtener fondos —por valores relevantes— a través de dichas maniobras.

Por ello, como conclusión del relevamiento realizado por la Federación Interamericana de Empresas de Seguros se recomendó limitar la debida diligencia a los seguros de vida u otros seguros relacionados a inversiones, y que de surgir de la evaluación nacional de riesgos de cada país la necesidad, extenderla —respecto de los seguros patrimoniales o generales— únicamente a las salidas de fondos de las compañías aseguradoras (pagos de siniestros, devoluciones de primas, etc.) que son las únicas operaciones de seguros que podrían ser utilizadas para lavar activos. En algunos casos las Unidades de Información Financieras de estos países, exige que las compañías aseguradoras controlen al momento de la emisión de las pólizas la concordancia entre el perfil del cliente y el bien asegurado, lo que torna excesivamente costoso el proceso de emisión de las pólizas. Por otra parte, en el caso de los bienes más relevantes que pueden ser utilizados en el proceso de lavado de activos, intervienen al momento de la adquisición, varios sujetos obligados que controlan el proceso (escribanos, entidades financieras, registros públicos, etc.), lo que torna innecesario e ineficiente dicho control por parte de las aseguradoras dada la escasa información con la que estas cuentan al emitir las pólizas.

III.1. Normativa específica sobre prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo. Res. UIF 28/2018

En lo que respecta a la normativa específica en materia de prevención contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, la UIF adecuó recientemente su normativa aplicable al sector asegurador siguiendo un enfoque basado en riesgos.

El 3 de abril de 2018 fue publicada en el Boletín Oficial la res. UIF 28/2018 (en adelante la "res. 28") que sustituye a la res. UIF 202/2015 (17). La res. 28, siguiendo los lineamientos de las resoluciones anteriormente dictadas por la UIF para el sector de seguros, regula tanto los seguros patrimoniales —aunque asignándoles un menor riesgo— como los seguros de personas o de vida. También prevé regímenes diferenciados para los negocios de Reaseguros, Riesgo del Trabajo y ciertos seguros obligatorios.

La res. 28, reglamentaria de la ley 25.246, establece las nuevas medidas y procedimientos aplicables a los Sujetos Obligados del sector seguros, los que han quedado definidos como: (i) Empresas Aseguradoras; (ii) Empresas Reaseguradoras locales; (iii) Productores Asesores de Seguros; (iv) Sociedades de Productores Asesores de Seguros; (v) Agentes Institorios; y (vi) Intermediarios de Reaseguros cuyas actividades estén regidas por las leyes 17.418, 20.091, 22.400 sus modificatorias, concordantes y complementarias.

Asimismo, continúan siendo aplicables las resoluciones UIF 11/2011 y 52/2012 (referida a Personas Expuestas Políticamente —PEPs—), 50/2011 (registración *on line*), 51/2011 (Reporte de Operaciones Sospechosas), y el anexo de la res. UIF 70/2011 (Reporte Sistemático de Sujetos Obligados).

Entre las principales modificaciones introducidas por la res. 28 podemos mencionar:

(16) *https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/anti-money-laundering-program-and-suspicious-activity.*

(17) Como antecedentes normativos a estas resoluciones podemos mencionar a las resoluciones UIF 04/2002, 32/2011 y 230/2011.

III.1.1. Adopción del Estándar de Enfoque Basado en Riesgos

La res. 28 exige la realización de una *Autoevaluación de Riesgos* a fin de identificar, evaluar, mitigar y monitorear los riesgos de LA/FT. Los resultados de la aplicación de la metodología, deberán constar en un informe técnico elaborado por el Oficial de Cumplimiento ("OC"), el que deberá ser aprobado por el órgano de administración o máxima autoridad del Sujeto Obligado ("SO"), conservarse, junto con la metodología y la documentación e información que lo sustente, en el domicilio registrado ante la UIF y ser actualizado en forma anual en el caso de Empresas Aseguradoras de Vida y Retiro, y bianual en el caso de Empresas Aseguradoras que comercialicen únicamente seguros de daños patrimoniales(18). Dicho informe deberá ser enviado a la Dirección de Supervisión de la UIF y a la Gerencia de Prevención de Lavado y Control de Activos y Financiamiento del Terrorismo de la SSN, luego de aprobado y antes del 30 de octubre de cada año.

Como Factores de Riesgo se deben considerar como mínimo: (i) a los clientes, (ii) los productos y servicios, (iii) los canales de distribución y (iv) la zona geográfica.

Luego de identificados y evaluados los riesgos, se deben establecer mecanismos adecuados de mitigación de riesgos, adoptándose medidas intensificadas o reforzadas para los casos de riesgo alto, y medidas simplificadas en los casos de riesgo bajo. Asimismo se exige que los SO emitan una Declaración de Tolerancia al Riesgo de LA/FT y políticas de aceptación de clientes que presente un alto riesgo de LA/FT.

La res. 28 establece, como principio, que los seguros patrimoniales son de riesgo bajo, al establecer en el art. 31 que quienes contraten únicamente ese tipo de seguros podrán estar sujetos a medidas de debida diligencia simplificada, lo que concuerda con los lineamientos del GAFI en materia de seguros. Sin perjuicio de ello, la res. 28 ha establecido ciertas obligaciones respecto de los seguros patrimoniales de riesgo bajo, que no se condicen con el nivel de riesgo asignado. Por ejemplo se exige para la contratación de cualquier seguro, aun cuando se contrate en forma no presencial, la obligación de conformar la DDJJ de PEPs y de sujetos obligados además de la entrega de la constancia de inscripción del sujeto obligado. El agregado de estas obligaciones implica un agravamiento de las exigencias respecto de los seguros de bajo riesgo y escaso monto, versus las exigencias establecidas por la norma anteriormente vigente, lo que complica la comercialización de este tipo de seguros.

III.1.2. Elementos de cumplimiento

En el art. 7º de la res. 28 se enumeran los elementos mínimos de cumplimiento que debe contener el sistema de Prevención de LA/FT, entre los que se establecen: 15 políticas diferentes, la obligación de capacitar al todo el personal, designar a un OC, la exigencia de un revisión por parte de un profesional independiente, acciones a adoptar respecto de los productores que incumplan con las obligaciones y contar con un modelo organizativo que tenga en cuenta los Principios de Gobierno Corporativo. Asimismo el art. 20 de la res. 28 también exige poner en práctica un Código de Conducta.

Se deben incluir en el Manual de Procedimientos la totalidad de las políticas y procedimientos enumeradas en el art. 7º de la res. 28. La mayoría de las Políticas y Procedimientos eran ya requeridos por la res. UIF 202/2015 o según las mejores prácticas de mercado, por lo que resultará solamente necesario efectuar una revisión integral del manual de Políticas y Procedimientos para adecuarlo a los requerimientos de la res. 28.

En lo que respecta al OC y al equipo de apoyo, el art. 11 de la resolución reitera en lo general lo establecido por el régimen precedente, exigiendo que el equipo de soporte tenga una dedicación exclusiva, que no podrá coincidir con el equipo de control/auditoría interna. Entendemos que, en este punto existe una contradicción, ya que se exige dedicación exclusiva, pero por otra parte se permite que dichas personas

(18) Resaltamos que existen pocas compañías aseguradoras que comercialicen exclusivamente seguros patrimoniales. Es usual que la mayoría de las compañías comercialicen seguros de vida obligatorio o accidentes personales conjuntamente con los seguros patrimoniales, por lo que esta previsión será de escasa aplicación.

integren otros equipos con excepción del de control/auditoría interna.

Se exige asimismo designar un OC suplente, algo que anteriormente era facultativo. También prevé la posibilidad de designar un OC corporativo en el caso de grupos empresarios y prevé la obligación de constituir un Comité de Prevención de LA/FT (el que podría ser corporativo) el que debe contar con un reglamento interno. Los SO pueden prescindir del Comité de Prevención de LA/FT cuando en virtud de la autoevaluación de riesgos consideren que no resulta necesario, o cuando se trate de empresas aseguradoras que comercialicen únicamente seguros de daños patrimoniales.

Las *Políticas y Procedimientos* deben ser aplicados en todas las filiales y sucursales del SO, y en el caso de contar con sucursales o filiales en el exterior, se debe aplicar siempre la norma de mayor rigor, en la medida que la legislación lo permita.

Se permite la externalización de ciertas tareas administrativas de soporte, siempre que se adopten las medidas para proteger los datos personales. Se excluyen de la externalización las funciones reservadas al OC y al órgano de administración y la debida diligencia continuada, incluyéndose el análisis de las alertas y la gestión de los ROS.

En lo referente a la conservación de la documentación se han mantenido los mismos plazos de guarda, agregándose la obligación de digitalizar y conservar en medios magnéticos, electrónicos u otra tecnología similar protegidos contra accesos no autorizados. Se eliminó la obligación de tener que informar la ubicación de los archivos externos, manteniéndose la obligación de tener capacidad para ponerlos a disposición de la autoridad supervisora en el plazo que disponga la normativa de supervisión aplicable.

Respecto de la capacitación se establece como prioridad la inclusión del Enfoque Basado en Riesgos, la obligación de capacitar a todo nuevo personal dentro de los 60 días hábiles del ingreso y se establecen los contenidos mínimos que el programa de capacitación debe contener.

Por último la res. 28 exige realizar evaluaciones anuales, una por parte de un Revisor independiente, en los términos de la res. UIF 67 E/2017, y la otra por parte del área de Auditoría/control Interno de las Compañías.

III.1.3. Debida Diligencia Política de Identificación y Conocimiento del cliente

Unos de los principales cambios en la materia, está dado por el Enfoque Basado en Riesgos, que ha permitido eliminar los umbrales para requerir información para la conformación del legajo del cliente (19).

A partir de la entrada en vigencia de la Resolución, cada Compañía deberá segmentar su cartera de acuerdo a la autoevaluación realizada y los riesgos detectados y definir la cantidad de segmentos en que dividirá su cartera de clientes. Como mínimo la cartera debe ser segmentada en riesgo alto, medio y bajo. Aclaramos en este punto que el nivel de riesgo alto (tomado como riesgo general del mercado asegurador) será diferente en cada compañía, siendo el riesgo alto de una compañía de vida con capitalización mucho más alto que el riesgo alto de una compañía de seguros patrimoniales.

Se permite recabar la información y documentación para conformar el legajo del cliente por medios físicos o electrónicos.

Los productores y demás intermediarios y agentes cuentan con un plazo de 30 días corridos contados desde la emisión de la póliza para remitir la información y documentación necesaria para la debida identificación de los clientes. La res. 28 menciona que la ausencia o imposibilidad de identificar a los clientes debe entenderse como un impedimento para el inicio de las relaciones comerciales y, de ya existir dichas relaciones, para continuarlas. En este punto será muy importante definir en los manuales de procedimiento, cuáles serán los pasos a seguir ante el faltante de información y documentación y en qué casos y ante el faltante de que información y documentación se proce-

(19) Sin embargo esta modificación traerá ciertas complicaciones para los intermediarios de seguros, que deberán solicitar la información para completar el legajo del cliente en forma diferenciada para cada compañía aseguradora.

derá a discontinuar la relación el cliente. Ello ya que entendemos que si la información o documentación faltante no es relevante para el nivel de riesgo asignado al cliente y a la operación y con la información obtenida es posible identificar al cliente, se podría continuar operando con el cliente adoptando medidas adicionales de debida diligencia conforme un Enfoque Basado en Riesgos (conforme art. 35 de la res. 28).

Se permite compartir legajos entre empresas del mismo Grupo, si se cuenta con autorización del cliente y se suscriben entre las diferentes empresas acuerdos de reciprocidad. Asimismo se concede la facultad al cliente de solicitar a los SO que comparta la información con otros SO. Se permite también compartir las tareas de debida diligencia realizadas por terceras personas jurídicas supervisadas por el BCRA, CNV y SSN, con excepción de la debida diligencia continuada y monitoreo, análisis y reporte de operaciones. El art. 33 de la res. 28 establece los requisitos que se deben cumplir para tal fin.

Se establecieron como parámetros a considerar en los procedimientos de Debida Diligencia del cliente los siguientes: a) Producto/s adquiridos, b) Forma de pago de la póliza, c) Actividad económica, d) Nacionalidad, e) Lugar de residencia, f) Volumen transaccional estimado o volumen transaccional real (prima acumulada), g) Forma societaria, h) Calidad de persona expuesta políticamente, i) Bienes y sumas aseguradas, j) Información adquirida de sitios web o informes periodísticos, k) Antigüedad del cliente, y l) Discrepancia entre el Asegurado y/o Tomador de la póliza y el Titular del Bien Asegurado. Solo para los seguros de vida con componente de inversión y retiro colectivo, cuando difieran el Tomador y el Asegurado de la póliza, se requiere evaluar el Riesgo de LA/FT respecto de cada uno ellos. La aplicación, el alcance y la intensidad de la Debida Diligencia se escalonarán —como mínimo— de acuerdo a los niveles de riesgo alto, medio y bajo.

El art. 23 de la res. 28 establece un tratamiento diferencial, respecto de ciertos clientes, a los cuales no se les requerirá ninguna información o documentación adicional a la que reglamentariamente corresponda, salvo que exista sospecha de LA/FT. Estos clientes serán los que contraten exclusivamente los seguros obligatorios mencionados en el artículo citado.

En lo relacionado a la identificación de los clientes, y si bien se han eliminado los umbrales, se mantienen tres niveles distintos de debida diligencia, una identificación con datos mínimos (arts. 24 a 26 y 31 de la res. 28) para los casos de riesgo bajo, una identificación en la que se agrega documentación (art. 29 de la res. 28) para los casos de riesgo medio, y una identificación reforzada (art. 30 de la res. 28) para los casos de riesgo alto. Se permite la remisión de la información y documentación para la identificación de clientes no presenciales por medios electrónicos. Se mantienen los procedimientos especiales de identificación para los casos de pagos de indemnizaciones y cesiones de derechos, agregándose en este último caso la obligación de llevar un registro de cesiones de derechos. Respecto de este último punto se agrega la obligación de identificar al pagador de la póliza cuando difiera del asegurador y/o tomador de la póliza, y el monto de las primas acumuladas en los últimos 12 meses sea superior a 30 salarios mínimos vitales y móviles y se aclara que en el caso de coseguro es la compañía piloto quien debe solicitar la información y documentación y remitirla a las restantes compañías.

Se requiere en todos los casos, sin perjuicio del nivel de riesgo de LA/FT asignado al cliente, (i) realizar la verificación contra listas de Terroristas (Conf. res. UIF 29/2013, (ii) conformar, presencialmente o por medios electrónicos, la DDJJ de PEP y (iii) exigir la DDJJ de sujeto obligado y la constancia de inscripción ante la UIF. Como ya se mencionó, la conformación de la DDJJ de PEP y la documentación correspondientes a los Sujetos Obligados para los clientes de riesgo bajo es una nueva obligación que no era exigible en la res. 202/2015.

Respecto a la exigencia de requerir, a los SO personas físicas y jurídicas que contraten pólizas, ciertas obligaciones, se agregan respecto de este punto varias obligaciones, incluyendo en el caso específico de Fideicomisos que las Compañías deberán solicitarle a los mismos, además de lo previsto en el art. 25 de la resolución: (i) la acreditación del registro ante la UIF, (ii) la identificación del Oficial de Cumplimiento y (iii) copia del Manual de Prevención de LA/FT, verificando que contenga políticas y procedimientos para la identificación y verificación de la identidad de clientes.

Se establece también la obligación de realizar un seguimiento continuo de las operaciones de los clientes a fin de identificar la necesidad de modificar el perfil y su nivel de riesgo asociado. Se exige la actualización de los legajos de los clientes, como mínimo en forma anual, para los clientes de riesgo alto, y cada tres años en los casos de clientes de riesgo medio, dejando a criterio de cada compañía la periodicidad de actualización de los legajos de los clientes de riesgo bajo. Ante la ausencia de colaboración o reticencia por parte de los clientes para la entrega de datos o documentos requeridos, se deberá efectuar un análisis con un Enfoque Basado en Riesgos, en orden a evaluar la continuidad o no de la relación con el mismo y la decisión de reportar las operaciones del cliente como sospechosas, de corresponder.

La res. 28 aclara que la ausencia de colaboración o falta de documentación no configura por sí misma la existencia de una Operación Sospechosa, debiéndose evaluar dicha circunstancia en relación a la operatoria del cliente y los factores de riesgo asociados, a fin de analizar la necesidad de realizar un ROS.

Asimismo, respecto de los clientes SO se exige realizar un monitoreo y seguimiento de las operaciones con un Enfoque Basado en Riesgos estando autorizadas las Compañías a requerir información y documentación adicional en estos casos. Ante la ausencia de colaboración o reticencia injustificada del cliente SO, o en caso de sospecha de LA/FT, se deberá proceder a aplicar medidas reforzadas de conocimiento del cliente con la obligación de realizar un análisis especial de la relación comercial y, en su caso y si así lo confirma el análisis, emitir un ROS.

III.1.4. Monitoreo Transaccional, Análisis y Reporte

Se exige trazar el perfil transaccional de todos los clientes, sean de riesgo bajo, medio o alto a fin de permitir la detección oportuna de operaciones inusuales. El perfil deberá estar basado en el entendimiento del propósito y la naturaleza esperada de la relación comercial, la información, y en aquellos casos que su nivel de riesgo lo requiera, en la documentación relativa a la situación económica, patrimonial y financiera que hubiera proporcionado el cliente o que hubiera podido obtener el propio SO.

Para realizar el monitoreo transaccional deberán establecer reglas de control de operaciones y alertas automatizadas, las que deberán ser establecidas teniendo en consideración tanto la propia experiencia de negocio, como las tipologías y pautas de orientación que difunda la UIF y/o los organismos internacionales de los que forme parte la República Argentina relacionados con la materia. Se mantiene el carácter de confidencial de los parámetros utilizados, excepto para quienes actúen en el proceso de monitoreo, control, revisión, diseño y programación de los mismos y aquellas personas que los asistan en el cumplimiento de sus funciones. La metodología de determinación de reglas y parámetros de monitoreo debe estar documentada, y ello estar debidamente mencionado y referenciado en el Manual de Prevención de LA/FT. Los organismos nacionales, provinciales, municipales, entes autárquicos y toda otra persona jurídica de carácter público, se encuentran sujetos a monitoreo por parte de los Sujetos Obligados, el cual se realizará en función del riesgo que éstos y sus operaciones presenten y con foco especial en el destino de los fondos. En tal sentido, deberán prestar especial atención a aquellas operaciones cuyo destinatario no sea también un Organismo o Ente.

La UIF sugiere también varios ejemplos que pueden ser considerados como señales de alertas del sistema de monitoreo.

Respecto de los ROS, se ha reducido el plazo para efectuarlos, una vez concluido que existe sospecha de lavado de activos, de 30 días corridos a 15 días corridos, manteniéndose el plazo máximo para su análisis en 150 días corridos.

III.1.5. Regímenes Informativos

El art. 39 de la res. 28 ha incluido un listado con nuevos reportes sistemáticos con valores de bienes asegurados o rescates reducidos, lo que implicará la obligación de incluir en los RSM, gran cantidad de operaciones. Asimismo, los nuevos RSM exigen brindar a la UIF mucha más información sobre los clientes y titulares de los bienes asegurados, información que no siempre está disponible para las aseguradoras.

III.1.6. Sujetos Obligados con Régimen Diferenciado

En los art. 40 a 43 de la res. 28 se reglamentan las obligaciones de los Intermediarios de Seguros, las Empresas Reaseguradoras e Intermediarios de Reaseguros, y de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y Empresas Aseguradoras con objeto exclusivo de Transporte de Pasajeros. Respecto de los Intermediarios de Seguros se mantienen la diferenciación de intermediarios con patrimonio elevado y respecto de los que operan menor volumen, continúan ambos obligados a solicitar la información y documentación de los clientes y remitirlas a las aseguradoras dentro de los 30 días corridos de emitida la póliza.

Adicionalmente a la obligación de solicitar la información y documentación de los clientes y remitirlas a las aseguradoras, los Intermediarios de seguros de patrimonio elevado tienen las mismas obligaciones que las empresas aseguradoras, con excepción de lo dispuesto en los art. 27 (Procedimientos Especiales de Identificación) y 39 (RSM); y los Intermediarios de seguros de patrimonio reducido tienen las siguientes obligaciones: (i) registrarse ante la UIF según lo dispuesto en la res. UIF 50/2011, (ii) designar un OC, (iii) tomar capacitaciones anuales en la materia; (iv) entregar la certificación de las capacitaciones realizadas anualmente a requerimiento de las Compañías con las que intermedien; y (v) realizar los ROS en caso de detectar operaciones sospechosas,.

Las obligaciones de las empresas reaseguradoras e intermediarios de Reaseguros, y de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y empresas aseguradoras con objeto exclusivo de Transporte de Pasajeros son las siguientes: (i) registrarse ante la UIF según lo dispuesto en la res. UIF 50/2011, (ii) designar un OC, (iii) realizar los ROS en caso de detectar operaciones sospechosas, y (iv) cumplir con lo dispuesto por la res. 29/2013 respectos de los listado de terroristas.

III.1.7. Sanciones

Se mantienen las sanciones ante el incumplimiento de cualquier obligación establecida en la Resolución, pero se aclara que en los casos de inobservancia parcial o cumplimiento defectuoso de alguna de las obligaciones y deberes impuestas en la resolución comentada, que desde un Enfoque Basado en Riesgos no impliquen una lesión o puesta en riesgo del Sistema de Prevención de LA/FT del SO, la UIF podrá disponer medidas o acciones correctivas idóneas y proporcionales, necesarias para subsanar los procedimientos o conductas observadas, conforme el marco regulatorio dictado por esta UIF.

III.2. Conclusión

A modo de conclusión podemos mencionar que coincidimos con la recomendación realizada por la Federación Interamericana de Empresas de Seguros, respecto a limitar en el ámbito del mercado asegurador la aplicación plena de la regulación de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo a los seguros de vida u otros seguros relacionados a inversiones, y extender a los seguros patrimoniales o generales dicha regulación únicamente respecto a las salidas de fondos de las Compañías Aseguradoras (pagos de siniestros, devoluciones de primas, etc.). Ello sustentado en un enfoque basado en riesgos y en base a los antecedentes de reportes de operaciones sospechosas efectuados por el sector.

IV. El *compliance* y la ley 27.401

Tal como surge de los capítulos anteriormente tratados, no sólo las compañías de seguros sino los intermediarios y los agentes en seguros están ya (o debieran estar) familiarizados con la actividad de *compliance* como exigencia local (20), con motivo de la normativa vigente en materia de LA/FT y las obligaciones que contiene la misma desde hace muchos años (21).

(20) Es claro que aquellas empresas o, por ej., *Brokers* con accionistas extranjeros pueden tener ya incorporados la mayoría de los elementos que ahora exige la Ley RPPJ, al ser pasibles de ser alcanzados por otras normas conocidas en la materia como ser, FCPA, UK Bribery Act, Ley Anticorrupción de Brasil o Ley Orgánica 5/2010 de España y sus modificatorias.

(21) Cabe señalar en este sentido, que las compañías de seguros, los intermediarios y los agentes son sujetos obligados en materia de LA/FT desde la vigencia de la ley 25.246 en el año 2000 (cfr. art. 20).

A partir de la vigencia de la Ley 27.401 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ("Ley RPPJ"), es necesario que los referidos actores en el mercado de seguros adecuen sus programas de integridad o *compliance* a los requerimientos de esta nueva norma.

Seguidamente nos referiremos a esta cuestión, orientándonos más específicamente al impacto de la ley en las aseguradoras.

IV.1. Breve introducción a la ley

No es nuestra intención extendernos en aspectos que son tratados seguramente con mayor conocimiento y profundidad en otros trabajos de esta obra colectiva, pero a modo introductorio diremos lo siguiente sobre ciertos aspectos principales de la Ley RPPJ que luego nos permitirán abordar las implicancias que se producen particularmente en la actividad.

La Ley RPPJ establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas únicamente (22) por los delitos que se enumeran en su art. 1º; esto es: (i) cohecho y tráfico de influencias; (ii) negociaciones incompatibles con la función pública; (iii) concusión; (iv) enriquecimiento ilícito y (v) balances e informes falsos agravados.

De lo previsto en la norma surge que la empresa será responsable:

(i) Por los delitos cometidos directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio (23);

(ii) Si quien hubiere actuado fuere un tercero aun careciendo de atribuciones para representar a la empresa, siempre que esta última hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita (24).

(iii) En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria (25).

Por su parte, la persona jurídica no será responsable:

(i) Si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla (26);

(ii) Aun cuando la persona humana no fuere pasible de identificación o juzgamiento, si el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica (27);

(iii) Cuando simultáneamente: (1) La empresa se haya denunciado en forma espontánea por un delito previsto en la ley y como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; (2) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de la ley, con anterioridad al hecho y cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito y (3) hubiese devuelto el beneficio indebido obtenido (28).

Por último en lo que a esta descripción inicial respecta, diremos que las sanciones que prevé la norma son muy relevantes (29) y, más allá de la cuestión ética (30), justifican sobradamente

(22) La ley tuvo ciertas idas y vueltas en lo referente al universo de delitos abarcados, criticándose que se excluyan otras determinadas figuras relacionadas con la corrupción (cfr. Durrieu, Nicolás – Vidal Albarracín, Guillermo, "Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción", *El Dial,* 2018 y Beccar Varela, Manuel, "Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción. Un gran avance y una llamativa omisión", *Revista ADLA 12*, 2017, p. 8.

(23) Conf. art. 2º.

(24) Ídem.

(25) Conf. art. 3º.

(26) Conf. art. 2º.

(27) Conf. art. 6º.

(28) Conf. art. 9º.

(29) Art. 7º: 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; 4) 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; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

(30) Es decir, sin perjuicio del incentivo que supone adoptar el compromiso de la persona jurídica con la prevención de hechos de corrupción edificando y practicando una cultura ética empresaria (cfr. Munilla Lacasa,

atender al cumplimiento de sus disposiciones para evitar consecuencias que pueden ser irreparables para las empresas.

IV.2. Aspectos a tener en cuenta por parte de las aseguradoras

IV.2.1. Un aspecto clave: La existencia de Programa de Integridad "adecuado". Los incentivos de la ley para su implementación. Elementos obligatorios y optativos

Seguidamente nos referiremos directamente a, quizás, el aspecto central de la Ley RPPJ.

Como hemos visto de su referencia como uno de los elementos que necesariamente debe concurrir para la eventual exención de pena en caso de delito, la existencia un Programa de Integridad es un elemento de esencial cumplimiento.

Ahora bien, su relevancia se desprende además de la obligatoriedad de contar con un Programa de Integridad adecuado para poder contratar con el Estado Nacional en determinados tipos de contratos; aspecto sobre el que volveremos luego.

Pero aún más. Es mucho más probable que se configure el supuesto de exención de responsabilidad cuando media la actuación del tercero si se tiene configurado un Programa de Integridad con los elementos descriptos en los arts. 22 y 23 de la ley, pues sin dudas ello tornará más factible que surjan a tiempo señales de alarma y con ello se tenga la posibilidad de evitar la ratificación de una gestión ajena a la voluntad de la empresa.

Lo mismo cabe decir en relación al supuesto de responsabilidad en los casos de adquisiciones de empresas que antes también mencionáramos.

Y llegado el caso que no se pueda arribar a un supuesto de exención como lo que hemos visto, debe tenerse igualmente en cuenta que el cumplimiento de un Programa de Integridad *adecuado* permitirá indudablemente sostener una argumentación que permita atenuar la pena (31).

Al final del día y en el mismo orden de ideas, en caso que se presente el supuesto de un Acuerdo de Colaboración Eficaz (32) que permita la reducción de la pena (33), dicho acuerdo debe contemplar el cumplimiento (o su modificación o mejora) de un Programa de Integridad en los términos que prevé la ley (34).

Vistas las razones que permiten sostener la centralidad y relevancia de contar con un Programa de Integridad, cabe adentrarse en su consideración a la vista de su aplicación en el mercado del seguro.

Comenzaremos por decir que la Ley RPPJ trata al Programa de Integridad en los tantas veces mencionados arts. 22 y 23.

El art. 22 contiene en primer término su definición como el "conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley".

Luego y en un aspecto sin dudas de importancia, dispone que "deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación".

Por su parte, el art. 23 establece que conforme las pautas de la norma precedente —de modo de aunar ambos contenidos— el Programa de Integridad deberá contener los siguientes elementos:

(i) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de

Hernán, "Los programas de integridad en la nueva Ley Penal Empresaria: su alcance y forma de evaluación", *La Ley,* 2017, AR/DOC/3054/2017).

(31) Conf. art. 8º.

(32) Previsto en el art. 16 y ss.

(33) Conf. interpretación sostenida en Durrieu, Nicolás – Vidal Albarracín, Guillermo, op. cit.

(34) Conf. art. 18, inc. g).

forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;

(ii) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;

(iii) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Luego prevé aquellos elementos que se consideran optativos:

(i) El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;

(ii) El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;

(iii) Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;

(iv) Una política de protección de denunciantes contra represalias;

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

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

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

(viii) El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;

(ix) Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;

(x) El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

Luego de señalar los elementos que con claridad define la ley, corresponde aclarar que en ninguna de ambas normas se alude expresamente a la caracterización como *adecuado* del Programa de Integridad; sino que la misma surge del art. 9º, inc. b) referido a uno de los requisitos que debe verificarse para procurar la exención de la pena (35) y luego en el art. 24 que establece la obligatoriedad de contar con un Programa de Integridad en los términos de los arts. 22 y 23 para contratar con el Estado Nacional.

Es decir, que el programa que se exige en la Ley RPPJ para tan relevantes efectos y considerarse como *efectivo* (36), en contraste con un conjunto de elementos formales o cosméticos, implica el cumplimiento de todos los elementos reseñados, los que incluyen la ponderación de los riesgos propios de la actividad, su dimensión y capacidad económica (37).

IV.2.2. La actividad de las aseguradoras y la interacción con el sector público. El caso de las contrataciones públicas

En este punto es necesario precisar cómo se realiza generalmente la comercialización de los seguros, para luego adentrarnos en los aspectos en que debe enfocarse el análisis de *compliance* desde el punto de vista de la Ley RPPJ.

Así, conforme lo dispuesto por la ley 22.400 (38) y los arts. 53 y 54 de la ley 17.418 (39), la comercialización de seguros se lleva adelante

(35) Si bien referido a un "sistema de control y supervisión".

(36) La completa enunciación de elementos que contienen los arts. 22 y 23 permiten considerar que, *a priori*, están dados las condiciones para que el Programa de Integridad sea considerado efectivo, lo que finalmente dependerá la cultura ética que logre edificar la empresa.

(37) Conf. art. 22, párr. 2º.

(38) Régimen de los productores asesores de seguros (BO 18/02/1981).

(39) Ley de Seguros (BO 6/09/1967).

a través de dos figuras principales (40): (i) *Productor asesor directo*, que es la persona humana que realiza las tareas de intermediación, asesoramiento e información entre la aseguradora y el asegurado para promover la concertación de contratos de seguros.

Dentro de esta categoría incluimos la figura del *Productor asesor organizador*, que es la persona humana que se dedica a dirigir y asesorar a las productores asesores directos (como mínimo 4) que forman parte de una organización.

La conocida figura del *Broker* es una sociedad comercial integrada por *Productores asesores directos* (41) y es la manera en que se conocen en la práctica del mercado a los Productores asesores organizadores antes mencionados organizados bajo una sociedad comercial.

(ii) *Agente institorio*, que es la persona jurídica que, como mandatario de la aseguradora, tiene encomendada la promoción y celebración de contratos de seguros.

En ambos casos deben registrarse ante la Superintendencia de Seguros de la Nación (42).

Las diferencias entre ambas figuras, como se ha dicho (43), son esencialmente las siguientes:

(i) Los Productores son meros intermediarios para promover la celebración de contratos de seguros y la para la ejecución de ciertos actos materiales de la operatoria de un contrato ya celebrado entre el asegurado y el asegurador o un representante del mismo, como por ejemplo, la entrega de instrumentos emitidos por el asegurador o la retransmisión de denuncias de siniestro.

(ii) El Agente institorio, en cambio, obra como mandatario del asegurador siendo su función más relevante, la celebración de contratos de seguros.

Es de interés aclarar que puede darse el supuesto en que la aseguradora otorgue mandato institorio a un Productor asesor directo y/o a un Productor asesor organizador, pero en este caso la actuación como agente desplaza a su actuación como intermediario (44).

Ahora bien, reseñadas muy sintéticamente estas cuestiones básicas de la actividad y sin perjuicio de la conveniencia de una visión de *compliance* mucho más amplia que abarque los aspectos anteriormente tratados, a la luz de la Ley RPPJ las aseguradoras deberían hacer foco principalmente en su red de comercialización.

En efecto y como es de toda lógica, si se tiene en cuenta que el universo de delitos comprendidos en la Ley RPPJ se vincula con la actividad de relacionamiento con el Estado y con los funcionarios públicos, debería comenzarse por evaluar cómo es precisamente dicha vinculación; a través de qué modalidades, directamente mediante empleados de la compañía o a través de productores o agentes y respecto de qué productos.

Eso llevará a abordar un análisis de los riesgos propios de la actividad, como lo requiere el art. 22 de la ley, en el que deberían actualizarse los procedimientos previstos para la interacción con el sector público insertos en el Código de Conducta (45) y aquellos que se refieren a la comprobación de la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocio, incluyendo —como dice expresamente la norma— agentes e intermediarios (46).

Debe recordarse que en el caso específico de las contrataciones públicas, las que se presentan continuamente y para todo tipo de coberturas (47), es obligatorio contar con un

(40) Conf. López Saavedra, Domingo M., "Ley de Seguros comentada", La Ley, 2ª ed. actualizada, 2012, t. I, sección XIV.

(41) Conf. art. 20 de la ley 22.400.

(42) En el caso de los productores, rige la res. SSN 24.828/1996 y en el supuesto de los agentes institorios la res. SSN 38.052/2013.

(43) Stiglitz, Rubén S., "Derecho de seguros", La Ley, 6ª ed. actualizada, 2016, cap. XIII, t. I.

(44) Conf. art. 5º de la res. SSN 38.052/2013.

(45) Conf. arts. 23, inc. a) y 24.

(46) Conf. art. 23, ap. VI.

(47) Seguros de flota de autos, contra incendio y contenido, responsabilidad profesional, errores y omisiones, obras de arte, seguro técnico, de responsabilidad civil (RC) y accidentes personales, RC de ascensores, ART, de vida, etc.

Programa de Integridad adecuado conforme los arts. 22 y 23 de la ley en los casos de contrataciones con el Estado Nacional en dos supuestos: (i) según la normativo vigente, por su monto, deba ser aprobada por la autoridad competente con rango no menor a Ministro (48) y (ii) se encuentren comprendidas en el art. 4º del dec. 1023/2001 (49) y/o las leyes 13.064 (50), 17.520 (51) y 27.328 (52).

En consecuencia y siendo que la mayoría de las contrataciones públicas de seguros se llevan adelante bajo el ámbito de aplicación del referido art. 4º del dec. 1023/2001, reglamentado actualmente por el dec. 1030/2016, que incluye los contratos de servicios —y los seguros encuadrarían en esa categoría—, se impone la consideración de esta circunstancia, sea que se trate de una actuación directa de la aseguradora o mediante un Productor asesor o un Agente institorio.

Tanto en el caso de los Productores asesores como el de los Agentes institorios, media con la aseguradora una relación contractual, en un caso de intermediación y en el otro de mandato o agencia (53), que en todo caso habrá que revisar para dotar en la medida de lo posible de mayores resguardos a la compañía en relación a los aspectos que trata el Programa de Integridad.

Sería entonces conveniente contar con cláusulas de suministro de información, capacitación, rescisión y monitoreo y auditoría de modo de poder ser efectivos en el control del cumplimiento de los parámetros de la Ley RPPJ en relación a estos intermediarios y agentes.

Recordamos que en el caso de la actuación de terceros, la empresa no será responsable aun si actuare quien no contaba con representación suficiente pero generó su beneficio o interés, si no media ratificación de su gestión, lo cual exige contar con alarmas oportunas que permitan no convalidar (incluso tácitamente) dicho accionar.

En este contexto y aun en un plano más amplio que el que propiamente constituye la contratación pública, debiera incluirse en los Programas de Integridad la consideración de otras normativas que regulan la interacción con el sector público, como por ejemplo y solo para citar algunas, el *R*égimen de *registro de obsequios y viajes* (54), el *Código de Ética* que rige el accionar de los empleados de la AFIP (55) y los *Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina* (56).

Cabe agregar que la mención a los dos últimos ejemplos evidencia la necesidad de ponderar en el contexto de esta ley, la naturaleza del sujeto público con quien se interactúa, que puede contar con normativa propia y específica que corresponda considerar.

Un aspecto positivo a remarcar en el marco de los aspectos que se vienen tratando y como anticipáramos, es lógicamente que todo lo actuado en relación a las obligaciones actualmente exigidas en materia de LA/FT indudablemente colabora en la actualización que resulta necesaria a la luz de la Ley RPPJ en este mercado específico.

En efecto, siendo tanto las aseguradoras como los intermediarios y agentes sujetos obligados bajo la ley 25.246 —como vimos—, existe ya una práctica de *compliance* de años cuyas actuales y muy recientes exigencias establecidas por la res. UIF 28/2018 deben aprovecharse para el cumplimiento de la finalidad de la Ley RPPJ.

En ese sentido, citamos por ejemplo —entre muchos otros— que la referida norma prevé que el sistema de prevención en LA/FT debe considerar como elemento de cumplimento,

(48) Conf. art. 2º del dec. 277/2018 que reglamentó el referido art. 24, inc. a) de la Ley RPPJ.

(49) Régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional (BO 16/08/2001).

(50) Ley de Obras Públicas (BO 28/10/1947).

(51) Ley de Concesión de Obra Pública (BO 13/11/1967).

(52) Ley de Contratos de Participación Público-Privada (BO 30/11/2016).

(53) Conf. López Saavedra, Domingo M., op. cit.

(54) Conf. res. 18-E/2017 (BO 10/08/2017) de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.

(55) Conf. disposición AFIP 86/2018 (BO 26/03/2018).

(56) Conf. decisión administrativa 85/2018 (BO 14/02/2018).

"la descripción de las acciones a adoptar respecto de los Productores Asesores de Seguros, Sociedades de Productores de Seguros y Agentes Institorios frente a los incumplimientos de las obligaciones dispuestas por la presente resolución" (57).

IV.2.3. Las operaciones de M&A

Por último, no queremos dejar de mencionar que otro aspecto a tener especialmente presente por parte de las aseguradoras es su actuación en supuestos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria (58).

En tales casos y, como anticipáramos, para evitar resultar responsable por la actuación anterior de la persona jurídica objeto de estas operaciones, se impone adecuar la actividad típica de *due diligence* a la consideración de los requerimientos de esta nueva norma.

V. Conclusión

A modo de conclusión, puede decirse que la actividad aseguradora experimenta en la actualidad un contexto normativo riguroso en materia de LA/FT, al que ahora se le suma —como a todas las empresas por cierto— el estándar de *compliance* que conlleva el cumplimiento de la Ley RPPJ.

La profusa normativa que en materia de transparencia se viene dictando en este último tiempo y a la que en parte nos hemos referido en el presente trabajo demanda el establecimiento de un Programa de integridad que contenga políticas, procedimientos y controles exigentes.

En particular y dada la modalidad de comercialización vigente en la actividad aseguradora, deberán coordinarse esfuerzos para actuar conjuntamente con los intermediarios y agentes de modo de arribar a un resultado efectivo. Por lo demás y desde otro punto de vista, el programa a encarar o mejorar no debe desconocer lo expuesto en materia de fraude.

Se advierte como especial foco de atención, lo concerniente a la contratación pública y la demás interacción con el sector público.

Finalmente, es de esperar que se emitan nuevas reglamentaciones en materia de la Ley RPPJ y no debería descartarse alguna modificación a la res. UIF 28/2018 en relación a algunos de los aspectos de mejora que hemos tratado en este trabajo.

(57) Conf. art. 7º, inc. t).

(58) Conf. art. 3º.

Compliance en el ámbito de las entidades financieras

POR **MARÍA CECILIA LANÚS OCAMPO** (*)

I. Introducción

La función de cumplimiento en el sistema financiero argentino comenzó a cobrar una relevancia particular hacia fines de 2017 con la sanción de la ley 27.401 y decreto reglamentario 277/2018 que estableció el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas.

Es sabido que este plexo normativo focaliza estrictamente en dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública, en efecto se les pide que diseñen e implementen acciones concretas anticorrupción por medio de herramientas y en concreto señala la implementación de los llamados "Programas de Integridad". Además, cuando merezcan ser investigadas las personas jurídicas por la posible comisión de un delito, estas cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

¿Cuál es el estado de situación en lo que respecta a la tarea de cumplimiento en la industria financiera? En principio lo que hace a *compliance* en la industria financiera no es nuevo. Es más al ser una actividad tan regulada se puede afirmar que los anticuerpos y sistemas funcionan desde siempre, claro está no con los atributos actuales.

Este trabajo pretende focalizar en el deber de cumplimiento de lo general a lo particular a la luz del nuevo régimen y con particular referencia al sistema financiero argentino. Para los bancos, obviamente ya existen de hace tiempo lineamientos específicos vinculados a una cultura de cumplimiento como se señaló y limitado a áreas muy específicas (tal es el caso de la materia de Prevención de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y crimen organizado). A los fines de cumplir hay que hacer los ajustes necesarios para cumplimentar (valga la redundancia) y satisfacer de modo adecuado el nuevo régimen y evitar sanciones.

La implementación del nuevo régimen para las entidades financieras conlleva un profundo cambio en el gobierno corporativo de la sociedad transformando en esta oportunidad de modo más consiente su cultura, políticas, procesos, sistemas de manera eficiente y acorde a los objetivos establecidos y con la finalidad

(*) Abogada, UBA. Doctora en Finanzas, Universidad del CEMA. Máster en Finanzas, UCEMA. Magíster en Derecho Empresario, Universidad Austral. Certificación Internacional en Ética y *Compliance* AAEC, UCEMA y IFCA. Directora de la Carrera de Abogacía y del Área de Estudios en Derecho y Finanzas en la Universidad de CEMA. Profesora Universidad del CEMA, Universidad Argentina de la Empresa, Universidad de San Andrés y Escuela posgrado CPACF. Profesora Invitada Maestría del Derecho Comercial y de los Negocios, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de la Certificación Internacional en Ética y *Compliance* AAEC, UCEMA y IFCA UCEMA. Consultora en regulación bancaria y servicios financieros. Actualmente se desempeña como Consultora Independiente y está asociada a proyectos con *Riskbusiness Latin America.*

Las opiniones vertidas en el presente trabajo son exclusiva responsabilidad de la autora y no reflejan la opinión de UCEMA.

preventiva hacia la comisión de delitos contra la Administración Pública.

La ley hace hincapié en una herramienta en particular y dispone que las personas jurídicas comprendidas en el régimen deben implementar un "Programas de Integridad" y define al mismo como un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por el régimen [conf. art. 22 de la ley 27.401 (1)].

Esto me lleva a un tema central que desarrollaré en el presente trabajo que gira en torno a la importancia de un sólido programa de gobierno societario o corporativo y de gestión de riesgos de cumplimiento para el éxito en la implementación del "Programas de Integridad".

El gobierno societario y la gestión de riesgos de cumplimiento (dos caras de una moneda, que cohabitan simultáneamente), son aspectos medulares en el ejercicio del *compliance* para el sistema financiero.

Tanto para las empresas en general como en el caso de las entidades financieras los aspectos de la función de cumplimiento como la herramienta de administración, su programa de integridad es un aspecto referido a los grandes temas que abarca el gobierno societario, siendo esto así el compromiso recae en el *management,* en el directorio y alta gerencia. Son ellos quienes deben ser los primeros interesados y comprometerse en el éxito de la implementación, en esa oportunidad con el peso de la ley penal.

Es importante adelantar que en esta especialidad no hay estándares predefinidos, formatos o modelos de *"copy paste",* es tarea para pensar y diseñar de cada persona jurídica y su *management*. Como en toda empresa la estrategia del negocio se administra y se toman decisiones, decisiones de riesgos referidas al negocio constantemente. Sobre esas bases, cada programa a diseñar será único (un traje a medida) acorde a las necesidades y realidades de la entidad financiera.

En este orden prima el criterio de proporcionalidad (2), el programa de integridad deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica.

La necesidad de un Código de Ética o Conducta es una de las áreas aplicadas del gobierno societario, es fundamental que dicho código sea operativo, sea coherente con la realidad del negocio y realidad jurídica. En este mismo orden la ley establece que el Programa de Integridad deberá contener, al menos tres cimientos mínimos: 1- un código de ética o de conducta; 2- políticas y procedimientos y 3- capacitación (3).

Las entidades del sistema financiero que contraten con el Estado Nacional deberán previamente acreditar la existencia de un Programa de Integridad como condición necesaria para poder contratar y es la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos quien deberá precisar el alcance y en qué contrataciones resultará exigible [conf. art. 24 de la ley (4)].

---

(1) Art. 22.- Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

(2) Este principio estaba plasmado en la norma BCRA texto ordenado "Lineamientos de Gobierno Societario".

(3) Conf. art. 23 de la ley: *"a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en la noma; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados".*

(4) Art. 24.- Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los arts. 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de

Compete a la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecer los lineamientos para el cumplimiento al Programa de Integridad (conf. art. 22 de la ley) (5) y su contenido (conf. art. 23 la ley) (6).

II. Gobierno societario y gestión del riesgo: aspectos claves para la implementación del programa de integridad

En el presente acápite procurare evidenciar a fin que el lector pueda comprender la importancia de una sólida gobernanza como requisito para la implementación con éxito de un programa de integridad.

Se define al gobierno corporativo como el conjunto de procedimientos, instancias y prácticas institucionales que intervienen en el proceso de toma de decisiones de la empresa bancaria con el objetivo de que el directorio y alta gerencia se hagan cargo en la toma de decisiones. Ello, en un marco de transparencia, de adecuada gestión, de control de los riesgos y responsabilidad empresarial, hacia la propia entidad (sus propietarios), sus depositantes, inversores y hacia el ente de contralor del sistema.

Hace unos años señalé al comentar aspectos del gobierno societario sobre el rol fiduciario del directorio en entidades financiaras que esta tesis tenía por finalidad refrescar y recordar la importancia de principios elementales como es el paradigma del buen hombre de negocios, ese ser integro, honesto (7). La figura del buen *"pater familias"* que estudiamos en nuestros primeros cursos de grado; el cuidado y la diligencia que todo agente activo y probo acostumbra a poner en la administración de sus propios negocios. (8).

Van hacer casi veinte años que el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea publicó el documento *"Fit and Proper Principles Paper"* (1999) (9). El criterio *"Fit and Proper"* atiende a lo *"ade-*

---

los contratos que: a) según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) se encuentren comprendidos en el artículo 4º del decreto delegado 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

(5) Art. 22, op. cit.

(6) Art. 23.- Contenido del Programa de Integridad. El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

a) un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;

b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;

c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Asimismo, también podrá contener los siguientes elementos:

I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;

II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;

III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;

IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias;

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

IV. 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 rija la actividad de la persona jurídica.

(7) Lanús Ocampo, M. Cecilia, "Gobierno corporativo en entidades financieras. El rol fiduciario del directorio", LL 2006-D, 974.

(8) Nuestro régimen societario que al describir los supuestos de responsabilidad de los directores establece que el director responderá cuando su conducta vulnere el estándar de lealtad, diligencia y del buen hombre de negocios. Léase art. 59, Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984; denominación conf. ley 26.994) y modif.

(9) Fuente: *www.bis.org/publ/bcbs47c4.pdf.*

cuado y correcto" en relación a las cualidades mínimas que deberían cumplir los directores y administradores de las entidades financieras. El objetivo de los criterios enumerados en el Documento del Comité de Basilea que las entidades sean administradas en forma prudente y sólida y que sus accionistas y administradores no sean una fuente de debilidades para estas.

Uno de los principales elementos de los criterios de elección del director "adecuado y correcto" incluye generalmente el análisis de la competencia de las personas propuestas y su capacidad de cumplir con las responsabilidades de su posición (adecuado) y al mismo tiempo realizar un análisis sobre su integridad personal y profesional (correcto).

Para analizar si es la persona adecuada, se tienen en cuenta aspectos formales como su educación, experiencia previa, requisitos formales, etc. Para analizar si es correcta, se tiene en cuenta, antecedentes judiciales, posición financiera (por posibles incompatibilidades morales), acciones para perseguir deudas personales, rechazos, admisiones o expulsiones de asociaciones profesionales o civiles, sanciones aplicadas por organismos reguladores, prácticas comerciales cuestionables, etcétera.

Atendiendo al riesgo que conlleva para los depositantes, interesados y el sistema financiero todo la debilidad en la elección del decisor correcto y adecuado cuando valores que hacen a la integridad afectan al bolsillo de los accionistas y a la supervivencia de la entidad financiera, estos aspectos han de aplicarse y pesar en el proceso de autorización de entidades financieras en la evaluación de sus directivos (10). El Banco Central de la República Argentina evalúa a los promotores y fundadores conforme a lo establecido en el art. 8º de la Ley de Entidades Financieras.

Ese buen hombre de negocios, junto a una adecuada, satisfactoria y eficiente gestión de los riesgos, donde prime la veracidad y no opacidad, etc. Hacia locución a la finalidad de las sanas prácticas en gobernancia que no tienen otra finalidad que señalar sencillamente que haciendo lo correcto se crea valor en las empresas (11).

La materia de gobierno corporativo nunca resulto de demasiado interés frente a la importancia del tema, quizás dado que hacía hincapié en buenas prácticas (al portarse bien) que se dan por conocidas. Así entendido hasta hoy es un instituto poco valorado. Pues bien, hoy recobra interés dado que es un pilar fundamental para

(10) Casos hay muchos solo a modo de ejemplo cito el caso de público conocimiento "Banco Finansur", entidad financiera controlada por el Grupo Indalo, propiedad del empresario Cristóbal López quien se encuentra procesado por supuesta defraudación al Estado a través de la retención indebida del impuesto al combustible por parte de Oil Combustibles, una de las empresas del ex Grupo Indalo, ahora rebautizado Grupo Ceibo. Se les imputa el haberse adueñado de más de 17 mil millones de pesos de impuestos de los que era agente cobrador, porque los compradores de nafta se lo pagaban a su empresa Oil junto al precio del combustible en cada transacción que hacían en sus estaciones de servicio. López nunca giró al fisco el monto de los impuestos cobrados, tal como era su obligación. La entidad se encuentra suspendida por la propia autoridad monetaria desde el 9 de noviembre de 2017 por incumplimiento en los plazos en el plan de recapitalización que sus accionistas habían acordado con el BCRA. En marzo del corriente la sentencia del juez Ercolini dio la posibilidad de que los activos y pasivos privilegiados de esa firma puedan ser absorbidos por otra entidad financiera. Se había recibido una oferta que proponía la asunción de la obligación de pago de la totalidad de los pasivos privilegiados y la contratación de 73 trabajadores, previa indemnización de la totalidad de la dotación del personal del Banco Finansur S.A. y un aporte de Seguros de Depósitos S.A. de $ 150.000.000 y la propuesta del BCRA había sido aceptada por la AFIP, querellante en el expediente en el que se investiga a López, lo que habilitó el camino para que el juez de la causa fallara a favor del levantamiento de la inhibición y para evitar la eventual quiebra afectara a los depositantes y a los trabajadores.

El Banco Finansur todavía es propiedad del empresario Cristóbal López, quien se encuentra detenido por supuesta defraudación al Estado a través de la retención indebida del impuesto al combustible por parte de Oil Combustibles, una de las empresas del ex Grupo Indalo, ahora rebautizado Grupo Ceibo.

(11) En ese contexto la toma de decisiones de administración bancaria por parte del Directorio y la alta gerencia en las entidades financieras es crítica. Para incrementar valor y optimizar la riqueza del accionista, la dirección de la entidad financiera debe aumentar la utilidad neta, lograr un ROA competitivo (utilidad neta / activo total) y un ROE competitivo (utilidad neta / capital). Esto implica desarrollar y vender una cartera atractiva de productos y servicios financieros. (Lanús Ocampo, LL 2006-D, 974).

llegar a buen puerto en la materia que hoy nos ocupa.

El Banco Central de la República Argentina estableció los llamados *"Lineamientos para el gobierno societario de entidades financieras"* a fin de aproximarse en esta temática a los modelos requeridos por la comunidad financiera internacional (Basilea II y III (12)). Es una norma muy sana y por demás necesaria para nuestro sistema financiero, refuerza la prudencia en la conducción de un negocio de riesgo de descalce y alto *leverage*. Esta norma pone foco en la responsabilidad de los propietarios, el directorio y la alta gerencia.

Los lineamientos obligan a las entidades financieras a implementar en su organización un código de gobierno societario que comprenda a toda la entidad como disciplina integral de la gestión de todos los riesgos. En una muy apretada síntesis se describe en qué consiste el gobierno societario en entidades financieras:

II.1. Tener un código de gobierno societario

El código de gobierno societario para la norma del BCRA representa la manera en la que el Directorio y la Alta Gerencia (alcanza a la Gerencia General y gerentes que tengan poder decisorio y dependan del presidente) dirigen sus actividades y negocio (léase, diseño de políticas para llegar a objetivos, de seguridad y solvencia, riesgos, operaciones, etc.). Los fundamentos y criterios adoptados en ese código deben ser puestos a disposición de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Se entiende que es elemental que todas estas reglas allí plasmadas resulten operacionales, que admitan su monitoreo, evaluación, actualización y cambio de las mismas de ser necesario.

II.2. Deberes del directorio y su calidad independiente

Es deber del directorio la aprobación e implementación del código de gobierno societario, de sus principios y valores. Asimismo de promover y revisar periódicamente las estrategias del negocios y políticas incluyendo la de riesgos determinando los niveles aceptables, se pide de monitorear el perfil de riesgo de la entidad y a nivel gerencial se identifiquen, evalúen, controlen y mitiguen los riesgos asumidos.

Se busca asegurar la inexistencia de conflicto de interés, que no se vea afectado por relaciones o intereses que puedan comprometer su capacidad para ejercer su juicio con imparcialidad y objetividad. Es unánime la tesis de que la participación de directores independientes es fundamental en una organización sana.

II.3. Responsabilidad de la alta gerencia o gerencia general

A nivel de gerente general y gerentes que tengan poder decisorio y dependan de presidencia, estos deben implementar las estrategias y políticas aprobadas por el Directorio; desarrollar procesos que identifiquen, evalúen, monitoreen, controlen y mitiguen los riesgos. Contener sistemas apropiados de control interno y monitorear su efectividad, reportando periódicamente al Directorio sobre el cumplimiento de los objetivos. Se parte del principio en donde si, las responsabilidades son claras, mayor será el cuidado y la prudencia. Ello posibilita una división de tareas que permita identificar responsables por malas políticas o acciones reprochables hasta ilegales.

II.4. Comités específicos de gobierno societario de entidades financieras

Los comités que enumera la norma se agregan a otros existentes específicos en virtud de otros requisitos normativos. Ellos son:

— *Comité de gestión de riesgos*: seguimiento de la gestión de los riesgos de crédito, de mercado, de liquidez y/o de activos y pasivos, operacional, de cumplimiento y de reputación, entre otros y asesora al Directorio sobre los riesgos propios de la entidad.

— *Comité de incentivos al personal*: Es una arista singular las definiciones del regulador que hacen a marcar una tendencia en la *"Política de incentivos económicos al personal".* Se introducen criterios al sistema de incentivos que

(12) BIS, "Convergencia internacional de medidas y normas de capital", Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, Junio de 2004 y "Basilea III: Requerimientos mínimos globales más estrictos Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria", 2010.

una entidad financiera debería instaurar en el código de gobierno societario;

— *Comité de gobierno societario*: evalúa la gestión del Directorio y la renovación y sustitución de la Alta Gerencia;

— *Comité de ética y cumplimiento*: para promover la toma de decisiones apropiadas y el cumplimiento de las regulaciones internas y externas.

Los comités son órganos delegados del directorio, órganos de apoyo a los cuales se confía el examen y seguimiento de diversas áreas de la entidad financiera. Estos órganos tienen por objetivo suministrar al directorio elementos de juicio, asesoramiento y propuestas para desarrollar directorios más precisos y efectivos y - *Prevención de Lavado de activos y FT*

En una breve pero necesaria síntesis vemos plasmado el compromiso de los Directores y Alta Gerencia de las Entidades Financieras, debiendo velar ya no sólo por el cumplimiento de los ratios de solvencia, liquidez, y utilidades a sus accionistas, sino que su rol alcanza a los objetivos estratégicos y valores de la organización. El directorio es vigilante del cumplimiento y responsable del resto de la organización.

Por su parte, ya introducidos en aspectos relativos a la gestión de riesgos de cumplimiento o "*compliance risk*" se definirá en un sentido amplio como el probable riesgo a exponerse a sanciones legales por incumplimiento de las regulaciones y de pérdidas financieras o pérdidas en la reputación de la institución que puedan surgir como resultado de no cumplir con las leyes vigentes, regulaciones, regímenes, códigos de conducta y estándares de buena práctica.

Para el caso de entidades financiaras el riesgo a sanciones legales o normativas que lleven a una pérdida financiera material, o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de incumplir con las leyes, regulaciones, normas, estándares de auto-regulación de la organización, y códigos de conducta aplicables a sus actividades.

En nuestro sistema financiero incorpora a nivel regulatorio la función de cumplimiento desde hace un poco más de una década, principalmente en materia bancaria se introduce específicamente una mención con la incorporación del pilar II gobierno corporativo en Basilea II (2004).

Si bien sobre el particular no hubo un desarrollo en la plaza local específico como sí sucedió con entidades cuyas casa matriz responde a normas de supervisión foráneas; la figura fue tomando forma con la evolución y estandarización de las directrices hacia estándares más exigentes de la mano del régimen de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo, donde la figura del *compliance* es una pieza relevante en la implementación antilavado (13).

Volviendo a la función de cumplimiento, este tiene mayor tradición en los países anglosajones y en Europa. La obligatoriedad y desarrollo del instituto se ha extendido en los últimos diez años como consecuencia de los distintos escándalos financieros. En doctrina se empieza a dar tratamiento al *compliance* en los años 90 y una seguidilla de escándalos financieros incluido el famoso caso Enron (14), se fue extendiendo la importancia del factor cumplimiento, en un principio a la industria regulada y en este aspecto una de las primeras es la financiera.

El enfoque basado en riesgo a fin de gestionar el riesgo de cumplimiento en un sentido general cuenta con algún desarrollo recién a partir de la aplicación de regulaciones a nivel global como la Ley Sarbanes-Oxley, Regímenes de Transparencia, Auditoría, *Compliance*, Buen Gobierno de las Corporaciones, Defensa de la Competencia, Defensa de los Consumidores y

(13) Ver: Texto ordenado Prevención del lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas. Última comunicación incorporada: "A" 6399.

(14) Esta corriente surge como consecuencia de los escándalos financieros de los últimos años, como lo fueron Tyco International, Worldcom, Enron, Global Crossing, Creditors Recovery Corporation, Laboratorio Merck, Banesto, Sahold, Parmalat, Adecco, Yasuo Hamanaka (Sumitomo), Nick Leeson (Barings Brothers), John Rusnak (Allied Irish Bank), Peter Young (Fondos Banco Morgan Grenfell), Bernard Madoff Investment Securities Llc, Kervielel Broker del Banco Francés Société Générale, Stanford Financial Group, Galleon, Alexis Stenfors, Banco Japonés Daiwa, entre otros.

Prevención de lavado de dinero y financiación del terrorismo, entre otros.

Se puede encontrar algún desarrollo inicial pero muy enfocado en el control de los riesgos en materia del cumplimiento normativo y vinculado a las empresas con cotización bursátil en general y las entidades financieras.

Los mercados demandaban la necesidad de mayor transparencia en los procesos, que derivó en una normativa cada vez más exigente con la industria financiera. Especialmente tras la aprobación de la Directiva 2004/39 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo vinculada a los mercados de instrumentos financieros (más conocida como MiFID) en la que se incorpora específicamente la función de cumplimiento. Tiempo más tarde y siguiendo la evolución normativa de la OCDE (cito a modo de ejemplo el caso de España), modifica la Ley Orgánica del Cód. Penal en 2010 y se implementa la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Su estrecha y necesaria vinculación con la implementación de sanas prácticas de gobierno societario deviene como consecuencia lógica de que las penas en su caso, se imponen también a la entidad financiara si cualquier empleado o funcionario comete un delito por no haber estado sujeto a un adecuado y correcto control por parte de los administradores. Esta situación ha hecho que el cumplimiento, la unidad o persona responsable u oficial de cumplimiento sea una de las nuevas y demandadas áreas de trabajo en muchas empresas del sector financiero y no financiero.

En este último aspecto y con un sentido muy amplio en líneas generales podemos definir al cumplimiento como un campo de acción sumamente amplio donde convergen leyes, reglas, normas y estándares para satisfacer de diversas fuentes vinculadas a la industria financiera. Léase, legislaciones emitidas por los legisladores, autoridad competente, supervisores, códigos de prácticas bancarias, de gobierno corporativo y códigos ética o conducta, es decir su alcance es muy amplio desde conceptos novedosos como lo son el de integridad al tradicional "deber ser" en su añeja formula de conducta ética.

Entiendo en estas líneas haber justificado las razones por las que en buen programa de Gobierno Societario y de gestión de riesgos son condiciones *sine quibus non* para un Programa de Integridad adecuado y de implementación satisfactoria.

III. Cumplimiento, la función de cumplimiento y la gestión de los riesgos de cumplimiento

La función de cumplimiento permite a las entidades financieras identificar y gestionar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones regulatorias internas y externas a través de políticas y procedimientos adecuados.

En el documento del Comité de Basilea sobre "Cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos" (15) se define el "riesgo de cumplimiento" como el riesgo de sanciones legales o normativas, pérdida financiera material, o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de incumplir con las leyes, regulaciones, normas, estándares de autorregulación de la organización, y códigos de conducta aplicables a sus actividades bancarias (juntos, "leyes, reglas y normas de cumplimiento").

Las entidades financieras administran este riesgo mediante el encargado o responsable de la función de cumplimiento. Esta tarea debe estar organizada (en cuanto a estructura) de forma que sea coherente con los requisitos legales y normativos que deban de cumplirse (16).

Las leyes, reglas y normas de cumplimiento tienen varias fuentes, que incluyen legislación primaria, reglas y normas emitidas por legisladores y supervisores, convenciones de mercado, códigos de prácticas promovidos por asociaciones de la industria y códigos internos de conducta aplicables a funcionarios de planta del banco.

El riesgo de cumplimiento, tal como se define, proviene de infracciones, violaciones o no conformidad con las leyes, normas, reglamen-

(15) BIS, "El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos", Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, Traducción de la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas, ASBA, 2005.

(16) Conf. punto 5.2. Controles internos de la comunicación "A" 5203.

tos, prácticas, las políticas internas y procedimientos; incluso encuadra las normas éticas.

Consecuentemente, este riesgo expone al banco al devengamiento de cargos o multas u otro tipo de sanciones.

La gestión de los riesgos de cumplimiento (17) es un proceso para la identificación y el tratamiento de los riesgos de cumplimiento de las diversas regulaciones generales, particulares, estándares de seguridad y prudenciales que aplican a la actividad. Parece natural que el área legal sea quien asesora en materia de interpretación y aplicación de las leyes y regulaciones, y la unidad de cumplimiento regulatorio se encargue de monitorear que todas esas disposiciones sean observadas en los procesos internos de la entidad.

Este riesgo en los últimos años se ha convertido en uno de los campos con mayor atención, producto de negocios transfronterizos, la globalización y convergencia de los países hacia estándares regulatorios internacionales, pero en particular se observó un aumento regulatorio creciente en las prácticas financieras como efecto de delitos de lavado de activos, narcolavado, crimen organizado, soborno, corrupción y otros factores como la crisis financiera de 2008 (18).

A los fines de implementar en las entidades financieras un programa de integridad exitoso se enumeran las funciones elementales o contenidos básicos del oficial o unidad de cumplimiento, algunos *tips* claves:

— *Marco Estratégico y de Políticas:* elaboración de un documento que contenga una estrategia de gestión del riesgo de cumplimiento. Su objetivo es fijar cuál es la visión u orientación que implementará la entidad financiera para administrar el riesgo de *compliance.*

En este sentido debe encarar un conjunto de acciones previamente planificadas en el tiempo que serán llevadas a cabo para lograr un objetivo específico de control y reducción de los riesgos que amenazan a la entidad financiera, definir un nivel de tolerancia al riesgo y cursos de acción para realizar los ajustes que pudieran corresponder.

Es un aspecto clave y de valoración en el planteo de la estrategia la inversión en capital humano de la organización, altamente profesionalizado y capacitado en la formación específica de ética, cumplimiento y aspectos jurídicos y financieros.

— Estructura de la Organización: oficial, unidad o departamento de cumplimiento.

Definición de Roles y Funciones (Directorio, Alta Gerencia, Comité, auditoría, otras unidades, etc.).

(17) Los documentos de Basilea definen a la unidad de cumplimiento regulatorio como una unidad independiente destinada a identificar, monitorear, determinar, asesorar y reportar al órgano principal de gobierno sobre el riesgo de cumplimiento de la entidad financiera.

(18) Son ejemplos por sus alcances globales: Ley de Sarbanes-Oxley (SOX), que fue emitida en Estados Unidos en 2002; la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, refrendada por Obama en julio de 2010. La Ley hace una gran reforma financiera abarcando casi todos los aspectos de la industria de los servicios financieros como respuesta a la peor crisis financiera desde la gran depresión, con el objetivo de devolver a los inversores la confianza en la integridad del sistema financiero. Los aspectos más importantes de la reforma son: 1) protección de los inversores: la ley Dodd-Frank crea una Agencia ("Consumer Financial Protection Agency") con la única responsabilidad de velar por la protección del inversor. Por ejemplo establece la utilización de un lenguaje claro y sencillo que facilite a los consumidores la información concisa necesaria para tomar decisiones financieras y aboga por la estandarización creciente de productos sencillos para prevenir posibles discriminaciones y abusos; 2) sobre riesgo sistémico contempla una fuerte supervisión y regulación, para lo cual crea un Consejo de Supervisión de Estabilidad Financiera ("*Financial Stability Oversight Council*") con importantes responsabilidades: identificar y responder a riesgos emergentes en todo el sistema financiero y asesorar a la Reserva Federal; 3) una supervisión global de los mercados financieros en particular la securitización, los derivados y las agencias de calificación crediticia; 4) el fin de *"too-big-to-fail"* (demasiado grande para caer): la institución financiera de gran tamaño que incumple se liquida, los reguladores ordenarán su cierre y su liquidación en forma segura y ordenada; 5) gobierno corporativo: remuneración de directivos y más responsabilidad y 6) mejorar la supervisión global de los mercados financieros, aumentar la supervisión de firmas financieras internacionales, reformar la prevención de crisis y su gestión por las autoridades y procedimientos, aumentar el papel del *FSB* ("*Financial Stability Board*"), disponible en: *www.financialservices.house.gov*.

Una clara asignación de responsabilidades y separación de funciones para analizar y trabajar la información. El desarrollo de una cultura fuertemente inclinada a los controles internos que salvaguarde la eficiente gestión del riesgo de *compliance.*

En la cultura organizacional de las actividades financieras existe un fuerte apego a la gestión de los riesgos y de los controles internos. En particular las áreas financieras y de auditoría son quienes más los han desarrollado y están muy avanzados en esos temas.

Rol del Compliance Officer: responsable de administrar los procesos, supervisar y gestionar todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento. El *Compliance Officer* debe recibir tanto de fuentes internas y externas indicadores de problemas (Ej. denuncias), investigarlas, participar de nuevas líneas de negocios o productos, capacitar activamente en la materia, averiguar antecedentes de potenciales proveedores, nuevos empleados, distribuidores, etc. Conocer y seguir la sanción de nuevas normas que impacten a la entidad financiera.

Principales funciones son: identificación de riesgos, analizar cambios estatuarios y reguladores, determinar medidas preventivas y correctivas, impartir formación a directivos y empleados para que conozcan y apliquen todas las normas y revisar periódicamente el funcionamiento de los procedimientos, así como la actualización de los mismos.

— *Identificación, Vigilancia y Detección:* Monitorear, identificar e informar sobre la eficacia de los controles en el manejo de una exposición de las empresas a riesgos de cumplimiento.

La tarea de identificación debe capturar las causas endógenas y exógenas que dan origen a este tipo de riesgo y debería abarcar tanto elementos cuantitativos como cualitativos.

Diseñar e implementar controles e indicadores para proteger a una empresa del riesgo de cumplimiento.

Diseño de:

— *Autoevaluación:* es un proceso interno que conlleva la utilización de listas de control o de grupos de trabajo para identificar fortalezas y debilidades.

— *Mapa de riesgos:* El mapeo o asignación de riesgos de cumplimiento permite agrupar por tipo de riesgo los diferentes productos del negocio, funciones organizativas o procesos.

— *Indicadores:* Los indicadores permiten obtener información periódica de los posibles eventos que pudieran materializar riesgos de cumplimiento, facilitando el proceso de establecimiento e implementación de acciones correctivas. Además, es una muy buena herramienta para verificar la eficacia de los planes de acción implementados.

— *Resolución y Evaluación:* Resolver las dificultades de cumplimiento. Evaluar. Esta etapa retroalimenta el trabajo.

— *Rol consultivo:* Asesorar en la entidad financiera sobre las normas y los controles. El oficial debe brindar asesoramiento, entrenar y monitorear al personal sobre los procedimientos y además debe estar en contacto con posibles auditores externos.

La función de *compliance* debe ser independiente de otros departamentos y contar con la jerarquía y *empowerment* (autoridad y recursos suficientes) de tal manera de poder solicitar explicaciones e interactuar con el resto de los departamentos sin condicionamientos.

Para concluir, se paso a comentar la norma de lineamientos en gobierno societario ítem 5.2 bajo el título "Controles internos", allí se prevé que la entidad financiera deberá implementar adecuadas funciones de control interno, incluyendo funciones de cumplimiento para, entre otras cuestiones, monitorear regularmente el cumplimiento de las regulaciones, el código de gobierno societario, y políticas a las cuales está sujeta la entidad. La función de cumplimiento identificar y gestionar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones regulatorias internas y externas a través de políticas y procedimientos adecuados.

Las entidades financieras administran este riesgo mediante el encargado o responsable de la función de cumplimiento, esta tarea debe estar organizada (en cuanto a estructura) de

forma que sea coherente con los requisitos legales y normativos que deban de cumplirse. Además de documentar y ejecutarse un programa de cumplimiento con actividades planificadas.

Asimismo, deberán reportarse las desviaciones al nivel gerencial pertinente, informar regularmente a los superiores y, cuando fuere necesario, informar al Directorio.

Los controles internos deberán ser acordes al tamaño y a la complejidad de la actividad de la entidad financiera, e incluir normas claras sobre la delegación de facultades y la asignación de responsabilidades y sobre las funciones independientes de auditoría interna y de cumplimiento para comprobar la observancia de estos controles así como de la legislación y la regulación aplicables.

El término "función de cumplimiento" no hace referencia necesariamente a una unidad organizativa, ya que el personal responsable del cumplimiento puede formar parte de las unidades de negocio operativas o de las sucursales y puede estar bajo la autoridad de una línea de negocios operativa, siempre y cuando también responda ante el jefe de cumplimiento de la entidad.

¿Unidad o funcionario o Jefe de cumplimiento? Como se interpreta aquí hay que tener en cuente un criterio de proporcionalidad de la entidad financiera, según su dimensión, complejidad, importancia económica y perfil de riesgo de la entidad financiera y del grupo económico que integre. La función de cumplimiento tiene que estar estructura mínima un jefe de cumplimiento.

Algunos atributos específicos:

Independencia del Compliance Officer: La unidad o funcionario o Jefe de cumplimiento es independiente cuando no existen conflictos de interés (ni eventuales) entre las misiones y funciones que tuviera atribuidas el personal con responsabilidades en la identificación y gestión del riesgo de cumplimiento (personal con responsabilidades de cumplimiento), o entre funciones el sistema de incentivos.

Es importante no confundir competencias, en este sentido el *Compliance* es una institución independiente y bien diferente que a los fines de las tareas se complementa tanto con la gerencia de legales, auditores y otras gerencias.

Misiones y funciones del Compliance Officer: identificar, evaluar, monitorear, prevenir e informar sobre el *"riesgo de Compliance",* que no es otro que el de ser objeto de sanciones legales, pérdidas económicas y daño en la reputación o la imagen como consecuencia del incumplimiento del marco normativo y los códigos éticos aplicables en la empresa.

El *Compliance Officer* cuenta con una metodología diseñada y desarrollada acorde al tipo de negocio y sus riesgos y además con unas distintas herramientas que le permiten ejercer su función de vigilar, medir y verificar que dentro del banco se cumple satisfactoriamente con las leyes, las normas internas y los códigos éticos.

El responsable de *Compliance* es la persona en la que los directivos del banco confían para asegurarse de que existe un entorno de control robusto que permita prevenir y evitar o minimizar las situaciones de riesgo, tales como delitos, corrupción, soborno, el fraude interno, las malas prácticas comerciales o prácticas fraudulentas.

Responsabilidad y conocimiento del Directorio y alta gerencia: El directorio es el responsable de aprobar la política de cumplimiento y conocer fehacientemente la implantación. La alta gerencia es responsable en el seguimiento y gestión del riesgo de cumplimiento.

IV. A modo de conclusión

La función de cumplimiento en las empreasas argentinas y en el sistema financiero tambien comenzó a cobrar una real relevancia, preocupación y ocupación a partir de la sanción de la ley 27.401 que estableció el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas. .

Es sabido que este plexo normativo focaliza estrictamente en dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública.

Si bien el enfoque legal es limitado, el esfuerzo que lleva a las empresas la implementación de un programa integral de integridad con todas las herramientas necesarias y un cambio de paradigma en la cultura de cómo hacer negocios es de esperar que el campo de acción y desarrollo contemple otras irregularidades y actos ilícitos; y no solamente en la esfera de la Administración Pública. Quiero decir con esto en pocas palabras que no puedo ser correcto y adecuado en parte. En esta disciplina a mi humilde modo de ver no hay grises ni matices.

La ley hace hincapié en implementar un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, todos aspectos que hacen a cuestiones relativas al campo de acción del gobierno societario y de la gestión de los riesgos. De ahí como señalaba al inicio, la importancia de un sólido programa de gobierno societario o corporativo y de gestión de riesgos de cumplimiento para el éxito en la implementación del "Programas de Integridad". Gobierno societario y gestión de riesgos de cumplimiento son dos caras de una misma moneda, y cohabitan simultáneamente, son aspectos medulares en el ejercicio del *compliance* para el sistema financiero.

Ahora bien, es clave que a los fines del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica el *compliance* ejerza sus funciones de forma independiente y libre; es la única receta para poder alertar y prevenir realmente. De lo contrario será un espejismo.

Finalmente la cultura de la ética en las organizaciones siempre tiene que venir desde la cúpula y descender hacia abajo, hacia el resto de directivos y empleados y tienen que ser los máximos dirigentes de las organizaciones los que sitúen la ética empresarial al frente de todas las decisiones y prácticas en su empresa. Por ello, es indispensable que exista la firme y clara voluntad del directorio y alta gerencia en la entidad financiera que la cultura de *Compliance* prima en la cultura de la organización.

Compliance hoy está de moda. Pero más allá de las modas cuando nos comprometemos desde el lugar que estimamos en ser profesionales y personas virtuosas aferrándonos a los valores que hacen a nuestra supervivencia como especie, nos damos cuenta que elegir un modo de ser sincero, de "seres íntegros" y en la buena fe resulta ser que este activo humano es el más valioso en el mundo de los negocios al momento de crear valor y esto último nunca pasa de moda.

V. Bibliografía

Apreda, R., "Governancia del sector público y del sector privado", *La Ley Actualidad,* 3/8/2004, p. 2.

Apreda, R., "*Compliance risk* and the compliance function could enhance corporate governance not only in banks but in other kind of organizations as well", *Corporate Ownership and Control*, vol. 4, nro. 3, 2006, ps. 146-152.

BIS, *Fit and Proper Princiles Paper*, Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, 1999.

BIS, "Convergencia internacional de medidas y normas de capital", Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, 2004.

BIS, "El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos", Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, Traducción de la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas, ASBA 2005.

BIS, "La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias", Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, 2006.

Lanús Ocampo, M. Cecilia, "Gobierno corporativo en entidades financieras. Rol fiduciario del directorio", *La Ley*, 4/7/2006, p. 1.

Lanús Ocampo, M. Cecilia, "El gobierno corporativo de entidades financieras sí importa. La comunicación 'A' 5201 de Banco Central y los lineamientos para el gobierno societario de entidades financieras y sus derivaciones", *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, *La Ley*, año II, nro. 4, agosto 2011, p. 238.

Lineamientos para la gestión del riesgo operacional en las entidades financieras. Texto Ordenado, Banco Central de la República Argentina (BCRA).

Lineamientos para el gobierno societario en entidades financieras, Texto Ordenado, Banco Central de la República Argentina (BCRA).

Documento Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades.*

Documento Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), *White Paper para la governancia de las naciones latinoamericanas,* 2003.

Roisenzvit, A. y Zárate, M., "Hacia una cultura de Risk Management, el próximo desafío para la región y cómo esto afecta los procesos de evaluación FSAP", documento 8, Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASBA), octubre 2006.

Compliance y protección de datos personales

POR **PABLO A. PALAZZI** (*)

I. Introducción a la protección de datos personales

La protección de los datos personales existe desde hace casi medio siglo. El Derecho a la Protección de los Datos Personales ha sido definido como el área del derecho que ampara los datos personales y que constituye un conjunto de reglas que guía a compañías y organizaciones en el uso que se hace de la información personal, es decir, la que identifica individuos (1).

La ley 25.326 introdujo la protección de datos personales en el derecho argentino y a la vez reglamentó la acción constitucional de hábeas data (art. 43, CN).

El Derecho a la Protección de los Datos Personales es la respuesta a la acumulación y tratamiento de datos personales en archivos y ordenadores. Consiste en otorgar a los individuos una facultad de control sobre sus datos personales, a través de toda una serie de reglas y principios que incluyen la calidad de ciertos datos, el consentimiento para su tratamiento, acciones judiciales, limitaciones a los bancos de datos en su contenido, en el tiempo y en la forma de su tratamiento, en las cesiones o transferencias a terceros y en la intervención de agencias especializadas del Estado destinadas a tutelar estos derechos. Todo esto implica obligaciones para empresas y particulares que tratan datos personales.

Hoy en día no existe empresa que no tenga bases de datos. Por lo tanto resulta crítico para cualquier empresa el cumplir con normas de protección de datos (2).

Los datos personales son un bien preciado para la empresa, puede tratarse de un listado de empleados o de clientes, o un futuro plan de marketing. A su vez los datos personales deben ser amparados contra accesos no autorizados de empleados infieles, de competidores o de hackers. Estas reglas que comentamos fueron creciendo y madurando y luego de décadas, el derecho de la protección de datos personales se ha vuelto un elemento más de la moderna empresa. Una empresa que no tiene una política de privacidad y de seguridad informática carece de elementos necesarios para brindar una reputación seria en el mercado. Se expone a serias responsabilidades legales en caso de que algo ocurra con los datos que custodia. El mejor ejemplo de ello son el efecto "*reputacional*" negativo que tiene un *data breach* en la empresa.

II. Reglamento Europeo de protección de datos

En mayo de 2018 entrará en vigor el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo

(*) Abogado, socio de Allende & Brea. Especialista en protección de datos y derecho de Internet. Profesor de Derecho Universidad de San Andrés. Director del Centro de Tecnología y Sociedad —CETYS— de la Universidad de San Andrés. Fundador de la Revista latinoamericana de protección de datos personales. Autor de varias obras sobre derecho y tecnología.

(1) Palazzi, *La protección de los datos personales en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2004, p. 5.

(2) D'Hulst, Thibaut y Kengen, Lily, *Data protection compliance strategy, Global Guide to data protection, Practical law,* 2018.

y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante Reglamento o RGPDUE). Este Reglamento, de aplicación directa e inmediata en toda la UE y tiene impacto en América Latina por diversas razones, a saber: (i) los efectos extraterritoriales del Reglamento, (ii) la imposición de estándares de protección superiores por las casas matrices europeas a sus filiales latinoamericanas, y (iii) la adopción del modelo europeo de protección de datos en América Latina.

Sobre todo, el Reglamento se va a transformar en una norma modelo en materia de protección de datos para las próximas décadas. La razón de esto es que del otro lado no existe una propuesta de regulación sino un pedido de autorregulación. El Reglamento crea una serie de obligaciones que han pasado a formar parte del "compliance" que deben cumplir todas las empresas en materia de datos personales.

III. *Compliance* y protección de datos personales

La reciente normativa europea permite observar importantes similitudes entre la regulación en esta materia y otros sistemas de *compliance.*

Uno de los principios fundamentales del Reglamento europeo es el de "responsabilidad proactiva" o *accountability (3)*, según el cual, por un lado, son las propias empresas las que tienen que tomar las medidas adecuadas para reducir al máximo los riesgos y garantizar el cumplimiento del RGPDUE (4), y por otro lado, las empresas tienen que poder demostrarlo, es decir, generar un soporte documental suficiente de su diligencia, que permita comprobar que efectivamente cumplen con la normativa vigente (art. 30, Reglamento).

Cabe aclarar que este principio es receptado en el proyecto de reforma de ley de protección de datos que ha preparado el estado argentino, y está presente en otros países de la región como es el caso de Colombia (5). De hecho el anteproyecto de ley argentino de protección de datos sigue muy de cerca el Reglamento europeo, al punto de que todo lo que decimos en esta nota sobre la norma europea será aplicable en la Argentina si se aprueba el proyecto de ley.

El *compliance* en materia de protección de datos implica al menos asegurarse de las siguientes situaciones dentro de una empresa:

— Debe existir una base legal para cada procesamiento de datos personales que realice la empresa (generalmente consentimiento, pero puede ser interés público o interés legítimo del responsable del tratamiento).

— La empresa debe contar con una política de privacidad (6) que indique de qué forma se tratarán los datos personales.

— Las cesiones y transferencias internacionales de datos personales a países que no tienen legislación adecuada (7) deben tener un fundamento legal y contener resguardos para la protección de los datos personales.

— Se deben aplicar las medidas de privacidad como norma general —*privacy by default*— y desde el primer momento en el que se plantea un tratamiento de datos —*privacy by design* (8)— para un nuevo producto o servicio a lanzar al mercado. Una correcta aplicación dl principio de responsabilidad proactiva exige que se evalúen los riesgos que entrañan aque-

(3) Sobre el tema ver Bermúdez Durana, Fernando, "El principio de *accountability* en el anteproyecto de protección de datos de Argentina", *Revista Latinoamericana de Protección de Datos* nro. 4, CDYT, 2018, p. 89.

(4) Layton, Roslyn, *How the GDPR Compares to Best Practices for Privacy, Accountability and Trust* (marzo 31, 2017), *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2944358.*

(5) El texto completo del ante proyecto con comentarios se puede consultar en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos,* nro. 4, CDYT, 2018, ps. 319-358.

(6) Esta política de privacidad apunta a empleados y les da directivas sobre como actuar con los datos personales y es distinta a la política para clientes o usuarios que encontramos en la página web de la empresa.

(7) McGilivray, Kevin, *Conflicts in the cloud: contracts and compliance with data protection law in the European Union*, *17 Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 217 (2014).

(8) Contemplado en el art. 25 del reglamento. En Argentina estos principios ya habían aparecido en la disposición aproaba por la DNPDP para aplicaciones móviles.

llas actividades susceptibles de incumplir la normativa de protección de datos, y que se apliquen las medidas preventivas necesarias para minimizar dichos riesgos.

— Con el Reglamento aparece el concepto de la evaluación del impacto de actividades en materia de datos: el art. 35, RGPDUE establece que "cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales". Es decir, en aquellos casos en los que exista un riesgo de incumplir la normativa, se tendrá que evaluar el potencial impacto que dicho incumplimiento tendría, en caso de producirse, en los derechos y libertades de las personas físicas afectadas (9).

— Aparece el concepto de *chief privacy officer* o *data protection officer*, o Delegado de Protección de Datos (*Data Protection Officer*, DPO (10)): la figura del DPO (art. 37 del Reglamento) tiene por objeto: i) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento; ii) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes; iii) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el art. 35; iv) cooperar con la autoridad de control; v) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el art. 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto (art. 39.1 del Reglamento).

IV. Conclusión

Resumiendo, en materia de protección de datos se observan mecanismos de regulación que tradicionalmente se han utilizado para "controlar" o realizar *compliance* de otras áreas específicas, como Competencia o Medio Ambiente, de manera que, la tendencia en este ámbito se encamina, como en otras áreas de *Compliance*, a la autorregulación de las empresas, primando el análisis en función del riesgo y la supervisión dentro de la organización por parte de figuras autónomas e independientes. De hecho, ya es común en muchos casos que protección de datos personales y ciberseguridad no sea administrado por legales sino por el área de *compliance.*

(9) La Agencia Española de Protección de Datos en una reciente guía específica sobre esta materia aclara que la evaluación de impacto exige identificar los riesgos específicos, para poder aplicar las medidas preventivas adecuadas para minimizar la posibilidad de que el riesgo se materialice, en particular cuando se trate de operaciones automatizadas que puedan afectar significativamente a las personas, tratamientos a gran escala de categorías especiales de datos u observaciones sistemáticas a gran escala de zonas de acceso público. En este sentido, la evaluación de impacto se podría asemejar, salvando las distancias, al análisis de riesgos que se realiza para definir un programa cumplimiento. De algún modo, la evaluación de impacto permite identificar los riesgos específicos de cada tratamiento, y dar respuesta a la obligación de aplicar la privacidad desde el diseño y por defecto.

(10) En sus funciones el DPO se asemeja al *Compliance Officer*. En empresas grandes se podría ubicar al DPO dentro de la estructura de *Compliance*, en la que hay un encargado de cumplimiento para cada área de riesgo, en función de las características y necesidades de la empresa —protección de datos, competencia, medio ambiente, penal, etc.— coordinados todos ellos por un *Chief Compliance Officer.*

Compliance y responsabilidad penal empresaria en el sector energético

POR **JOSÉ A. MARTÍNEZ DE HOZ (H)** (*) Y **DELFINA VALLVÉ** (**)

I. Introducción

El mundo globalizado trae nuevos desafíos para el derecho comercial y las relaciones entre países. En este contexto, algunas empresas con actuación en mercados internacionales encuentran múltiples ocasiones donde cometer actos de corrupción en este contexto. De hecho, el comercio transfronterizo muchas veces se ha visto teñido por prácticas corruptas. Dichas acciones han perseguido históricamente diferentes objetivos pero, en la mayoría de los casos, buscaron lograr o garantizar la realización o mantenimiento de un negocio.

Hasta hace relativamente poco tiempo atrás, la corrupción era un concepto que se vinculaba o asociaba directamente al sector público, debido —principalmente— a la gran exposición de los casos de corrupción en dicho ámbito, y a la falta de conciencia sobre las formas y modalidades que tomaba la corrupción en el sector privado. De allí que la legislación dictada para abordar los temas vinculados a la corrupción estuviera dirigida, principalmente, a empleados y funcionarios públicos, y no así a participantes del sector privado.

Sin embargo, en el último tiempo se ha observado un aumento significativo en la importancia e interés que para las empresas —sin importar su actividad y/o tipo de industria— han adquirido los temas vinculados con la corrupción y a la prevención de ilícitos en el ámbito privado.

En el caso de la Argentina, a pesar de que el país ha dictado legislación al respecto y ha

(*) Abogado especializado en energía, recursos naturales, arbitraje y derecho internacional. Egresó de la Universidad Católica Argentina (1980) y cuenta con un Máster en Derecho en la Universidad de Illinois (USA) (1982). Es socio fundador del estudio Martínez de Hoz & Rueda, y previamente fue socio fundador del estudio Pérez Alati, Grondona, Benites, Arntsen & Martínez de Hoz (h). Además, es profesor en el posgrado de energía de la Universidad de Buenos Aires, en la materia de derecho financiero en la Universidad Católica Argentina y orador en numerosos cursos y conferencias. Fue co-fundador del programa pro-bono del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, y es actualmente miembro del Comité pro-bono de dicho Colegio. A lo largo de su carrera ha recibido numerosos premios y reconocimientos a su trayectoria y experiencia otorgados por instituciones nacionales e internacionales, habiendo sido reconocido en reiteradas oportunidades como abogado líder del sector de energía, recursos naturales y arbitraje.

(**) Abogada por la Universidad de Buenos Aires (2015). Culminados sus estudios de grado, realizó cursos de especialización en materia de *compliance* (Universidad Católica Argentina), Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo (Universidad del Cema), derecho internacional (Center for American and International Law) y nuevas tecnologías (Universidad Torcuato Di Tella). Es asociada en el equipo de corporate finance de Martínez de Hoz & Rueda, en donde participa en transacciones de M&A y de financiamiento y asesora a compañías en materia de *compliance*, incluyendo cuestiones en materia de anticorrupción, prevención de lavado de activos y protección de datos personales.

También colaboraron en este capítulo Jimena Vega Olmos y Martín Lepiane.

suscripto diversas convenciones y tratados internacionales en la materia, el desarrollo de la cuestión no ha tenido, en la práctica, grandes avances sino hasta hace muy poco tiempo. En los últimos años la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha enfatizado la necesidad del país de adoptar medidas concretas en esta materia (1).

Existen ciertas empresas que por las características propias de su actividad o por las estrechas relaciones que deben mantener con el sector público por tratarse de actividades fuertemente reguladas, se ven más expuestas al riesgo de prácticas corruptas, como podría ser a mero título ejemplificativo, empresas constructoras, entidades financieras, proveedores estatales, o empresas prestatarias de servicios públicos o empresas concesionarias o licenciatarias.

En este trabajo nos referimos al sector de empresas reguladas incluyendo el energético. Buscaremos abordar someramente los riesgos que existen en el sector en Argentina, y repasaremos cómo la normativa actual local e internacional han ido cambiando las prácticas y costumbres de esta industria, como así también cuáles son las medidas que se han implementado, y probablemente se implementen en un futuro para dar cumplimiento a los estándares locales e internacionales en materia de prevención de la corrupción y otras actividades ilícitas.

Es público y notorio que en los últimos años la industria energética al igual que muchos otros sectores, se ha visto en el mundo involucrada en numerosos casos de corrupción, siendo este uno de los grandes riesgos que hoy afrontan las compañías de este rubro. Incluso, *Transparency International* (2) identificó en uno de sus últimos sondeos a las compañías del sector energético como aquellas que eran percibidas como presentando altos riesgos en materia de corrupción, ubicándose en el 25% más expuesto dentro de más de 19 sectores diferentes (3). De la misma manera, la OCDE puntualiza en uno de sus últimos informes que entre las empresas que han estado más sujetas a sanciones por corrupción se encuentran, entre otras, aquellas vinculadas con actividades extractivas (19%) (4). Las empresas vinculadas con los sectores de la electricidad y la distribución de gas se ubican más abajo en el relevamiento (6%) (5).

Los motivos del alto riesgo que afrontan las compañías en el sector energético varían, desde su operación en países en desarrollo y baja calidad institucional, el exceso de burocracia, regulaciones y controles existentes en

(1) Así, por ejemplo, en abril de 2016 la OCDE emitió un comunicado indicando que el Grupo de Trabajo sobre Corrupción en Transacciones Internacionales ha urgido de manera consistente a la Argentina durante los últimos 15 años a reforzar sus esfuerzos en la lucha contra la corrupción y el cohecho internacional, recomendándole modificar la legislación a fin de responsabilizar a las empresas por hechos de corrupción, extender su jurisdicción a los argentinos que cometan actos de corrupción en el exterior, reforzar las medidas para asegurar la persecución efectiva de estos delitos a través de la mejora del sistema judicial, la independencia del Ministerio Público y las disminución de las demoras en los procedimientos penales (ver: *http://www.oecd.org/corruption/argentina-must-seize-chance-to-fight-corruption.htm*). Más recientemente, en marzo de 2017, la OCDE completó su último informe sobre la implementación por parte del país de la Convención OCDE y efectuó recomendaciones adicionales como ser la reducción de las demoras en los procedimientos penales económicos complejos, investigar y perseguir proactivamente todos los casos de cohecho, reducir el número de vacantes en los juzgados y limitar las subrogancias y dotar de recursos adecuados a los jueces de instrucción y a los fiscales. En dicho informe, sin embargo, se han resaltado ciertos logros alcanzados de 2016 en adelante (ver *http://www.oecd.org/corruption/argentina-must-urgently-enact-corporate-liability-bill-to-rectify-serious-non-compliance-with-anti-bribery-convention.htm*).

(2) Transparency International es una organización internacional independiente sin afiliaciones políticas ni religiosas que busca combatir la corrupción *(https://www.transparency.org).*

(3) *Bribe Payers Index 2011*, Transparency International.

(4) OCDE, *Foreign Bribery Report*, 2014. Según este informe, se incluye dentro del grupo de empresas vinculadas a la actividad extractiva a las empresas mineras, canteras, petroleras y de producción de gas.

(5) Respecto del país, en el último informe de la OCDE se identifica cuatro casos de entre 13 casos de corrupción que involucran a empresas argentinas, como vinculados con el sector energético (caso Planta de Gas – Bolivia, caso Planta de Generación Eléctrica – Filipinas, Caso Transmisión Eléctrica – Brasil, Caso Refinería de Petróleo - Brasil) (Informe Fase 3 bis sobre la Implementación de la Convención OCDE, marzo de 2017, disponible en: *http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf*).

la industria; la delegación de numerosas facultades y actividades en terceros; la alta lucratividad de su actividad, entre otros. La OCDE ha identificado también factores adicionales como ser el control político discrecional, la existencia de competencia limitada en estos sectores, falencias en las entidades reguladoras y la existencia de sanciones inadecuadas en la mayoría de los países. Sin embargo, como veremos, muchos de estos riesgos podrían ser minimizados mediante la aplicación de medidas y controles de *compliance* efectivos por parte de las compañías, con el apoyo de las autoridades gubernamentales.

En la Argentina, no existen a la fecha normas de *compliance*, y/o de prevención de actividades ilícitas y específicas para el sector energético, como sí existen para otros sectores como, por ejemplo, las normas emitidas por el BCRA aplicables a las entidades financieras, o las normas emitidas por la CNV aplicables a las empresas y agentes que operen en el mercado de capitales local. Por lo tanto, los parámetros y estándares aplicables a esta industria se basan principalmente en las normas generales sobre el tema, adaptadas a las características propias de su actividad.

En línea con lo indicado *supra*, y siguiendo con las recomendaciones efectuadas al país por la OCDE, en los últimos meses se han observado ciertos avances en la aplicación del *compliance* en el ámbito privado.

Así, cabe citar en primer lugar el dictado, en marzo de 2017, del dec. 202/2017 que estableció ciertos parámetros, lineamiento y obligaciones a fin de regular los conflictos de interés en las contrataciones públicas.

De acuerdo con el dec. 202/2017 toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o solicite el otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado, llevado a cabo por, o ante, organismos y/o entidades del Sector Público nacional, se encuentra obligada a presentar una "Declaración Jurada de Intereses", informando si se encuentra o no alcanzada por ciertos supuestos de conflicto de interés previstos en el referido decreto. En el caso que estas situaciones involucren o se vinculen con el Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, las citadas obligaciones aplican aunque estos funcionarios no tuvieran competencia para decidir sobre el acto o la contratación respectiva.

Para verificar estas circunstancias, se exige a quienes contraten con el Estado la obligación de presentar una declaración jurada en la cual se declare a existencia o no del conflicto de interés y, en caso afirmativo, se prevé que el organismo o entidad contratante: (i) remita la declaración a la Oficina Anticorrupción ("OA") y a la Sindicatura General de la Nación ("SIGEN"); (ii) de publicidad total a las actuaciones en su página web y en la de la OA; y (iii) adopte, previa intervención a la OA y la SIGEN, alguno de los siguientes mecanismos: (a) celebración de pactos de integridad; (b) participación de testigos sociales; (c) veeduría especial de organismos de control; o (d) audiencias públicas.

Este decreto resulta aplicable respecto de todo el llamado "Sector Público Nacional", definido de conformidad con lo establecido en el art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera. En consecuencia, es aplicable no sólo respecto de la Administración Pública centralizada y descentralizada sino también respecto de empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y aquellas sociedades u organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

Como veremos más adelante, esta obligación fue incorporada a las licitaciones y procesos de contratación pública que en materia energética fueron convocados con posterioridad al dictado del decreto comentado.

Meses después, en noviembre de 2017, el Congreso Nacional sanciono la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas 27.401 que busca, fundamentalmente, crear incentivos para que las personas jurídicas privadas adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de delitos de corrupción, incluyendo la implementación de programas de integridad.

Esta ley ha incorporado algunos de los estándares internacionales en la materia, por los cuales se sanciona a las personas jurídicas involucradas en casos de corrupción, y resulta aplicable a todas las empresas, sin importar tamaño, sector y/o actividad. Las disposiciones de esta ley entraron en vigencia el 1 de marzo de 2018.

Lo antedicho pone en evidencia que existe ahora en Argentina una clara promoción por los sectores público y privado a que las compañías —de todas las industrias— adopten pautas de conducta ética y transparente en sus operaciones. Las compañías concesionarias y licenciatarias de servicios públicos u otras actividades reguladas, no escapan a esta regla y han comenzado a adoptarse en el sector cambios y medidas que permitirían avanzar hacia una operación acorde a los estándares locales e internacionales en materia de prevención y lucha contra la corrupción.

II. Riesgos de la industria

Como hemos adelantado, en el último tiempo se han comenzado a implementar distintas medidas tendientes a prevenir y combatir la comisión de prácticas corruptas en el seno de las empresas privadas. De hecho, en Argentina el entorno de los negocios actual se caracteriza por estar sujeto a un marco normativo complejo y variable que —indefectiblemente— afecta e influye las operaciones comerciales de las compañías que operan en el país. Además, el incumplimiento de las obligaciones exigidas por la ley o asumidas de manera voluntaria, producen cada vez daños económicos y reputacionales más significativos a quienes las incumplen.

A pesar de los avances que han tenido lugar en la materia a nivel mundial, los informes preparados por organizaciones internacionales abocadas al estudio de la corrupción muestran que dentro del sector energético la comisión de prácticas corruptas no ha disminuido existiendo, además, en los últimos años, algunos casos muy graves y conocidos de corrupción.

Para empezar, en muchos casos las actividades de las empresas del sector energético (particularmente las extractivas) se llevan adelante en países en desarrollo o sub-desarrollados, muchas veces caracterizados por la inestabilidad económica, política y/o social como, por ejemplo, las regiones de África, América Latina, algunas regiones de Asia y Medio Oriente. Estas situaciones suelen ir acompañadas —además— de falta de infraestructura, instituciones débiles y ausencia de controles (o controles limitados) por parte de las autoridades. Lo anterior conlleva a que no existan, o sean muy escasas, las acciones que se realizan desde el sector público para combatir las prácticas corruptas tanto en el sector público como en el sector privado.

A esto se le suma la casi ineludible necesidad de estas compañías de operar en diversos países en forma simultánea, al difícilmente coincidir el lugar donde operan y extraen sus recursos, del país en el cual se encuentran su casa central y oficinas administrativas, sus proveedores y/o terceros subcontratados. Operar en diferentes países genera una doble dificultad: por un lado, resulta difícil para las empresas controlar las relaciones y los vínculos que se mantengan en cada país con las autoridades públicas, y asegurarse de que estas relaciones se lleven a cabo conforme las políticas internas; y por otro, la posibilidad de que la empresa implemente controles o mecanismos internos de control y prevención se dificultan, dado que en cada país en el que opere existen culturas, prácticas, y condiciones diferentes, lo que necesariamente implica que estos controles y mecanismos internos deban ser adaptados en cada país en el que se opere, y que el control que pueda realizar la compañía en cada uno de esos lugares se dificulte (6). A todo ello se añade el fenómeno de leyes de aplicación extraterritorial, por el que aun cuando se trate de normas extranjeras, se pueden terminar afectando a empresas locales del lugar de operaciones.

Asimismo, el operar en múltiples países, aumenta el riesgo de que una misma conducta sea considerada como legal en un país e ilegal en otro. Un claro ejemplo de esta cuestión es el de los pagos de facilitación.

Por otro lado, es un hecho que los países en vías de desarrollo tienden a ser excesivamente burocráticos, y suelen requerir una gran canti-

(6) Cfr. EY, *Managing bribery and corruption risks in the oil and gas industry*, 2014.

dad de permisos y autorizaciones mayores a los de los países más desarrollados que puede generar un mayor incentivo para solicitar dádivas o presionar a las empresas. Adicionalmente, en aquellos países que poseen escasos o ineficaces controles gubernamentales, no es poco común que ciertos funcionarios públicos hagan uso de su posición de poder para presionar a las empresas solicitantes a fin de obtener los permisos solicitados.

A los riesgos antedichos se le suma la inexistencia de regulaciones y normas específicas en materia de prevención de prácticas corruptas aplicables a la actividad relevante. Por lo tanto, las empresas se ven forzadas a aplicar regulaciones y/lo lineamientos dispuestos para las industrias en forma general adaptadas a su caso particular. Sin embargo, estas reglas generales no suelen contemplar los riesgos y características propias de esta industria, lo que lleva a que éstas terminen aplicándolos en forma parcial o directamente no los apliquen.

III. Tipos de corrupción

Debido, en parte, a la exposición que tienen actualmente, los casos de corrupción en el sector público son sobradamente conocidos, como ser pagos para que se conceda una determinada autorización o permiso, o se habilite (o se habilite sin demora) la importación o exportación de ciertos productos, o se otorguen contratos, o se ignore una determinada situación que es contraria a la ley, etc. Sin embargo, en general resultan menos conocidos los ejemplos de conductas reprochables por parte del sector privado —aunque no por eso quiera decir que no existan—, como pueden ser, por ejemplo, atenciones o regalos a un director o gerente para incentivar a que su empresa contrate a la otra empresa como proveedor, y/o asegurarse de que los mantenga en un futuro, o el pago a un alto funcionario para que acepte asociarse o trabajar en conjunto en un proyecto, o el pago a ciertos empleados para que no revelen prácticas ilegales o contrarias a las políticas de la empresa, o pagos o contraprestaciones dadas a directores o personal jerárquico para alcanzar una determinada posición o cumplir con un objetivo, etc. Como puede observarse, la corrupción ataca de las más diversas formas tanto en el ámbito público como en el privado.

A largo plazo este tipo de prácticas siempre acaban siendo un obstáculo para el desarrollo y el crecimiento empresarial puesto que la ventaja competitiva que podría adquirir una empresa mediante una conducta corrupta es poco sostenible y muy costosa a medio y largo plazo.

Cabe notar, además, que no existe una única definición ni concepto unitario de corrupción, dado que ésta puede tomar diferentes formas, y adoptar distintas modalidades. En este sentido, ninguno de los instrumentos nacionales e internacionales emitidos en relación con la lucha para prevenir, sancionar y erradicar la corrupción incluye una definición conceptual de la misma, sino que se limitan a incluir una caracterización de las diferentes formas en que se manifiesta.

Las principales formas que puede tomar la corrupción parecieran ser:

(i) *Soborno*. Quien actúa en nombre o representación de la empresa entrega bienes o dinero a un funcionario público o individuo del sector privado con el objetivo de obtener una ventaja y/o beneficio. El soborno puede consistir tanto en la entrega de una suma de dinero como en especie, como por ejemplo mediante la entrega de regalos o beneficios.

(ii) *Contribuciones políticas*. En la práctica se daría en forma similar a lo dispuesto anteriormente, pero en este caso quien actúa en nombre o representación de la empresa entrega una contribución a un partido político o a un candidato, con el objetivo encubierto de que a partir de lo entregado se obtenga un beneficio o ventaja indebida.

(iii) *Nepotismo y favoritismo*. Este supuesto implica utilizar el poder de un cargo en el sector público o privado para favorecer, contratar o asignar un proyecto, operación o negocio a un sujeto determinado basado en amistad, lazos familiares, y/o la promesa de entrega de un beneficio determinado a cambio.

(iv) *Manipulación de información*. Se refiere al uso indebido de información confidencial y que no se encuentre a disposición del resto del público para obtener un beneficio y/o ventaja indebida.

IV. Normas de *compliance*

Como indicamos anteriormente, a la fecha, no existen en Argentina normas en materia de prevención de prácticas corruptas aplicables particular o específicamente a la industria energética. Sin embargo, podemos encontrar ciertas normas con carácter general establecen los lineamientos, marco regulatorio y reglas principales a ser adoptadas por estas compañías.

Para empezar, la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, citada *supra*, establece el marco general que todas las personas jurídicas privadas deben observar a efectos de prevenir la responsabilidad penal de la compañía. Dicha ley procura implementar los principios establecidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, y sigue los lineamientos de la *Foreign Corrupt Practices Act* y la *UK Bribery Act* en la materia. Como adelantamos, entre otras cuestiones, la ley requiere a las empresas a contar con un programa de integridad, también llamado comúnmente como "programa de *compliance*". En sí, este programa debe contemplar las políticas y procedimientos internos de cada empresa que resulten aplicables a todos los empleados, autoridades, y terceros vinculados o relacionados con la compañía. Asimismo, si bien no se estableció un modelo de programa de integridad, ni se exige que éste deba ser aprobado por autoridad alguna para que las compañías lo implementen, la ley establece ciertos parámetros y cuestiones que deben ser incluidas en el mismo.

Para muchas empresas, la elaboración y aprobación del programa no es obligatorio sino una condición para mitigar el riesgo de responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, en algunos supuestos especiales se establece la obligación de contar con el mentado programa de integridad como, por ejemplo, en el caso de contrataciones con el Estado nacional que por su monto requieren aprobación ministerial, y/o contratos comprendidos en el marco de contratos de obras, concesiones y/o licencias públicas y de contratos de participación público-privada. El dec. 277/2018, reglamentario de dicha ley, estableció la obligación de presentar documentación que evidencie la existencia de dicho programa y su implementación junto con el resto de los documentos que integran la oferta presentada en la contratación de que se trate (7).

De lo anterior se deriva que, dada su actividad, la cercana vinculación con las autoridades y el hecho de que ciertas empresas contraten con la Administración Pública, la mayoría de las compañías reguladas deban preparar y aprobar un programa de integridad. De hecho, muchas de las empresas del sector energético ya poseen, desde antes de la sanción de la ley, programas de integridad y *compliance* sea por pertenecer a grupos internacionales que aplican estos principios y han implementado estos planes hace tiempo, o dado que, en su carácter de empresas abiertas, poseían ya manuales de gobierno corporativo en cumplimiento de las exigencias previstas en la normativa dictada por la Comisión Nacional de Valores de sus países de origen. Sin perjuicio de ello, no es menos cierto, que estas empresas deberán —en algunos casos— profundizar y/o adaptar dichos programas o manuales para cumplir las exigencias previstas en la nueva ley.

Otro ejemplo de la aplicación específica de las normas de *compliance* se observa respecto del dec. 202/2017 que, como se menciona *supra*, incorporó la obligación de declarar la existencia o no de conflictos de intereses en procedimientos de contratación pública o de otorgamiento de licencias, permisos, autorizaciones, y/o habilitaciones. En cumplimiento de dicha manda, el pliego de bases y condiciones para la Ronda 2 del Programa RenovAr (8) exigió, como requisito para la presentación de las ofertas, la suscripción de la declaración jurada exigida en el decreto mencionado.

Como se puede observar, a la fecha son limitadas las normas existentes en la materia, aunque posiblemente la cantidad y alcance aumen-

(7) Sin perjuicio de que la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas entró en vigencia muy recientemente, en marzo de 2018, algunos organismos ya han adoptado medidas en línea con las disposiciones de la misma. Así, por ejemplo, en marzo de 2018 la Dirección Nacional de Vialidad emitió la res. 300/2018 por medio de la cual incorporó al modelo de contrato para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras" la obligación de que el contratista posea un programa de integridad conforme lo establecido en la ley 27.401.

(8) Sección 12.1.3 del pliego.

tará y que la mayoría de los organismos emitirá en el corto plazo normas y lineamientos sobre el tema.

V. Medidas a adoptar

Existen numerosas medidas que las empresas reguladas pueden tomar a efectos de combatir la comisión de prácticas corruptas.

Para empezar, las empresas deberán realizar un análisis y estudio del nivel de riesgo al que se encuentran expuestos, por el tipo de actividad que realizan y las características propias de su empresa. Este análisis deberá ser lo más detallado posible, y posiblemente implique la recolección de información, datos, entrevistas y pruebas que permitan conocen en profundidad la situación de la compañía.

Una vez que la compañía tenga conocimiento sobre los riesgos a los que se encuentra expuesta, podrá implementar las medidas y procedimientos internos que resulten adecuados. En este sentido, el próximo paso es crear e implementar un procedimiento y programa que se adecue no solo a las propias características de la compañía, sino también a la normativa aplicable en el país y las propias de la actividad. En caso de tratarse de compañías que operen en diferentes países, y ya existieran procedimientos o procesos creados originalmente para ser aplicados en otro país, éstos deberán revisarse y adaptarse según resulte necesario.

Estos procedimientos y controles internos necesariamente deben involucrar también a los terceros proveedores que colaboren o presten servicios a la compañía. En este sentido, la compañía podría incluir en sus contratos y/o documentos que instrumenten la relación comercial con estas cláusulas específicas en donde se comprometan a tomar ciertos recaudos e implementar procedimientos internos a efectos de prevenir la comisión de prácticas corruptas.

La alta dirección de la empresa debe manifestar claramente su voluntad y propósito de cumplir con toda la normativa aplicable, y más precisamente la normativa, principios y lineamientos establecidos por la propia empresa, prohibiendo estrictamente toda forma de corrupción, activa o pasiva, en la empresa, sin distinción de origen, destino, cuantía, o motivo. Esta declaración de intenciones debe ser reiterada periódicamente a través de un código de conducta, cartas a empleados, discursos públicos, revistas empresariales, *website*, entre otros.

La implementación de estos procedimientos internos deberá necesariamente traer aparejado la implementación de capacitaciones periódicas al personal de la compañía, incluyendo empleados y dependientes de todas las áreas y categorías. Estas capacitaciones deberán ser regulares y ser actualizadas constantemente a efectos de reflejar las políticas actuales de la compañía, y la normativa vigente al momento de la misma. Idealmente, estas capacitaciones deberán ser brindadas también al personal subcontratado de la compañía.

Dentro de estos procedimientos y manuales internos de la compañía, necesariamente se debe incluir un procedimiento especifico que resulte aplicable para el caso de las relaciones y tratos con el sector público. Éste debe incluir un régimen de obsequios a funcionaros públicos en línea con las disposiciones legales aplicables (9), canales de denuncia para los empleados, un régimen de sanciones internas, entre otros. El mismo debe ser claro y no dar lugar dudas.

Por último, la compañía deberá conducir investigaciones internas en caso de detectar o tomar conocimientos de actos que podrían llegar involucrar prácticas corruptas por parte de sus dependientes, directivos, autoridades, como así también de sus subcontratados o terceros proveedores. La empresa debe tener una política de sanciones claras y estrictas contra actos de corrupción. La corrupción no debe quedar sin sanción. Las sanciones deben ser consistentes y jamás deben considerar favoritismos, ya que el incumplimiento del código puede dañar seriamente la reputación de la empresa y como estas son percibidas por los empleados.

VI. Conclusión

En la industria energética las empresas deben desenvolverse en ambientes desafiantes y con

(9) A nivel nacional, esta cuestión se encuentra regulada por la ley 25.188 de Ética en la Función Pública, dec. 1179/2016 reglamentario del régimen de obsequios a funcionarios públicos y viajes financiados por terceros.

grandes obstáculos y otras condiciones que casi inevitablemente traen riesgo de comisión de prácticas corruptas.

En un sistema político que se encuentra con focos de corrupción siempre se encontrará oportunidades para prácticas corruptas, cuyo riesgo se incrementa cuanto mayor sea el nivel de interferencia y burocracia estatal. Ante la problemática que actualmente supone la corrupción, resulta positivo que desde el ámbito público y privado se trabaje para combatir y prevenir la comisión de prácticas corruptas, lo que se traduce en mayores controles, normas, lineamientos y limitaciones a la operación de estas compañías.

Ante esta situación es esperable que en la Argentina se comiencen a dictar mayores regulaciones en la materia, que estén enderezadas con especificidad a diferentes sectores regulados con la finalidad de reducir los riesgos de la comisión de prácticas corruptas en la industria en general, y el sector en particular.

Consideraciones preliminares sobre *compliance* en el sector de *retail*

POR **WALTER FABIÁN LARRIVA** (*)

Un programa de integridad y cumplimiento ayuda a las empresas a aumentar su rentabilidad. Esta característica muy poco difundida me parece uno de los aspectos más importantes que pretendo transmitir desde mi experiencia profesional.

Otro aspecto importante para destacar y que el lector debe conocer, es que la cantidad de especialistas en fraude y corrupción en nuestro país es alarmantemente baja, aunque a diario podemos ver múltiples ofertas de cursos de ética y *compliance,* artículos escritos en la prensa y servicios concretos relacionados con el fraude y la corrupción, por profesionales entusiastas y bien intencionados. Un contador no es un especialista, un auditor tampoco lo es. Haciendo un paralelismo, de la misma forma que un médico clínico no es idóneo para realizar una neurocirugía, un contador sin formación no estaría capacitado para cumplir el rol funcional en temas de disuasión, prevención e investigación de aspectos que afecten la integridad en las empresas, entender esta limitante es básico, ya no solo para configurar adecuadamente las expectativas que se depositan en un plan, si no tan bien para salvaguardar la responsabilidad profesional que podría traer aparejada la realización de tareas reguladas para las cuales no se cuenta con la calificación adecuada.

A menudo, los temas regulatorios son presentados como obligaciones de cumplimiento con escaso o nulo valor agregado. Su beneficio es, casi exclusivamente, el de alejar a la empresa de la contingencia legal y reputacional, cuando en realidad la implementación de un programa de integridad armoniza controles, procedimientos, decisiones operativas y garantiza un transcurrir de la operación despejando la mayor cantidad de contingencias como sea posible, a partir de la adecuada gestión de riesgos. Ello, sumado a la capacidad individual de los recursos adecuados en cada área y las estrategias adecuadas para el mercado en donde se actúa, ayuda al aumento en las ganancias de una compañía.

En resumen, las facturas emitidas se cobran; los gastos erogados son los adecuados y legítimos, y los recursos internos y externos operan de acuerdo con las normas de la empresa, cumpliéndose con los códigos y las políticas de conflicto de intereses.

El poder arribar a esta conclusión trae aparejado un trabajo responsable, profesionalizado y sistemático dentro de una organización, el cual

(*) Contador público especialista certificado por la Association Certified Fraud Examiners (USA). Colaborador de la Comisión Anticorrupción del CPCECABA. Inició su carrera profesional en Policía Federal Argentina dentro del área de Delitos Económicos y Crimen Organizado, participó en la investigación de casos vinculados con el Lavado de Dinero, Fraude y Corrupción junto a otras fuerzas federales extranjeras, consiguiendo en el año 1997 la medalla al mérito institucional por las investigaciones realizadas.

Posteriormente se desempeñó como director en Andersen y E&Y, teniendo la responsabilidad local y regional del área de Forensic.

Actualmente es propietario de su propia firma de consultoría en prevención de fraude y corrupción, donde desarrolló e implementó programas de trabajo de prevención de fraude principalmente en el área de *e-commerce* y el programa Anticorrupción llamado O+P+R 365.

empieza con la decisión del top *management* y continúa hacia el resto de la organización.

En este sentido, el *management* juega un rol crucial al asegurar un Gobierno Corporativo efectivo mediante las acciones que ejecutan para la creación de valor. La gerencia recibe la autoridad delegada del Directorio y es responsable de establecer y ejecutar la estrategia corporativa, administrando en forma efectiva y eficiente los recursos, dirigiendo y coordinando las actividades operativas y salvaguardando los activos de la compañía (1).

Tomando lo expuesto por el Dr. Raúl Saccani en su tratado de Auditoría Forense, podemos inferir que la responsabilidad del Directorio es indudable y además, en este sentido, también será el responsable de asegurar la independencia y ausencia de conflicto entre la empresa, a la postre empleadora, y el responsable del cumplimiento de los programas de Fraude y Anticorrupción (programas de integridad), que mayoritariamente suele ser un empleado.

Las siguientes preguntas pretenden ser guía del presente análisis: ¿es conveniente que el responsable del programa de integridad o el oficial de cumplimiento sea una persona que esté en relación de dependencia? ¿Tiene la independencia necesaria para cumplir con su función, aun cuando ponga en riesgo su trabajo? ¿Es probable que ante un incumplimiento normativo el oficial de cumplimiento aduzca que no tenía autoridad para revertir una decisión del Directorio, implicando a sus miembros en forma automática? ¿Su falta de experiencia profesional en temas de fraude y corrupción lo alejan más de la sanción? ¿En qué medida ello perjudica a la empresa?

Todas estas dudas aplican mayoritariamente en países como el nuestro, donde la cercanía entre los dueños de la empresa/accionistas y el responsable del programa son más estrechas que en compañías internacionales con atomización accionaria, en las que efectivamente el oficial de cumplimiento, responsable del programa y con la calificación profesional adecuada para manejar temas de fraude y corrupción, es una figura independiente que reporta exclusivamente a dueños y accionistas a través del comité de auditoría. Este punto realmente es *crítico,* más aun con la reciente sanción de la nueva ley 27.401, conocida como "Ley Penal Empresaria", en donde es obligatorio un programa de integridad para las personas jurídicas que quieran participar en ciertas contrataciones públicas (art. 24, inc. 2º). Este programa de integridad impone la figura de un responsable de cumplimiento y en su texto no se describe la calificación profesional mínima necesaria para ocupar esa posición, lo cual, a mi entender, es demostrativo de que el legislador aún confunde control tradicional con control de fraude y anticorrupción o desconoce su importancia poniendo en riesgo la efectividad de norma. Tampoco se mencionan procedimientos de control efectivo, a través de organismos competentes, que aseguren la debida independencia del oficial de cumplimiento, robusteciendo el sustento del texto legal y despejando algunas dudas en cuanto a que esta ley principalmente fue sancionada para cubrir compromisos internacionales.

I. Riesgos de Integridad y corrupción dentro de la industria

La problemática del fraude y la corrupción en la industria del *retail* es tan amplia y abarcativa como lo son los actores intervinientes, los productos afectados y las operaciones y procesos que se desarrollan dentro del mismo. No sería justo avanzar sin destacar que la mayor parte de los riesgos de integridad invaden a todos los sectores e industrias, diferenciándolos en algunos casos por particularidades muy puntuales, sutiles y específicas. Sin embargo, al aumentar el número de transacciones exponen a la industria por encima de la media. Solo basta imaginar la cantidad de operaciones por día a las que se enfrenta una empresa que ofrece sus productos en forma *online* y presencial, con otra industria que lo hace bajo la forma tradicional.

Algunos de los riesgos de integridad probables, que se traducen en maniobras de fraude y corrupción que más a diario se enfrentan dentro de la industria, son:

- Compras/importaciones de productos o materias primas que contienen un porcentaje

(1) Saccani, Raúl, "Tratado de Auditoría Forense", La Ley, t. I, 2012, p. 255.

de productos deteriorados u obsoletos por encima del promedio;

• Triangulaciones a través de proveedores en beneficio de algún empleado de la empresa;

• Conflicto de intereses no declarados en beneficio de amigos o parientes en perjuicio de la empresa;

• Contratación de servicios no prestados o innecesarios;

• Contratación de servicios y/o erogación de gastos en locaciones remotas de difícil control;

• Sofisticadas campañas de comercialización y marketing con controles de difícil realización, ya sea por la intangibilidad del precio de una idea o por la logística desplegada en múltiples locaciones (entre los que más he podido observar);

• Sabotaje a través de la modificación intencional de ofertas online, tanto en el precio de los productos como en las condiciones de venta;

• Fuga de información confidencial para la comisión de delitos diversos como el robo de mercaderías y usurpaciones de identidad de clientes;

• Fallas en las validaciones de identidad en operaciones de comercio electrónico y;

• Compras de paquetes turísticos para una inmediata utilización realizada con tarjetas de crédito robadas;

Quien se detenga en estos eventos que atentan contra la integridad, observará que no he mencionado los robos de efectivo o productos dentro de los puntos de venta y almacenes, ni las notas de crédito que buscan ajustar ventas ficticias, solo por mencionar dos de los fraudes históricamente más comunes. La razón por la que fueron omitidos se basa en la consideración personal de que existen controles básicos, dentro de los procesos, que siempre fueron abordados por la función de auditoría interna y no deberían dejar de ser realizados por los auditores. Más aún, los riesgos tradicionales enunciados en este párrafo debieran cubrirse con los procedimientos tradicionales de control interno, permitiéndole al responsable del programa de cumplimiento y su equipo abordar otros temas y esquemas potenciales como los que describiré más adelante. Un plan de integridad necesita profesionalismo y dedicación exclusiva, cuestión esta que no está siendo cabalmente comprendida por algunas empresas las cuales optan por alocar su gestión dentro del ámbito de la auditoría, cometiéndose un doble error; confundir al perfil del especialista en fraude con el de un auditor y el segundo e igualmente importante reducir a la mínima expresión las chances de éxito al no gestionarse en forma continua las actividades de procedimientos y controles sobre los riesgos de integridad que impactan en la compañía.

Las metodologías necesarias para gestionar un programa de neutralización, identificación e investigación de fraude y corrupción son sustantivamente diferentes a las de auditoría interna o externa; aunque, existen algunos puntos en común que de manera alguna las asimilan, solo complementan las tareas al igual que el área de sistemas, legales o recursos humanos, por mencionar solamente algunas.

El responsable de un programa de cumplimiento no debe apegarse a un “check list”, ya que estaría dejando fuera de la consideración del programa un universo de circunstancias que se caracterizan por sus cambios constantes y por la presencia de nuevos actores internos (colaboradores) y externos (proveedores y clientes). Las pruebas globales, y los muestreos están fuera de los programas de trabajo de los especialistas en fraude y corrupción, el detalle y las características no solo contables, sino también de contexto son por demás importantes en los análisis profesionales. El análisis legal, la recolección de evidencias físicas o electrónicas ante un caso de fraude o corrupción es otro punto de la tarea que responsable del programa debe liderar. Generalmente, en estas ocasiones es en donde más se percibe la ausencia de la calificación profesional adecuada.

Ahora bien, como la intención de esta contribución está enmarcada dentro del contexto de la Ley Penal Empresaria (ley 27.401), sancionada a finales de 2017 y puesta en vigencia desde el 1º de marzo de este año, nos referiremos a los delitos que en ella se enuncian, no sin

antes mencionar la existencia de leyes internacionales análogas que abarcan, con indiscutida lógica, una mayor cantidad de hechos ilícitos no menos importantes como lavado de dinero, tráfico de personas, contrabando o financiación del terrorismo.

Los delitos previstos en el texto legal de nuestro país son:

• Cohecho y tráfico de influencias nacional y trasnacional.

• Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

• Concusión (funcionario público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer para sí o para otro un bien o beneficio patrimonial).

• Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

• Balances e informes falsos agravados.

En este listado de delitos, el soborno representaría uno de los tipos delictuales con mayor probabilidad de ocurrencia, aunque no el único, dentro de la mayor parte de las industrias. Entregar dinero a cambio de recibir una concesión determinada; u obtener un beneficio indebido para la empresa, sería el marco que puede encerrar este riesgo de integridad, en jurisdicciones nacionales; provinciales y municipales. El hecho concreto suele ocurrir por la entrega de dinero a un funcionario en forma disimulada, utilizando diversos mecanismos de ocultación de la maniobra.

Sobre cada uno de los delitos precedentes que menciona la ley, deberían sustentarse las evaluaciones y procedimientos de neutralización de amenazas (gestión de riesgos). En la industria del *retail*, el responsable del programa debería planificar un modelo de control específico por cada uno de los procesos más críticos entre los que no podríamos dejar de mencionar a recursos humanos, e-commerce, logística, IT, cuentas a pagar, comercio internacional y seguridad patrimonial, área esta última con un muy bajo nivel de control, apoyado seguramente en el desconocimiento del *management,* la cual maneja grandes presupuestos en contrataciones de servicios y custodias.

Un modelo de control implica la gestión permanente de procedimientos y controles basados en el conocimiento de riesgos de fraude y corrupción (riesgos de integridad) definidos previamente, los cuales deben ser gestionados en forma diaria por un equipo de especialistas o por un líder que capacite a gerentes específicos de las áreas que actuarían como enlaces, concepto y función que desarrollare en detalle más adelante.

Como parte del marco de un análisis profesional deben entenderse, asimismo, las modificaciones sustanciales que está atravesando la industria desde hace unos años. La compra física o presencial va cediendo espacio a la venta online. La logística se multiplica, se automatiza y comienza a jugar un rol clave dentro de la cadena de valor del sector. La comunicación y comercialización, a través de los canales apropiados para acercarse a los potenciales compradores, también están inmersos en este proceso denominado "la era de la Digitalización".

Para tener una aproximación a estos conceptos, basta con repasar la información cotidiana sobre la estrategia hacia donde dirigen sus acciones las empresas del sector, aumentando e invirtiendo importantes sumas de dinero para impulsar sus canales de ventas digitales y *omnichannels* (2). Este proceso, por lo general, se acompañará con el rediseño de todas las páginas web, y pretende hacer foco en mejorar la experiencia de compra adecuándose al mercado actual, entregando el producto en la casa de los clientes (*Home Delivery*), con la mayor cobertura geográfica posible, y pudiéndose pagar en forma fácil desde la computadora hogareña a través de diferentes medios de pago (*click and collect*).

Quien se detenga nuevamente en los conceptos resumidos en el párrafo anterior y trate de imaginar la combinación de nuevos eventos de fraude y corrupción que los mismos podrían traer aparejados, entenderá la importancia de un sólido proceso de gestión de riesgos de inte-

(2) La omnicanalidad es la integración de todos los canales existentes en el mercado, de manera tal de generar caminos que se interrelacionen para que un cliente que inició una comunicación por una vía de interacción pueda continuarla por otra.

gridad y la escasa probabilidad de su abordaje a través de los mecanismos tradicionales de auditoría y control interno. Las amenazas externas que provienen principalmente desde el anonimato de la red buscando generar a través de transacciones fraudulentas la adquisición de bienes o servicios enfrentan al profesional a nuevo desafíos y amenazas. La multiplicidad de transacciones que se cursan por ejemplo durante los eventos conocidos como "Hot Sales" hacen imprescindible un sólido esquema previo de reconocimiento de amenazas y capacitación del personal de ventas, sumado a un protocolo robusto de definición de alertas y herramientas de consulta que minimicen al máximo los intentos de fraude que ocurrirán durante el mismo.

Otro de los puntos importantes que se debería abordar con mayor rigurosidad es el de reclutamiento de nuevos profesionales. Aquí tendremos una de las primeras tareas claves como responsables del programa, saber quién es la persona que ingresa a nuestra compañía, evaluando sus antecedentes e informando nuestra opinión al resto de la organización involucrada en el reclutamiento.

Los desarrollos y mejoramientos en los sistemas para adecuarlos a esta era digital son otro de los puntos en que el responsable del programa de cumplimiento debe poner atención. Quien haya pasado por este proceso podrá dimensionar en su justa medida los riesgos y circunstancias que se producen en el transcurso de la implementación. De manera opuesta, quien no lo haya pasado deberá saber que muchas de las decisiones involucran el desembolso de importantes cantidades de dinero, y son difíciles de comparar con el mercado, perdiéndose, en ese punto, la referencia sobre sí lo que se está pagando es el valor adecuado o no lo es. En el medio, aparecen aspectos técnicos que tampoco son sencillos de manejar y que impactan directamente en el costo del desarrollo. Los apuros y urgencias durante esta etapa suelen presentarse en la mayoría de los casos y con ellos vienen de la mano las oportunidades para la comisión de fraude y corrupción.

Una vez superadas estas etapas —y otras posteriores de ajuste y estrategia no menos importantes que traen consigo la probabilidad de aparición de riesgos de integridad—, nos encontramos con la operación ya estructurada, la cual nos presenta varios ángulos de observación para identificar y minimizar riesgos, a saber:

- El empleado que transacciona la compra electrónica y accede a los datos de los clientes, ¿tiene un adecuado nivel de supervisión y control?, ¿lo hace en ambientes vigilados bajo los recaudos que recomiendan los especialistas en prevención de fraude en comercio electrónico?

- ¿Cuenta la empresa con un programa que le permita aumentar la aceptabilidad de los diversos medios de pago cuando se hacen transacciones *online* y, a su vez, tenga alertas/reglas que permitan analizar sí una operación se aprueba o no?

- ¿Las alertas acompañan en forma ágil al proceso, o por el contrario, lo ralentizan y le hacen perder oportunidades de venta?

- ¿El transportista que realiza la entrega a domicilio tuvo un adecuado proceso de *background*?

- ¿Los participantes en la cadena de la operación tienen el conocimiento y el escepticismo adecuado para identificar situaciones de riesgo de integridad?

- ¿Cuento con un adecuado sistema que me permite guardar la trazabilidad de las operaciones cursadas en forma electrónica, que a la postre me pueden ayudar a recuperar los *chargebacks* o contra cargos?

Estas preguntas son indispensables ya que su omisión podría presagiar una cantidad impensada no solo de riesgos, sino de pérdida de rentabilidad.

Paralelamente, integridad y transparencia son una condición "de negocio" que cada día cobra más relevancia a nivel local e internacional. Las compañías, en mayor medida, están adaptándose a sus reglas no solo por el rápido e inmenso daño reputacional que le puede ocasionar un evento de estas características en un tiempo inimaginablemente corto, sino también porque el hecho de contar con un Programa de Integridad parece imponerse como una condición mandatoria y, sin duda alguna,

como un rasgo distintivo y necesario para aumentar el valor "equity" de la compañía y tener acceso a financiaciones gubernamentales e internacionales.

Sin duda, estos cambios representan nuevos desafíos para los profesionales que se encargarán de la prevención del fraude y la corrupción. Desde mi punto de vista, el éxito o el fracaso dependerán de la adaptabilidad de los especialistas a este nuevo contexto.

Esencialmente, esta adaptabilidad debe sustentarse en el reconocimiento de las nuevas amenazas y riesgos (digitales y regulatorios), y en el armado de equipos multidisciplinarios que soporten al responsable de *compliance*, quien a su vez deberá contar con una experiencia profesional estricta, ya que él también se verá expuesto a riesgos personales en la medida que no cumpla adecuadamente con su tarea.

La consideración a la que hice mención en el párrafo anterior, la cual no está influenciada en un ejercicio hipotético, sino más bien fáctico, de los escándalos de corrupción que se han producido en los últimos años, se puede observar claramente con el aumento de las regulaciones, sumado al compromiso asumido por la Argentina ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organismo al que el país pretende ingresar y que pidió una norma que penalice los delitos de empresas contra la administración pública.

II. Acciones preliminares para una correcta identificación

Las acciones comprenden un conjunto de normas y procedimientos ejecutados diariamente que los profesionales especializados en fraude y corrupción habitualmente acostumbramos a respetar en forma taxativa, primordialmente todos aquellos procedimientos de reconocimiento preliminar en torno al saber quién es en cualquiera de las categorías; quién es mi empleado; quién es mi proveedor y quien es mi cliente, tanto el tradicional como el *e-client*.

En relación con los procedimientos, es vital contar con un programa robusto de *identificación positiva* que nos permita identificar tempranamente las alarmas sobre determinadas operaciones que debieran haber sido convenientemente evaluadas y jerarquizadas en la evaluación de riesgos, paso preliminar para la puesta en marcha de un efectivo Programa de Integridad.

En esta etapa, los análisis de los conflictos de interés juegan también un rol preponderante. El conflicto ocurre cuando un ejecutivo, gerente o empleado tiene una relación de negocios en la que prioriza el beneficio personal por sobre el de la organización. Por ende, una forma común del conflicto de interés es la realización de transacciones con uno mismo o con familiares. En estos casos, los intereses públicos y privados se confunden y un funcionario podría, por ejemplo, involucrar intereses comerciales privados en el contrato (3).

La herramienta que recomiendo utilizar para disuadir y minimizar este riesgo es la de la declaración jurada por parte del personal que sea considerado clave en relación con su posición y rol de función. La declaración jurada sobre conflicto de intereses debiera ser completada en forma anual, abarcando a los cónyuges o convivientes e hijos mayores de edad. La incorporación de información adicional, por ejemplo, relacionada con hermanos, amigos o padres, que el declarante pueda entender que ocasionaría un potencial conflicto, la puede expresar dentro de la misma declaración en ítem por separado.

Por otra parte, la condición básica en relación con las normas de integridad, es que la alta dirección respete y haga respetar las leyes y regulaciones en vigencia, no tolerando desvíos, por más insignificantes que estos sean, y asegurando absoluta independencia y libertad a quien hará las veces de oficial de cumplimiento, esté o no en relación de dependencia.

III. Diseño sugerido para la puesta en marcha de un Programa de Integridad

Como se repite más de una vez a lo largo de esta colaboración, la existencia de un apoyo genuino por parte de la Alta Gerencia es indispensable para comenzar con la conformación de la estructura antifraude y corrupción, la cual podrá ser interna o externa sí la empresa no cuenta con el perfil del especialista.

---

(3) Saccani, Raúl, "Tratado de Auditoría Forense", La Ley, t. I, 2012, p. 583.

La primera tarea que se debería desarrollar, independientemente de las industrias o los tipos de delitos, es la realización de una autoevaluación de riesgos de fraude y corrupción, liderada por el responsable del programa. Esta tarea se realiza en forma separada por grupos (sectores/áreas), y niveles jerárquicos (medio; gerenciales; y dirección). Para la realización de esta actividad, es conveniente que previamente se informe a los participantes sobre el objetivo y alcance del ejercicio.

En forma paralela, se deberá realizar el análisis de riesgo interno sobre proveedores, clientes, nómina y mercado, de manera de poder mapear los resultados con los del ejercicio de autoevaluación. Para la realización del análisis interno, que será responsabilidad del líder del programa o del especialista externo (en el caso de que la compañía no cuente con el perfil adecuado), se deberá hacer foco en el rol de función, impacto y posibilidad de ocurrencia de riesgos de fraude y anticorrupción de los procesos y sectores involucrados, lo cual permitirá ordenar y jerarquizar los procedimientos disuasorios y preventivos, como también ayudará definir la frecuencia con la que se deben repetir los monitoreos.

El proceso de evaluación de estos análisis deberá poner especial atención en todas aquellas circunstancias que comúnmente son reconocidas como antecedentes de riesgos de integridad, pudiendo mencionar entre ellos: elevado nivel de endeudamiento e insatisfactoria capacidad de pago; inadecuada estructura comercial en cuanto a niveles y volumen de negocios; composición accionaria fluctuante; elevado nivel de compras en efectivo de productos con mercado transparente; sucesivos cambios de domicilios, situaciones judiciales provenientes de incumplimientos comerciales o civiles; antecedentes penales; tarjetas de crédito relacionadas a múltiples códigos postales; números telefónicos en donde se repiten dígitos o presentan secuencias ascendentes o descendentes casi sin intervalos. Los ejemplos mencionados cubren tanto el proceso tradicional como el electrónico.

Otro aspecto no menor a tener en cuenta, relacionado específicamente con los riesgos de nómina, es el vinculado al comportamiento de los colaboradores. Con alguna sorpresa, durante los últimos diez años hemos podido verificar que existe una estrecha relación entre aquellos empleados que han cometido hechos de fraude y las conductas antisociales dentro del ámbito en el cual cumplen su función. Por lo tanto, las conductas antisociales deberían ser observadas con especial atención en cada uno de los análisis de riesgos de integridad realizados. El fraude o el delito cometido por el cual se contraviene una norma prefijada también es una conducta antisocial.

Todo ello nos indica que, para proceder a realizar una correcta evaluación de estos casos, hay que tomar en cuenta cuál ha sido el hecho originante ya que, como comprenderá el lector, no es lo mismo una sanción leve —como puede ser una falta sin aviso— a otro tipo de sanción que pueda estar relacionada directamente con principios de integridad vulnerados.

Numerosos estudios como los del profesor Derek Mc Clintock, (s/f) de la Universidad de Edimburgo, comentan que en Gran Bretaña uno de cada cinco hombres y una de cada ocho mujeres han sido procesados por algún delito, en algunos casos condenados y en otros absueltos, en algún momento de su existencia (4).

Para la realización del ejercicio de Gestión de Riesgos, la recomendación más importante es la de lograr una adecuada *transferencia de conocimientos* de los riesgos particulares del negocio o sector al responsable del programa. Una vez logrado este objetivo, el proceso se encadenará de la siguiente manera.

IV. Proceso del ejercicio de Gestión de Riesgos (resumen de los aspectos esenciales del ejercicio)

1. Enunciación de hipótesis de delitos tradicionales y electrónicos que afecten al sector de retail.

2. Jerarquización: la medición del impacto en el negocio y la probabilidad de ocurrencia del episodio serán las condiciones principales que considerar.

(4) Rodríguez Zarco, Juan, "Manual de prevención de fraude", Esabe, 1ª ed., septiembre de 1991, p. 51.

3. Descripción de las maniobras habituales de ocultamiento que son utilizadas por quienes cometen los delitos tipificados en el punto 1. Este proceso es fundamental, por cuanto nos permitirá ajustar adecuadamente los siguientes pasos enunciados.

4. Procedimientos neutralizantes para cada uno de los casos identificados, en el ejercicio de gestión de riesgos.

5. Armado de reglas/alertas que coadyuven en la identificación temprana del evento.

6. El monitoreo continuo y la revisión de este proceso que se encadenará con las alternativas y variantes de la operación asegurará la buena salud del Plan.

V. Alcance de las tareas del oficial de cumplimiento

— Su responsabilidad primaria será la de actuar en el ámbito de la prevención, detección e investigación, estableciendo procedimientos y encargándose de garantizar el cumplimiento de las políticas definidas por la empresa relacionadas con la ética, la conducta y las diferentes acciones disuasivas, neutralizantes, detectivas e investigativas que se lleven adelante. Será también responsable por la gestión del canal de denuncias, y llevará adelante, bajo su tutela, el programa de capacitación relacionado con los riesgos de integridad.

— Recomendará procedimientos o políticas que no estuvieran contemplados por la empresa, tendientes a robustecer las barreras de defensa contra el fraude interno y externo, a partir de un relevamiento inicial de riegos de fraude e integridad.

— Deberá tener independencia funcional y su reporte exclusivo serán los accionistas, a quienes les debe rendir cuentas con la periodicidad que se crea más conveniente (semestral o anualmente es lo más usual).

— Deberá actuar en forma coordinada con cada uno de los sectores de la empresa a través de un *oficial de enlace* (figura que será responsable de proporcionar la información requerida por el oficial de cumplimiento, en cada uno de los casos bajo investigación, y será el encargado de implementar, monitorear y reportar todos los temas relacionados con el programa de integridad dentro del área donde desarrolla sus funciones).

VI. Oficial de enlace

La figura del oficial de enlace, bajo mi perspectiva y de acuerdo con las experiencias que he ido desarrollando mediante su inclusión en mis compromisos profesionales en los últimos cinco años, juega un papel preponderante en el esquema de neutralización e identificación de riesgos de integridad y como colaborador directo del oficial de cumplimiento.

La definición amplia sobre los riesgos y sus jerarquías deben ser dadas por el oficial de cumplimiento, en tanto el oficial de enlace será el encargado de proponer procedimientos de control y monitoreo en el área que este bajo su cargo. Esta tarea nutre al oficial de enlace y a su equipo de experiencias, las cuales le permiten realizar la sintonía fina del plan como así también proponer modificaciones o cambios al encargado del programa. Por todo ello, se entiende la necesidad de contar con un oficial de enlace en cada área o sector clave.

Generalmente, se recomienda que las áreas de Finanzas, Sistemas, Logística, E-Commerce, Marketing, Suministros, Seguridad Patrimonial y Legales tengan su oficial de enlace. El responsable del programa de prevención de fraude y cumplimiento, a su vez, debe asegurarse que el colaborador seleccionado para realizar esta tarea cuente con la experiencia, independencia, sensibilidad y capacidad de liderazgo para asumir el rol, el cual será paralelo a su rol funcional diario.

Mi primera duda respecto de esta novedosa función era, en efecto, si el oficial de enlace tendría una mayor carga de tareas, y si ello no impactaría negativamente en su función principal. La respuesta a esa duda se disipó rápidamente, ya que en los hechos no solamente no le demandaba más tiempo, sino que aumentaba la performance de su labor. Esto se tradujo en mejoría de los procesos, aseguramiento y aumento de las ventas, y crecimiento en la cantidad de operaciones que eran aceptadas al negocio por las emisoras de tarjetas de crédito en el caso

específico de las transacciones de comercio electrónico. En este sentido, se demostró que la ejecución del programa no solamente eliminó riesgos, sino que incrementó la eficiencia del trabajo de su equipo e impacto directamente en el aumento de la rentabilidad del negocio.

Paralelamente, dicho programa pone en conocimiento del líder (oficial de cumplimiento) la existencia de ciertos riesgos o particularidades operativas desconocidas por el mismo, que pueden constituir posteriores conflictos de integridad o fraude, robusteciendo aún más el programa a partir de las lecciones aprendidas. El conocimiento adquirido, así como las advertencias emergentes, deben ser comunicados en reuniones periódicas entre el oficial de cumplimiento y sus enlaces. Sin embargo, esta decisión, como todos presumirán, está relacionada con el volumen de la compañía y la complejidad del negocio. Para una pequeña empresa, la actividad no debería tener una secuencia diferente que la mencionada anteriormente, si debería variar el volumen de información a evaluar.

Asimismo, cada uno de los oficiales de enlaces deberá ser seleccionado por el responsable del programa y deberá contar con la aprobación del Comité de Auditoría. La función del enlace es importante, ya que le permite al líder del programa (oficial de cumplimiento) tener la capilaridad e información necesaria para cumplir con su objetivo principal.

En un mismo sentido, el oficial de enlace será el encargado de transferir, al menos dos veces al año, los conocimientos necesarios al resto de los integrantes del área bajo su responsabilidad, sobre los conceptos básicos en materia de fraude y corrupción que cualquier integrante de la organización debiera conocer. A este ejercicio se lo denomina "transferencia de lecciones aprendidas", y se sostiene en base a eventos que no habían sido contemplados en el análisis de riesgos previos.

La capacitación en materia de fraude, la cual es responsabilidad de cada una de las áreas y deberá contar con el apoyo de la Gerencia de RRHH, es una herramienta de defensa importante ya que extiende el conocimiento y permite a todos los colaboradores nivelar su conocimiento para que las señales de alerta no solo puedan ser identificadas por un grupo reducido de la empresa.

VII. Mecanismos de ocultamiento generalmente utilizados

Dentro del conjunto de delitos que un programa de integridad debería intentar contener en la industria, nos enfocaremos en el pago de sobornos, uno de los más habituales y principales riesgos que se debe enfrentar. Habitualmente, la maniobra de ocultamiento para llevar adelante el pago ilegal reúne alguna o varias de las siguientes características:

- Utilización de una empresa multipropósito que reúne las siguientes características: reciente constitución, recurrentes cambios de autoridades y de domicilios, en algunos casos inexistentes. También se presentaron casos en los que los domicilios existen y son correctamente georreferenciados, pero se encuentran habitados por personas ajenas a los objetivos criminales de la empresa, o simplemente no están habitados (terrenos baldíos).

Los titulares de las personas jurídicas formadas por las organizaciones criminales, por lo general, son personas que prestan su nombre a cambio de algún tipo de retribución, aprovechándose estas organizaciones de su condición de vulnerabilidad. Es común ver sociedades criminales de este tipo formadas por personas de avanzada edad y bajos recursos. Asimismo, la trayectoria laboral de quienes figuran como titulares de la persona jurídica, generalmente no tiene relación con el objeto de la empresa criminal. Tampoco se observa relación entre la actividad comercial y la capacidad financiera de los miembros titulares de estas sociedades.

- Los servicios son una de las actividades elegidas para emitir facturas que sirven como cobertura para el pago de los sobornos. Debido a su característica de intangible, el producto terminado es de difícil comprobación.

- Otra variante para la concreción de estos pagos utilizados para el ocultamiento de un soborno es la utilización de empresas ya constituidas, que por lo general facturan servicios que finalmente no se prestan. En el caso de la industria hotelera, por ejemplo, se pagan ha-

bitaciones que no se utilizan, empresas de autotransporte por viajes no realizados, industria cinematográfica, y así podríamos seguir identificando actividades suelen ser las preferidas de quienes operan dentro de las organizaciones criminales.

En los casos mencionados en el párrafo anterior, el sujeto activo puede adoptar múltiples roles, pudiendo ser receptor del soborno y titular de la empresa al mismo tiempo, o el proveedor del servicio a través del cual se canalizarán los pagos.

Algunas organizaciones criminales, como por ejemplo las mafias, suelen preferir otros esquemas de encubrimiento basado en empresas que no reúnen las características mencionadas anteriormente, sino más bien otras regularmente concebidas que en principio no llamarían la atención, con objetos comerciales indistintos y que realizan actividades industriales, ciertas, de exportación, financieras, etc. Esto se debe a que estas mafias controlan a funcionarios o autoridades en los diferentes niveles nacionales, provinciales o municipales, y cuentan regularmente con la complicidad de las autoridades no siendo objeto de controles o investigación por parte de las mismas.

Estos esquemas ofrecen múltiples dificultades al tratar de investigarlos, en principio porque sus características suelen mimetizarse con la mayoría de las empresas sin existir puntos débiles o alertas que llamen la atención.

VIII. Consideraciones finales

La sociedad ilegal no existiría sin una sociedad legal que la incluya y le permita, por acción u omisión, cumplir con sus objetivos.

El riesgo de que el fraude y la corrupción roce o se instale en cada una de las empresas del sector es muy importante, y debe tenerse en cuenta que la herramienta individual para prevenirlo a menudo no suele detener el accionar ilegal, sino que neutraliza una acción determinada. La repetición de nombres o empresas que cometen delitos de fraude y/o participan en esquemas de corrupción sorprendería a más de uno de los lectores, demostrando de esta manera que el "riesgo industria" no es percibido en la forma necesaria. Más aún, a menudo se observa que las acciones fraudulentas en la industria son realizadas por empresas que toman acciones concretas hacia otras del sector, o sea un mismo jugador perjudica a más de una compañía dentro de una misma industria.

La buena noticia para los especialistas, que a la postre se desempeñen como responsables de cumplimiento de los programas de integridad, es que hoy los datos se han multiplicado y, en ese sentido, el/los perpetradores del acto ilegal están ofreciendo una mayor cantidad de información que lo/as coloca en un lugar de mayor vulnerabilidad. No será este documento el que les revele las señales de alerta para que la tengan en consideración y cambien la forma de operar, pero el ingreso al mundo digital ha permitido una mayor trazabilidad en las operaciones. A pesar de ello, la ventaja que acompaña a los autores de fraude y corrupción es que, *aún en la actualidad, una gran cantidad de empresas no llegan a comprender la importancia que representa tener un programa de integridad dirigido por un oficial de cumplimiento que cuente con el profesionalismo adecuado* y rechazan reconocer la existencia de un problema que abarca a todos los jugadores del sector para convertirse en un "riesgo industria". Por el contrario, aquellas compañías que han comenzado con el proceso de lucha contra el fraude y la corrupción en todos los frentes ya empiezan a percibir claramente la ventaja de operar bajo un contexto de mayor transparencia lo cual las mantiene alejadas de contingencias regulatorias y más cercanas a la obtención de los beneficios esperados.

La corrupción y la prevención del lavado de activos

POR **ZENÓN A. BIAGOSCH** (*)

I. El vínculo entre el delito de corrupción y el delito del lavado de activos

La corrupción y el lavado de activos son delitos interrelacionados, no solo tienden a ocurrir juntos, sino que la presencia de uno fortalece la evolución del otro: el primero se comete con la finalidad de obtener beneficios privados y, el segundo posibilita el ocultamiento e incorporación de los mismos al sistema financiero.

La conducta que comúnmente conocemos como *lavar*, es una acción de simulación. Es decir se busca darle apariencia de legalidad a un activo originado en una actividad ilegal, que en muchos casos puede devenir de un acto de corrupción.

Ahora bien, la principal interrelación se da en que la mayor cantidad de dinero que se pretende lavar es originado en diversos delitos que para su concreción también se requiere corromper. La generación de tal dinero ilegal, por caso el proveniente del narcotráfico, se genera comprando la voluntad de públicos y privados que por acción u omisión favorecen o son partícipes directos de la comisión de esos delitos.

Los grandes flujos de dinero ilegal que en muchos casos se pretende o se logra lavar, también es destinado a vulnerar el accionar de aquellos que tienen responsabilidades de control y fiscalización o de transformar en partícipes a muchos que sin tener tales responsabilidades pasan a ser funcionales y parte de la organización que delinque. En sociedades tan fragmentadas y vulnerables como la nuestra este accionar resulta lamentablemente cada vez más frecuente.

En síntesis, sin actos de corrupción resulta difícil generar el dinero ilegal y sin lavado los corruptos no logran el goce y disfrute de tal dinero.

(*) Licenciado en Administración de la Universidad de Buenos Aires y Examinador Certificado de Fraude - CFE de la Association of Certified Fraud Examiners - ACFE. Es Socio Fundador y Presidente de la firma FIDESnet - Professional Advisory, Presidente de la Comisión de "Estudios sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo" del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires, Co-Director Académico del Programa Certificado sobre "Prevención de Crímenes Financieros" e Instructor del Área Académica Política de Empresa del IAE Business School de la Universidad Austral y Representante de Argentina ante el Comité de Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN). Fue Director y Vicesuperintendente del Banco Central de la República Argentina, Vicepresidente del Banco de la Nación Argentina, Gerente Senior de "Regulatory and *Compliance*" de PricewaterhouseCoopers y Comisionado para la Prevención del Lavado de Dinero de la Secretaría de Lucha contra el Narcotráfico de la Presidencia de la Nación. Asimismo, fue Presidente del "Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Dinero" de la Organización de Estados Americanos (OEA-CICAD) y Primer Coordinador Nacional ante el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI. En la faz académica fue Director de la Escuela de Negocios de la Universidad Católica Argentina (UCA) y del Posgrado en Gestión para el "Desarrollo Económico Sustentable" de dicha universidad. Es integrante del cuerpo de oradores de "The Cambridge International Symposium on Economic Crime". Es Socio Fundador de FAPLA (Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo) y Vicepresidente del Chapter Argentina del ACFE (Association of Certified Fraud Examiners). Es autor de diferentes libros y ublicaciones y columnista de diferentes medios gráficos nacionales e internacionales.

El *Financial Action Task Force* [en adelante FATF (1)], considera que las deficiencias de un país en materia de transparencia e integridad financiera, en la aplicación de principios éticos y en el establecimiento de un sistema judicial que garantice el cumplimiento de las leyes, imposibilita la implementación efectiva de las Recomendaciones emitidas por el Organismo y, en consecuencia, la aplicación eficaz de un sistema de prevención del lavado de activos.

Una adecuada cultura de cumplimiento, por otra parte, instaura un ambiente de control en el que es más difícil que la corrupción prospere sin ser detectada. De acuerdo al FATF, la correcta aplicación de las Recomendaciones, posibilita que las jurisdicciones puedan: I) proteger las instituciones públicas; II) aumentar la transparencia del sistema financiero y; III) facilitar la detección, investigación y enjuiciamiento de ambos delitos (corrupción y lavado de activos), así como el recupero de los fondos sustraídos.

II. Vulnerabilidades al riesgo de la corrupción y del lavado de activos

El reporte "*Specific Risk Factors in the Laundering of Proceeds of Corruption*" (2) determinó los siguientes factores de riesgo a considerar, en el marco de la implementación de un sistema de prevención del lavado de activos, para el desarrollo y aplicación de medidas que garanticen la identificación y detección de los fondos, cuyo origen es el delito de corrupción.

II.1. Personas Expuestas Políticamente (PEP)

La Recomendación 12 del FATF establece que las Entidades deben contar con un sistema de gestión de riesgos apropiado, que permita determinar si un cliente o beneficiario final es una persona expuesta políticamente.

Adicionalmente deberán efectuar los siguientes procedimientos de debida diligencia reforzada en las relaciones comerciales con aquellos clientes identificados como tal: I) aprobación de la gerencia para establecer (o continuar) relaciones comerciales; II) aplicación de medidas razonables para establecer el origen de los fondos y; el monitoreo continúo sobre las operaciones de los mismos.

La premisa detrás de la Recomendación 12 es clara: los clientes que ostentan la condición de Persona Expuesta Políticamente, podrían presentar un riesgo inherente alto. Comprender dicho riesgo es importante por dos razones:

- La recomendación requiere que una Entidad con la obligación de presentar reportes de operación sospechosa a las autoridades competentes, cuente con herramientas de administración de riesgo, que le permitan tomar medidas razonables para la identificación de las Personas Expuestas Políticamente y el monitoreo de sus operaciones.

- Entender el riesgo es esencial con el fin de evaluar el nivel de aplicación que es necesario a la hora de efectuar los procedimientos de debida diligencia.

La experiencia nos enseña que combatir el lavado de activos relacionado con el delito de corrupción debe ser más que simplemente garantizar que los clientes que sean identificados como Personas Expuestas Políticamente, reciban un nivel adecuado de escrutinio.

Por el contrario, una estructura de prevención efectiva demanda de una evaluación del riesgo relacionado con la corrupción y la protección contra el lavado de activos, en el espectro de clientes y relaciones comerciales de una Entidad.

II.2. Estructuras jurídicas

Un elemento común en los casos de corrupción es el uso de personas jurídicas, fideicomisos u organizaciones sin fines de lucro, para lavar el producto del ilícito. La facilidad con que las estructuras jurídicas pueden ser crea-

(1) *http://www.fatf-gafi.org/(19/04/2018).*
The Financial Action Task Force (FATF) es un organismo intergubernamental constituido en el año 1989, cuyo objetivo es determinar políticas, pautas de orientación, normas, medidas operativas y recomendaciones, reconocidas como un estándar mundial, para combatir el lavado de activos, la financiación del terrorismo y otros delitos relacionados que, amenazan a la integridad del sistema financiero internacional.

(2) FATF (2012), "Specific Risk Factors in the Laundering of Proceeds of Corruption".

das y disueltas en algunas jurisdicciones aumenta el riesgo del uso indebido de las mismas para la comisión de los delitos mencionados precedentemente. Este riesgo se potencia aún más cuando se utilizan estructuras con más de una capa en múltiples países.

Asimismo, tanto en los casos de corrupción del sector público como del sector privado, las personas que controlan a las estructuras jurídicas también intentan disfrazar la fuente, el destino o el propósito de los fondos que se pagan como sobornos.

II.3. Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (en adelante APNFD)

Otro factor de riesgo en materia de corrupción en distintas operaciones, es la participación de APNFD que no han implementado prácticas efectivas de prevención del lavado de activos o, que provienen de jurisdicciones no reguladas o de alto riesgo.

Las APNFD se utilizan consciente o inconscientemente en los esquemas delictivos, dada su capacidad para establecer estructuras legales complejas y realizar transacciones de manera eficiente, evitando la detección de los sistemas de monitoreo de las Entidades.

II.4. El uso de dinero en efectivo

Si bien el uso de dinero en efectivo se produce con mayor frecuencia, en casos de corrupción endémica de menor grado, también se ha observado la participación de grandes cantidades del mismo, en casos de mayor escala, donde se ha utilizado como herramienta principal en el esquema del lavado de los fondos.

Aunque las transacciones en efectivo permiten romper la cadena de registros bancarios, se enfrentan a los requisitos en materia de prevención diseñados para combatir la colocación del mismo de forma ilegal en el sistema financiero.

II.5. Control sobre instituciones financieras y entidades públicas

Una persona expuesta políticamente que participe en la comisión de actos de corrupción, cuenta con los medios y recursos, debido a sus responsabilidades como funcionario público, para influenciar en una institución financiera, ya sea dentro de su país de origen o en el extranjero. Esto es particularmente preocupante ya que el control sobre un banco, proporciona la capacidad de mover fondos sin temor a ser detectado.

Es esencial para mitigar el riesgo, una supervisión efectiva de las instituciones financieras, que asegure la implementación de un adecuado programa de cumplimiento en materia de prevención del lavado de activos y que garantice la integridad y transparencia en sus relaciones comerciales.

Por este motivo, es necesario que los organismos gubernamentales claves para la supervisión del sistema financiero cuenten con independencia operativa y autonomía, que permita garantizar la libertad de influencias o interferencias indebidas.

II.6. Sectores económicos

El sector económico en el que se encuentra un cliente o donde realiza sus transacciones afecta el nivel de riesgo del mismo. Si bien la corrupción puede ocurrir en cualquier industria, hay sectores más vulnerables a la misma:

- El FATF reconoce cierta correlación entre la extracción de recursos naturales y la corrupción, particularmente cuando se combinan los ingresos significativos de las industrias extractivas con sistemas de gobierno débiles.

- Las actividades de contratación pública, incluidas las financiadas por instituciones financieras internacionales, también son vulnerables a la corrupción debido al gran alcance de los proyectos gubernamentales y la naturaleza a menudo especializada de los contratos involucrados.

- El tamaño y la naturaleza del sector de la salud lo convierten en un objetivo atractivo para la corrupción. La misma en el sector farmacéutico y de dispositivos médicos puede ocurrir en todas las etapas de la cadena de negocios, desde la investigación y el desarrollo hasta la dispensación y la promoción. La gran cantidad de pasos involucrados en la producción y distribución de productos médicos permite numerosas oportunidades de corrupción.

II.7. Falta de intercambio de información entre las jurisdicciones

Como el lavado de activos es una problemática a nivel global, la comunicación entre los estados es un elemento clave para mejorar la efectividad de las medidas de prevención.

La ausencia de un efectivo intercambio de información entre las jurisdicciones, obstaculiza las investigaciones, incluyendo aquellas donde converge el delito de corrupción.

Las investigaciones de los últimos 10 años, referentes a casos de corrupción en el sector público en Latinoamérica, han puesto de manifiesto la variedad de mecanismos utilizados para el lavado de los fondos ilícitos, tales como, transferencias bancarias, contrabando de efectivo, uso de cuentas en múltiples jurisdicciones en poder de entidades corporativas, etc.

Cada capa de un esquema que involucra a otra jurisdicción aumenta la dificultad para que los reguladores y las fuerzas del orden puedan entender y detectar el esquema del lavado de activos, aumentando la necesidad de compartir información entre los países, con la finalidad de colaborar para combatir el delito.

III. Métodos más comunes utilizados para el lavado de activos proveniente de la corrupción

El lavado de activos proveniente de la corrupción, de acuerdo al reporte "*Laundering the Proceeds of Corruption*" (3), puede tomar variedad de formas, dependiendo de la naturaleza del acto que asuma la misma: soborno, extorsión, malversación de fondos públicos, autogestión y el conflicto de intereses, entre otros.

La comprensión del método utilizado en el delito de corrupción para obtener las ganancias ilegales, posibilita entender cómo esos fondos podrían ser lavados:

I- En el caso de los sobornos, el dinero fluye generalmente de una entidad privada a un funcionario público, como forma de intercambio por la concesión de algún tipo de beneficio gubernamental.

II- En el caso de la extorsión, los fondos pasan de la víctima al funcionario.

III- En la autogestión y el conflicto de interés, el funcionario tiene una participación financiera en una Entidad que mantiene una relación de negocios con el Estado. El funcionario usa su posición oficial para garantizar que el gobierno mantenga una relación comercial con la Entidad, enriqueciéndose de esta forma.

IV- En el caso de la malversación se utilizan varios mecanismos para el lavado de los fondos.

Independiente de la forma que asuma el delito de corrupción, algunos de los métodos mayormente observados para el lavado de activos provenientes de dicho delito son los siguientes:

III.1. Uso de estructuras jurídicas y fideicomisos

En las estructuras jurídicas y los fideicomisos se han identificado las siguientes características que acrecientan el riesgo del lavado de activos:

- Facilidad en algunas jurisdicciones para su creación y disolución.

- Posibilidad de ser propiedad de una corporación, integrada por varias estructuras jurídicas o fideicomisos en diversas jurisdicciones.

- Oportunidad de ocultar la propiedad efectiva mediante el uso de intermediarios especializados y/o profesionales.

Cada una de estas características tiene el efecto de dificultar a las instituciones financieras, a los reguladores y a las fuerzas del orden, obtener información que permita una comprensión precisa de la propiedad y el control de los activos involucrados y los propósitos para los cuales se realizan transacciones financieras específicas.

III.2. Utilización de Gatekeepers

Aquellos que cometen el delito del lavado de activos buscan los consejos o servicios de profesionales especialistas para ayudar a facilitar sus operaciones financieras.

(3) FATF (2011), "Laundering the Proceeds of Corruption".

Las habilidades de los *Gatekeepers* son un elemento clave en la creación de estructuras legales que podrían utilizarse para facilitar la comisión del delito mencionado previamente, por su capacidad para gestionar y realizar transacciones de manera eficiente.

III.3. Transferencia de los fondos al extranjero

Los funcionarios públicos que cometen un acto de corrupción buscan, en general, mover los fondos obtenidos fuera de su jurisdicción de origen, a instituciones financieras en países desarrollados o con un clima estable para la inversión.

IV. Implementación de un Programa de Integridad en el marco del Sistema de Prevención del Lavado de Activos

Recientemente, en la Argentina, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.401 (en adelante la ley) sobre Responsabilidad Penal para Personas Jurídicas por delitos de corrupción. La misma contempla la aplicación de un Programa de Integridad por las Entidades, con la finalidad de prevenir, detectar y corregir los actos ilícitos en la materia.

La implementación de dicho programa, para aquellas entidades que revisten el carácter de sujetos obligados conforme la regulación en materia de prevención del lavado de activos, implica el desarrollo y la ejecución de dos sistemas de cumplimiento con elementos que se interrelacionan y nutren entre sí, tales como:

• El código de ética: una de las herramientas claves contempladas en la ley, que deberá definir las políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los miembros de la organización, incluyendo al Directorio. Estos procedimientos se podrán extender a terceros, de ser necesario, tales como socios, proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios.

Asimismo, de acuerdo a las resoluciones emitidas por la Unidad de Información Financiera, el código de ética deberá contemplar también los principios rectores y valores, así como las políticas, que permitan resaltar el carácter obligatorio de los procesos que integran el sistema de prevención del lavado de activos y su adecuado desarrollo.

• La capacitación periódica: un requisito para ambos programas, el de integridad y el de prevención, que debe garantizar el conocimiento de los principios rectores del primero, así como la inclusión de un enfoque basado en riesgos, que posibilite instruir al personal sobre las normativas vigentes en la materia, correspondiente al segundo.

• La evaluación de los riesgos: uno de los pilares fundamentales para definir el perfil de la Entidad en materia de prevención de los delitos de corrupción y del lavado de activos. En la misma se deberán identificar distintos niveles de riesgos de las áreas y factores relacionados con ambos delitos, de forma tal que la Institución pueda concentrar sus recursos y aplicar recaudos especiales de corresponder.

• El compromiso explícito de la Alta Dirección de la Entidad en la implementación del sistema de prevención del lavado de activos y en las políticas de integridad y transparencia financiera, es uno de los componentes esenciales contenidos en las regulaciones y normas de la materia.

• La aplicación de un sistema de monitoreo integral, que posibilite el seguimiento y la detección de operaciones sospechosas, así como la evaluación de la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios.

• Otro de los elementos principales es la designación de un responsable interno, con la función de llevar a cabo el desarrollo, la coordinación y la supervisión de la aplicación del Programa de Integridad y del Programa de Prevención del lavado de activos.

Tanto la ley de responsabilidad penal, como el marco regulatorio en materia de prevención, no sólo establecen herramientas jurídicas para la represión del delito de corrupción y del lavado de activos, sino que exigen al sector privado, a adoptar mecanismos de control a fin de lograr una política integral en la materia. La sociedad necesita de iniciativas de esta naturaleza, tanto por parte de la clase política cuanto por la clase dirigente empresarial.

Con independencia de que se considera oportuno y necesario promover los mecanismos antes mencionadas, resultaría auspicioso que estos fueran complementados por ciertas acciones institucionales que ayudaran a su eficaz aplicación. Enumeramos sólo algunas:

• Promover la apertura de Oficinas de Control Patrimonial en las provincias, para que monitoreen los movimientos económicos de sus funcionarios públicos provinciales y municipales y de aquellos actores económicos que, por su actividad o su envergadura, tengan un mayor riesgo. Ello por medio de la utilización de los recursos propios de cada jurisdicción, tales como los registros societarios, inmobiliarios, automotores, etcétera.

• Continuar con la acertada estrategia de federalización adoptada por la Unidad de Información Financiera respecto de abrir filiales en el interior, tal los casos de Salta y Misiones, que cuentan ya con el soporte de varias provincias del noroeste y del noreste argentino. Sería muy provechoso que esta estrategia contara con el soporte y el complemento de las oficinas antes mencionadas si pretendemos evitar el usufructo y el disfrute de los fondos provenientes de este delito.

• Establecer un protocolo, con los recaudos y las condiciones necesarios para el intercambio de información en materia de inteligencia en instancias de investigación administrativa, aun cuando esté amparada por los diferentes secretos, sean tributario, bancario, bursátil, etcétera.

V. Cooperación interinstitucional e internacional

El 19 de marzo del año 2018, en el marco de las Jornadas de Trabajo sobre Recupero de Activos de la Iniciativa StAR (4), el presidente de la Unidad de Información Financiera (UIF) (5) y la titular de la Oficina Anticorrupción (OA) (6) suscribieron un acuerdo para fortalecer la prevención, detección y colaboración con la justicia penal en investigaciones vinculadas al delito del lavado de activos y de la corrupción.

El acuerdo constituye un compromiso para la implementación de canales de comunicación y mecanismos de cooperación y coordinación con motivo de mejorar la eficiencia de la colaboración entre la prevención y persecución de dichos delitos.

Asimismo, desde la experiencia común, ambos organismos tienen el propósito de trabajar en el análisis y el estudio de situaciones específicas para proponer reformas institucionales adecuadas, permitiendo someter a los funcionarios públicos que presentan declaración patrimonial y de intereses, a un control cruzado y más estricto.

Por otra parte, el 15 de marzo del mismo año, el Grupo Egmont (7) se reunió en Buenos Aires con la finalidad de discutir el rol de las unidades de inteligencia financiera dentro del sistema de prevención del lavado de activos, abordando la importancia de la autonomía de las mismas y la consideración de los fondos producto de la corrupción, como elementos claves en la lucha contra los delitos financieros.

(4) *https://star.worldbank.org/star/(17/04/2018).*
La Iniciativa StAR (*Stolen Asset Recovery Initiative)* es una asociación entre el *World Bank Group* y *Nations Office on Drugs and Crime*, que apoya los esfuerzos internacionales para combatir los paraísos donde fluyen los fondos provenientes de actos de corrupción. La Iniciativa StAR trabaja con los países en vías de desarrollo y los centros financieros para evitar el lavado de activos proveniente de fondos obtenidos de la corrupción y, para facilitar una sistemática y oportuna devolución de los activos robados.

(5) *https://www.argentina.gob.ar/uif (17/04/2018).*
La UIF (Unidad de Información Financiera) es el organismo con autonomía y autarquía financiera a cargo del análisis, el tratamiento y la trasmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

(6) *https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion (17/04/2018).*
La OA (Oficina Anticorrupción) es el organismo responsable de fortalecer la ética y la integridad en la administración pública nacional, a través de la prevención e investigación de la corrupción y la formulación de políticas de transparencia.

(7) *https://egmontgroup.org/content/about (17/04/2018).*
El Grupo Egmont se encuentra constituido por 155 unidades de inteligencia financiera y proporciona una plataforma para el intercambio seguro de conocimientos e inteligencia financiera con la finalidad de combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Los integrantes del Grupo Egmont acordaron que la autonomía e independencia operacional de las unidades de información financiera son fundamentales para una contribución efectiva que permita contrarrestar la corrupción.

Adicionalmente, adoptaron las siguientes iniciativas:

• Desarrollar una orientación sobre las características de una Unidad de Información Financiera autónoma e independiente desde el punto de vista operativo.

• Mejorar las prácticas y herramientas empleadas por las unidades de información financiera para determinar si un caso involucra a personas expuestas políticamente y a otras categorías de alto riesgo relacionadas con la corrupción.

• Hacer uso de las herramientas de intercambio de información disponibles para sus miembros para facilitar el análisis en casos de corrupción y fomentar la capacidad de las unidades de información financiera, para proporcionar cooperación internacional efectiva en la detección, rastreo e identificación del producto blanqueado de la corrupción, con el fin de permitir medidas provisionales oportunas.

• Emitir una lista actualizada de indicadores para identificar transacciones sospechosas y actividades indicativas de corrupción.

Las unidades de inteligencia financiera están en una posición única para cooperar y apoyar los esfuerzos nacionales e internacionales para contrarrestar la corrupción y el lavado de activos.

Liberté, Egalité... et Transparence: la Ley Sapin II y la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

POR **ROBERTO P. BAUZÁ** (*)

I. Introducción. Marco general de este trabajo

Recientemente han entrado en vigor tanto en la República Argentina como en Francia leyes muy importantes que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción.

En el caso de Francia, la Ley relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y a la modernización de la vida económica, conocida como Ley Sapin II (en adelante, "Sapin II") (1) fue adoptada el 8 de noviembre de 2016 y promulgada el 9 de diciembre del mismo año y sus disposiciones anticorrupción entraron en vigor a partir del 1º de junio de 2017. En la Argentina, por otro lado, la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (en adelante, la "LRPPJ") fue sancionada el 1º de noviembre de 2017, y su entrada en vigencia se produjo el 1º de marzo de 2018.

Ambas legislaciones reconocen antecedentes comunes en leyes anticorrupción de terceros países que sancionan a las empresas con aplicación extraterritorial, tales como la *Foreign Corrupt Practices Act* de los EE.UU. (la "FCPA"), o la *UK Bribery Act* del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La marcada voluntad de aplicación extraterritorial de la primera de estas leyes (FCPA) se ha manifestado, sobre todo en los últimos 20 años, en una agresiva política sancionatoria mediante la imposición de multas millonarias en dólares a empresas estadounidenses y extranjeras, así como en penas pecuniarias y de prisión a sus ejecutivos, representantes o accionistas. Incluso, esta potestad ha alcanzado a varias empresas en relación con hechos ocurridos en nuestro país, en casos con amplia difusión mediática (2). Por ello, la FCPA ha sido objeto de mucho análisis y discusión en nuestro medio

---

(*) Socio del estudio de abogados Rattagan Macchiavello Arocena en Buenos Aires. Actualmente se desempeña como Co-chair del Comité Internacional Anticorrupción de la *American Bar Association* (*Section of International Law*). Se graduó como abogado en la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza) y obtuvo un postgrado en derecho (LLM) de la Universidad de Columbia (New York, Estados Unidos de América). Es miembro de la Asociación Argentina de Ética y *Compliance* (AAEC) y del Comité de Ética y *Compliance* de la Sociedad Argentina de Derecho de la Construcción (SADEC). Ha participado como panelista en diversos foros del país y del exterior sobre anticorrupción y compliance y es profesor invitado en Compliance del Programa de Entrenamiento para Abogados de FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia).

(1) *Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.* Texto oficial en francés en *https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&dateTexte=20180412*

(2) De acuerdo con estadísticas publicadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Standford (*http://fcpa.stanford.edu/geography.html*), la Argentina integra el "top 10" de los países donde se produjeron más

jurídico y de negocios. En forma similar, aunque con menos impacto local, la *UK Bribery Act* ha sido bastante comentada, analizada y citada.

Por otro lado, en el caso de Francia, si bien las investigaciones de FCPA por hechos ocurridos en su territorio son menos numerosas, algunas empresas de nacionalidad francesa se encuentran entre las que recibieron las multas más altas aplicadas por el gobierno de los EE.UU. por hechos de soborno en terceros países (3).

Sin embargo, y como analizaremos someramente en este trabajo, la Ley Sapin II es también potencialmente relevante para nuestro país, aunque su impacto permanece aun mayormente desapercibido. En nuestra opinión, esta importancia descansa en tres elementos principales: (i) el número de empresas francesas (algunas de ellas de gran tamaño) que actúan en forma directa o a través de subsidiarias en nuestro país (4); (ii) la aplicación extraterritorial de Sapin II, la que se basa tanto en principios generales del derecho penal francés como en aspectos particulares de esta legislación; y (iii) el esquema novedoso (a nivel de derecho comparado) que impone obligaciones de cumplimiento a empresas de un cierto tamaño, y cuya violación trae aparejadas sanciones administrativas independientemente de la existencia de delitos de corrupción (o aun cuando la empresa no hubiera cometido ninguno).

Por ello, y más allá del interés académico y de política represiva para estudiar comparativamente las particularidades del sistema argentino y francés, en razón de los elementos anteriormente señalados entendemos que hay aspectos prácticos a ser tenidos en cuenta por las empresas con actuación nacional que, teniendo puntos de contacto que las sujetan a Sapin II, deben también adecuarse a los requisitos de la LRPPJ.

II. Antecedentes

Tanto Sapin II como la LRPPJ responden, entre otros factores, a la necesidad de adaptar las respectivas legislaciones al movimiento internacional orientado a alcanzar una mayor transparencia y luchar contra la corrupción involucrando activamente al sector privado. Ambas legislaciones se inscriben en la teoría llamada "análisis económico del derecho", que estudia los incentivos específicos que el sistema jurídico crea entre los actores económicos de manera de estimular conductas consideradas como socialmente valiosas y, por el contrario, desalentar aquellas consideradas negativas. Apuntan, por lo tanto, a atacar el "lado activo" de la corrupción regulando la actividad de las empresas, partiendo de la comprobación que la sola amenaza de persecución penal de los individuos no es suficiente como elemento disuasivo, puesto que la acción concreta del estado para punir los hechos una vez cometidos es limitada y, en la abrumadora mayoría de los casos, ineficiente (5). Por el contrario, las personas jurídicas están en mejor situación para diseñar sistemas de prevención, "alerta temprana", investigación y sanción de los hechos de corrupción. Pero para ello es necesario que la legislación determine los premios y castigos necesarios a nivel de las empresas, que el modelo de imputación sea claro y que la amenaza de sanción sea percibida como cierta y efectiva.

Es muy relevante el protagonismo que en este sentido han tenido convenciones internacionales contra la corrupción tales como la Convención de las Naciones Unidas (6), la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA (7) y, sin duda la más relevante, la Convención de la Organización para la Cooperación y

violaciones sancionadas bajo la FCPA, con 14 grupos empresarios sancionados entre 2008 y 2017.

(3) Por ejemplo, la multa aplicada a Alstom S.A. en 2014 fue de U$S 772.290.800, mientras que Total S.A. recibió en 2013 una sanción de U$S 245.200.000 (*http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html*).

(4) Según el sitio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia, 250 grupos empresarios franceses están presentes en nuestro país, con una inversión directa de €3.800 millones (*www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/argentine/#*).

(5) En nuestro país es muy baja tasa de delitos que son perseguidos judicialmente, y aún menor el porcentaje de ellos que alcanza sentencia. Por otro lado, la duración promedio de una causa de corrupción en la Argentina está en torno a los 15 años, y una gran proporción terminan cerradas por prescripción.

(6) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31/10/2003, ratificada por ley 26.097 promulgada el 6 de junio de 2006.

(7) Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA) del 29/03/1996, ratificada por ley 24.759 promulgada el 13 de enero de 1997.

el Desarrollo Económico (OCDE)(8), centrada en el soborno de los funcionarios públicos extranjeros.

No vamos a detenernos en este breve trabajo a hacer un análisis de estos instrumentos internacionales, los cuales son ampliamente conocidos y han sido exhaustivamente comentados. Pero bástenos decir que, previo a la sanción de las leyes que aquí comentamos, tanto Francia como Argentina habían recibido evaluaciones críticas de la OCDE en relación con el estado de su legislación interna y la efectividad de su sistema judicial para cumplir con los compromisos asumidos en virtud de la citada convención. Y que tanto Sapin II como la LRPPJ persiguen, entre otros objetivos, dar respuesta a estas observaciones. En el caso de nuestro país, además, la sanción de la ley se inscribe en el ansiado objetivo de ser admitido como miembro pleno de la OCDE, para el cual se está trabajando con un amplio conjunto de reformas legislativas, administrativas y de políticas públicas.

En particular, los países signatarios de la Convención de la OCDE se comprometen a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, quedando a criterio de cada uno de ellos si esta responsabilidad debe ser penal, administrativa, civil o alguna combinación de estas soluciones. En nuestro país, la responsabilidad de las personas jurídicas no existía para delitos de corrupción, y la LRPPJ viene entonces a establecer un nuevo paradigma. En el caso de Francia, si bien la responsabilidad de los entes jurídicos por hechos de corrupción existía desde los primeros años de la década de 1990, y había sido particularmente implementada a través de la norma conocida como "Ley Sapin I" del año 1993, en la práctica había tenido escasa aplicación. Por lo tanto, al introducir aspectos tales como la obligatoriedad de implementar programas de conformidad para ciertas empresas, las potestades de control y sanción de la agencia estatal anticorrupción y la posibilidad de celebrar acuerdos de colaboración con el ministerio público, así como una aplicación extraterritorial más extendida para delitos de corrupción, la Ley Sapin II plantea un sistema mucho más activo y en línea con otras legislaciones de los principales países del bloque occidental.

III. Ámbito de aplicación

III.1. Personas jurídicas alcanzadas

Nuestra LRPPJ indica en su art. 1º que sus disposiciones resultan aplicables a "las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal". Por lo tanto, quedan sujetos a esta ley todo tipo de entes comprendidos en la Ley General de Sociedades 19.550, pero los entes públicos quedan en principio excluidos de sus disposiciones, salvo que se trate de empresas en las cuales el estado detenga una participación controlante o no (un ejemplo de ello puede ser YPF S.A.).

Sin perjuicio de que la LRPPJ no resulte estrictamente aplicable a reparticiones públicas en nuestro país, la Oficina Anticorrupción ("OA") ha encabezado iniciativas para implementar programas de integridad en sectores de la administración pública, aplicando los parámetros esbozados en los arts. 22 y 23 de la LRRPJ.

Por el contrario, las obligaciones de implementar un programa de integridad establecidas por Ley Sapin II, además de aplicarse a las personas jurídicas o grupos empresarios privados que cumplen con determinados requisitos (500 empleados o más e ingresos anuales superiores a €100 millones), también comprenden a los "establecimientos públicos de carácter industrial o comercial" (conocidos como "EPICs") que cumplan con estos mismos parámetros. Esta diferencia resulta sustancial, por cuanto la lista de EPICs en Francia abarca múltiples agencias y empresas estatales (incluidas algunas reparticiones de carácter puramente administrativo) en ámbitos tan diversos como la gestión de ferrocarriles, vías navegables, energía, correos, meteorología, financiamiento de exportaciones, tecnología, exploración espacial y cultura, entre muchos otros. (9)

(8) Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada el 21/11/1997, ratificada por ley 25.319 promulgada el 6 de octubre de 2000.

(9) Para una descripción de la naturaleza y listado de los EPICs, ver artículo (en francés) *https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89tablissement_public_%C3%A0_*

III.2. Aspectos extraterritoriales

En el sistema argentino la regla es la aplicación territorial de la ley penal, e históricamente sólo admitía excepciones en razón de la calidad funcional de ciertos agentes públicos que se desempeñan en el exterior. Así, para la casi totalidad de los delitos contemplados en la LRPPJ, nuestro sistema penal puede perseguir (i) los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción, y (ii) los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo (10).

Sin embargo, y como novedad, la RPPJ modifica el art. 1º del CP agregando un inc. 3º que introduce un elemento adicional de extraterritorialidad para el delito de soborno de funcionario público extranjero (art. 258 bis, Cód. Penal) cometido en el exterior por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, aun cuando este domicilio fuera el de una sucursal o establecimiento. Por lo tanto, y sólo en relación con este delito, la ley prevé expresamente la aplicación extraterritorial.

Pero esta modificación que puede parecer menor por lo acotada, en la práctica resulta muy importante por cuanto, justamente, de los delitos contemplados en la LRPPJ el soborno de funcionario público extranjero es el que razonablemente tiene más posibilidades de ocurrir en el exterior del país. Y si bien el delito existe en nuestro Código Penal desde hace varios años, hasta la fecha no ha tenido aplicación. Con el nuevo mecanismo de extraterritorialidad, queda por verse la vocación concreta que manifieste nuestro sistema judicial para perseguir este delito.

En el derecho penal francés, por el contrario, si bien la territorialidad también es la regla, las posibilidades de aplicación extraterritorial son mucho más amplias, dado que la ley penal francesa se aplica también a los delitos cometidos fuera del territorio francés (i) cuando la víctima es de nacionalidad francesa; o (ii) cuando fueren cometidos por una persona de nacionalidad francesa siempre que (a) el delito estuviera también previsto en la jurisdicción extranjera y (b) que la acción haya sido iniciada a instancia del Ministerio Público francés.

La Ley Sapin II amplía aún más la aplicación extraterritorial puesto que, por un lado, prescinde de los requisitos señalados bajo los puntos (a) y (b) del párrafo anterior para los delitos de corrupción y tráfico de influencias y, por otro, extiende la posibilidad de persecución extraterritorial a toda persona que resida habitualmente o ejerza la totalidad o parte de su actividad económica en territorio francés (aunque no sea ciudadano).

Por último, y como veremos más adelante, la Ley Sapin II establece sanciones administrativas para las empresas que, cumpliendo con ciertos umbrales mínimos de número de empleados y facturación, no hayan implementado un programa de conformidad que cubra los aspectos específicos señalados en la ley o lo hayan hecho de manera inadecuada. Esta obligación comprende a las subsidiarias o sucursales de grupos franceses en el exterior y, por lo tanto, extiende la potestad extraterritorial de sanción administrativa del estado francés a través de la Agencia Francesa Anticorrupción (la "AFA").

III.3. Situación frente a personas humanas

La LRPPJ establece que las acciones contra las personas jurídicas son independientes de las que se puedan iniciar contra las personas humanas que hubieran sido autores o partícipes del delito y, por lo tanto, no se verán afectadas por la extinción de estas acciones (art. 4º). Inclusive las personas jurídicas podrían ser responsabilizadas aun cuando no se hubiera identificado una persona humana como autor (art. 6º).

Bajo la ley francesa, tanto las personas humanas como las personas jurídicas pueden ser también sancionadas de manera independiente, tanto en el ámbito penal como administrativo. En este último campo, por ejemplo, la deficiencia de la empresa en implementar un programa adecuado de cumplimiento puede acarrear también multas independientes de

---

caract%C3%A8re_industriel_et_commercial_en_France#Liens_externes.

(10) Cód. Penal, art. 1º, incs. 1º y 2º.

hasta €200.000 para los miembros del directorio, ejecutivos o gerentes.

IV. Conductas sancionadas

IV.1. Delitos del Código Penal

La LRPPJ indica en su art. 1º que sus disposiciones resultan aplicables a los siguientes delitos: (a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis, Cód. Penal); (b) negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265, Cód. Penal); (c) concusión, (art. 268, Cód. Penal); (d) enriquecimiento ilícito (arts. 268, incs. 1º y 2º, Cód. Penal); y (e) balances e informes falsos, cuando hubieran sido realizados para ocultar la comisión del cohecho o el tráfico de influencias (art. 300 bis, Cód. Penal).

La responsabilidad por estos delitos puede ser atribuida a las personas jurídicas cuando los individuos los hubieran cometido actuando directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, o incluso sin tener atribuciones legales para hacerlo si esta actuación fuera posteriormente ratificada en forma expresa o tácita por la persona jurídica.

En el derecho francés encontramos que la Ley Sapin II sanciona a las empresas por un rango de delitos con una tipificación muy similar: cohecho —denominado *corruption*—, tráfico de influencias, concusión, "toma ilegal de interés", desvío de fondos públicos y favoritismo.

El factor de atribución de la ley penal en Francia es un poco más riguroso que el de la LRPPJ, pues para que el delito pueda imputarse a la persona jurídica se exige que la persona humana haya actuado como órgano o representante de aquélla. Sin embargo, están también alcanzados los apoderados que hubieran actuado en virtud de un mandato, e incluso las personas a quienes aquéllos hubieren sustituido sus poderes.

Una diferencia, sin embargo, muy relevante, es que la ley francesa sanciona también el cohecho entre privados, o la llamada "corrupción privada". Por lo tanto, el pago, promesa de pago o entrega de dinero, regalos o cualquier tipo de beneficio o ventaja, por ejemplo, a un competidor para que no participe en una licitación, o a un gerente de compras de una empresa cliente para que adquiera productos o servicios del oferente, configurarían también un delito penal.

Teniendo en cuenta el amplio marco de aplicación extraterritorial de la ley penal francesa, un hecho de "corrupción privada" (que no es sancionable bajo nuestra ley), podría generar responsabilidad penal para una empresa francesa operando en la Argentina.

IV.2. Infracciones Administrativas

La LRPPJ no ha previsto sanciones de carácter administrativo para las personas jurídicas por hechos de corrupción. Nuestro legislador ha optado por un sistema puramente penal, en el que el impulso de la acción y la eventual aplicación de penas dependen de los fiscales y jueces a los que corresponda entender según la jurisdicción y competencia que atribuye la ley(11), según los respectivos ordenamientos procesales. Tampoco ha creado la ley ninguna escala de infracciones menores o de otra naturaleza que pudieran haber recibido una sanción administrativa.

La Ley Sapin II, por el contrario, introduce un elemento novedoso en la legislación francesa, pues crea una obligación para empresas de determinado porte de implementar un programa de integridad bajo los parámetros de la ley. La violación de esta obligación acarrea diversas sanciones administrativas que son aplicadas por la AFA, con independencia de que la empresa haya cometido o no un delito penal.

Pero no sólo las empresas son pasibles de ser sancionadas por estas deficiencias, sino que además Sapin II establece una responsabilidad administrativa independiente para los directivos tales como presidentes, miembros del directorio y altos gerentes de la empresa.

(11) El juez competente para juzgar a la persona jurídica es aquel que debería entender en el delito por cuya comisión sea imputable la persona humana (LRPPJ, art. 26). Para el cohecho de funcionario público extranjero se dispone expresamente la jurisdicción federal (LRPPJ, art. 38, que modifica el art. 33 del CPPN).

V. Sanciones

Las penas previstas en la LRPPJ para las personas jurídicas incluyen multas de entre 2 y 5 veces el monto del beneficio indebido obtenido o que pudo haberse obtenido, suspensión de actividades de hasta 10 años, prohibición de participar en contrataciones con el estado por hasta 10 años, pérdida o suspensión de beneficios estatales, publicación de la sentencia y hasta, en casos extremos, disolución y liquidación de la personería.

Por otro lado, los individuos involucrados en los mismos delitos afrontan penas de entre 1 y 6 años de prisión e inhabilitación especial perpetua.

La penal francesa establece para las empresas una pena máxima por delitos de corrupción de €5.000.000 o 10 veces el beneficio obtenido por la infracción, así como penas complementarias de publicación de la sentencia condenatoria y de confiscación de activos (12). Asimismo, la sociedad puede ser compelida a implementar un programa de conformidad y quedar sometida a un "monitoreo" por parte de la AFA hasta por 5 años, en cuyo caso deberá además costear el costo del personal y todos los gastos asociados con ese monitoreo.

Las personas humanas, por su lado, afrontan en Francia penas de hasta 10 años de prisión, inhabilitación y multa de €1.000.000 o el doble del beneficio obtenido por la infracción.

En cuanto a las sanciones de tipo administrativo, la Ley Sapin II ha dotado a la AFA de facultades de control y sanción de las obligaciones de implementar un programa de transparencia para las personas jurídicas alcanzadas. Así, las empresas incumplidoras pueden recibir multas de hasta €1.000.000. Por otro lado, las sanciones por responsabilidad personal de los dirigentes de las empresas ante las mismas faltas pueden alcanzar los €2.000.000.

VI. Programas de integridad

Tanto la LRPPJ como la Ley Sapin II legislan sobre los programas que las empresas deben implementar para prevenir, investigar y sancionar las conductas contrarias a la transparencia que pudieran producirse en su ámbito. En nuestra legislación se denominan programas de "integridad", y en la legislación francesa de "conformidad".

En lo sustancial, ambos sistemas cubren aproximadamente los mismos aspectos y siguen los parámetros internacionalmente difundidos y adoptados en leyes de otros países, recomendados por ONGs internacionales y contemplados inclusive por normas de certificación ISO (13).

En ambas legislaciones, también, la existencia de un programa de integridad adecuado es un factor para evaluar o morigerar la aplicación de la pena, y puede formar parte de un eventual acuerdo de colaboración suscripto con la fiscalía. En la LRPPJ, además, la existencia previa del programa sumada a otros factores (autodenuncia y devolución del beneficio ilegítimo obtenido), puede eventualmente actuar como eximente de pena.

Una diferencia fundamental de la ley Sapin II reside, sin embargo, en la implementación obligatoria de los "programas de conformidad" para determinadas empresas, grupos o entidades, y cuyo incumplimiento genera una responsabilidad de tipo administrativo. En la LRPPJ, en cambio, estos programas sólo son obligatorios para la participación en determinadas contrataciones con el Estado Nacional (14).

En efecto, las empresas francesas que tengan 500 o más empleados e ingresos anuales superiores a los €100 millones están obligadas a implementar un programa de conformidad que incluya los 8 parámetros básicos contenidos en la ley: (i) un código de conducta que describa los comportamientos prohibidos; (ii) un dispositivo de alerta interna que permita recibir denuncias de los empleados; (iii) un sistema de evaluación de riesgos respaldado en documentación permanentemente actualizada; (iv) procedimientos para la evaluación de terceros tales como clientes, proveedores e intermediarios; (v) procedimientos de control contable;

(12) Como veremos, las penas efectivamente aplicadas (aún en caso de implementarse acuerdos de colaboración) pueden exceder ampliamente los €5.000.000.

(13) ISO 19600 en Sistemas de *Compliance*; ISO 37001 en Sistemas de Gestión Antisoborno.

(14) LRPPJ, art. 24, y dec. 227/2018.

(vi) un dispositivo de educación de los directivos y del personal para evitar las conductas de corrupción y tráfico de influencias; (vii) un régimen disciplinario para sancionar los hechos violatorios del código de conducta; y (viii) un dispositivo de control y evaluación interna de las medidas implementadas.

Según datos publicados por la oficina francesa de *Transparency International,* alrededor de 1.600 empresas francesas están alcanzadas por esta obligación (15), entre las cuales se encuentran muchas con actuación internacional. Como referimos antes, esta obligación también comprende las subsidiarias o sucursales en el exterior de grupos empresarios cuyas casas matrices estén en Francia, en la medida en que el grupo considerado en su totalidad alcance los parámetros de número de empleados y monto de ingresos anuales.

Los ocho requisitos exigidos por la ley francesa para los programas de conformidad están incluidos entre los trece puntos que el art. 23 de la LRPPJ lista como elementos constituyentes de un programa de integridad. Y si bien estrictamente sólo los primeros tres elementos allí listados son obligatorios, en virtud del tamaño e importancia de la empresa, así como de los riesgos que enfrenta, un programa deberá razonablemente contener todos o una gran mayoría de ellos.

Por otro lado, Francia se encuentra más avanzada en la regulación de estos programas, por cuanto la AFA ha dictado recomendaciones detalladas fijando criterios para que las empresas puedan implementar los programas de conformidad (16). De forma similar, en nuestro país el dec. 277/2018 ha delegado en la Oficina Anticorrupción el dictado de los "lineamentos y guías" para la elaboración de dichos programas, pero a la fecha de este trabajo esos lineamientos aún no han sido emitidos.

En nuestra opinión, una empresa de origen francés que actúe en nuestro país podrá implementar un programa que cumpla con la Ley Sapin II tomando como base las recomendaciones de la AFA y, en lo sustancial, estará cumpliendo con las disposiciones de los arts. 22 y 23 de la LRPPJ. Pero, además, la empresa deberá incluir procedimientos específicos para prevenir ilícitos en relaciones con el sector público (licitaciones, concursos y todo tipo de contratos administrativos) y, facultativamente, los otros puntos adicionales que menciona el art. 23 de la LRPPJ, tales como establecer protección de los denunciantes internos, involucramiento de la alta dirigencia, y procedimientos de debida diligencia en transformaciones societarias, fusiones y adquisiciones.

VII. Acuerdos de colaboración

VII.1. Marco general

Tanto la LRPPJ como Sapin II contemplan la posibilidad de extinguir la acción penal mediante un acuerdo transaccional celebrado entre la empresa y la fiscalía, mediante el cual la empresa aporta información, paga una penalidad reducida y asume determinados compromisos hacia el futuro. En los dos sistemas el acuerdo queda sujeto a la posterior aprobación judicial. La LRPPJ los denomina "acuerdos de colaboración eficaz", mientras que Sapin II los llama "convenciones judiciales de interés público" (*Convention Judiciaire de Interêt Public*, o "CJIP").

Bajo la LRPPJ, en caso de celebrarse un acuerdo de colaboración eficaz la sanción pecuniaria que hubiera sido aplicable a la empresa se reduce a la mitad del mínimo de la escala (o sea, una vez el beneficio ilícito obtenido o que hubiera podido obtenerse), además de las otras medidas que pueden formar su objeto tales como implementar o mejorar el programa de integridad, prestar servicio comunitario, la aplicación de medidas disciplinarias y reparación del daño causado. El acuerdo debe ser supervisado por el fiscal o el juez durante el plazo de un año, a los efectos de comprobar la verosimilitud y utilidad de la información aportada, y sólo al término de este período alcanza efectos definitivos.

Bajo Sapin II, en cambio, una CJIP puede incluir el pago de penalidades muy elevadas, por

(15) Ver documento publicado (en francés) en *https://transparency-france.org/actu/guide-pratique-entreprises-loi-sapin-2/.*

(16) *https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2017_-_Recommandations_AFA.pdf.*

hasta el 30% de la facturación de la empresa, una reparación a las víctimas del delito, y un "monitoreo" de hasta 5 años por parte de la AFA, cuyos costos y honorarios deben ser soportados por la empresa.

VII.2. Aplicación

Dada la muy reciente entrada en vigencia de la LRPPJ, aún no existen acuerdos de colaboración eficaz celebrados bajo su imperio. Sin embargo, surgen muchas dudas sobre si las empresas contarán con suficientes incentivos de seguridad jurídica y previsibilidad para celebrarlos, y cuáles serán los criterios que se aplicarán para evaluar, por ejemplo, la efectividad de la información proporcionada. Ello además por cuanto el fiscal y el órgano judicial que realicen esta evaluación final no serán los mismos que actuaron durante la instrucción del proceso (que es el período en el cual los acuerdos pueden celebrarse).

En Francia ya se han celebrado a la fecha algunas CJIP bajo la Ley Sapin II:

(a) En el caso HSBC Private Bank (Suisse) SA, un organismo especializado en asuntos de delincuencia económica y financiera del poder judicial francés acordó con HSBC el pago de la suma de €300.000.000 en concepto de restitución de beneficios, multa e intereses relativa a la comisión por HSBC de los siguientes delitos: (i) ofrecimiento de servicios bancarios y financieros de forma ilícita a residentes franceses, (ii) blanqueo en banda organizada de fondos provenientes del ofrecimiento servicios bancarios y financieros de manera ilícita. Esta fue la primera CJIP, implementada en octubre de 2017, si bien no se trató de un delito de corrupción y no involucró, por lo tanto, un monitoreo de la AFA (17).

(b) En el caso SAS Kaefer Wanner ("KW") se investigó el pagó a empleados de Électricité de France ("EDF") de dádivas para la atribución de trabajos de mantenimiento de centrales térmicas entre 2004 y 2011 al proveedor KW. Por medio de la CJIP, KW aceptó abonar la suma de €2.710.000 euros en concepto de multa. Entre otros aspectos se consideró al momento de aplicar la multa como agravantes el hecho de la empresa EDF fuera una operadora de un servicio público, la duración de la práctica de corrupción y que la práctica corrupta se descubriera con la ayuda de otro proveedor de EDF que denunciara esta práctica a la dirección. También se consideraron como hechos atenuantes que KW hubiera puesto en marcha medidas para detectar y prevenir los hechos de corrupción con el objeto de evitar que se produzcan nuevamente. Adicionalmente, y como parte del acuerdo, KW aceptó ser monitoreado por dieciocho meses por parte de la AFA a fin de evaluar el programa de cumplimiento implementado por KW (18).

(c) En el caso SAS Set Environnement ("SE") también se investigó el pago a empleados de EDF de dádivas para la atribución de trabajos de descontaminación al proveedor SE. Por medio de la convención judicial, SE aceptó abonar la suma de €800.000 en concepto de multa. Adicionalmente, y como parte del acuerdo, SE aceptó ser monitoreado por veinticuatro meses por parte de la AFA a fin de evaluar el programa de cumplimiento implementado (19).

VIII. Funciones de la OA y de la AFA. Diferencias entre ambos sistemas

De acuerdo con el decreto que regula su funcionamiento (20), la OA es un organismo destinado a promover la transparencia y las conductas éticas, así como a prevenir e investigar hechos de corrupción dentro de la esfera estatal.

Más allá de que la OA haya cumplido un rol protagónico en el diseño, impulso y difusión de la LRPPJ, el legislador no ha asignado responsabilidades específicas a esta agencia en relación con su implementación. Más recientemente, el

(17) El acuerdo está publicado en el siguiente link en idioma francés: *https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/CJIP_HSBC.pdf*

(18) El acuerdo está publicado en el siguiente link en idioma francés: *https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/CJIP_KW.pdf.*

(19) El acuerdo está publicado en el siguiente link en idioma francés: *https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/CJIP_PR_Nanterre_-_SAS_SET_ENVIRONNEMENT_-_14-02-2018_signe.pdf.*

(20) Dec. 102/99 *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61724/texact.htm.*

dec. 277/2018 determinó que la OA será el organismo encargado de establecer los lineamientos y guías para la elaboración de los programas de integridad reglados por los arts. 22 y 23 de la LRPPJ. Pero claramente esta agencia no posee ningún poder sancionatorio ni de contralor de las empresas privadas, y sus recomendaciones tendrán, en todo caso, carácter referencial y orientativo tanto para las personas jurídicas que implementen los programas como para los fiscales y jueces que tengan que evaluarlos en el contexto de investigaciones judiciales por hechos de corrupción.

Francia ha optado por un modelo diferente. La Ley Sapin II dio nacimiento a la Agencia Francesa Anticorrupción, en reemplazo del anterior Servicio Central de Prevención de la Corrupción, y la dotó de facultades sustancialmente más amplias que las que tenía aquel organismo. La AFA tiene poderes consultivos, de supervisión y sancionatorios, tanto sobre entes estatales como sobre empresas privadas (21).

En esta última calidad, la AFA está facultada para evaluar y controlar la implementación de las medidas de transparencia y programas de conformidad por parte de las personas jurídicas que se encuentran obligadas a ponerlos en práctica bajo la Ley Sapin II. A tal efecto, realiza inspecciones y emite informes particulares sobre las empresas o entidades inspeccionadas. En caso de que la AFA determinase que tal implementación es deficiente, puede aplicar medidas que van desde un apercibimiento hasta multas de €1.000.000 a las personas jurídicas y €200.000 para las personas humanas con cargos de presidente, directores o altos ejecutivos.

Si en el curso de esas inspecciones, además, la AFA descubriera la comisión de algún delito de corrupción por parte de la empresa, dará intervención al ministerio público para que inicie las acciones penales pertinentes.

Finalmente, y como también referimos con anterioridad, la AFA está a cargo del monitorear, por un plazo de hasta cinco años, el cumplimiento de los acuerdos transaccionales (CJIPs) que las empresas puedan celebrar con el ministerio público.

IX. Conclusiones

Los sistemas argentino y francés que sancionan a las personas jurídicas por corrupción poseen varios aspectos similares, que surgen de su raíz común de derecho continental europeo. Habiendo optado ambos por someter a las personas jurídicas a responsabilidad de tipo penal, estas semejanzas se aprecian, por ejemplo, tanto en la tipificación de los delitos como en los aspectos procesales para concluir acuerdos de colaboración. También resultan esencialmente semejantes los requisitos para la implementación de programas de integridad, los que en ambas legislaciones siguen lineamientos internacionales.

Como diferencias fundamentales, no obstante, surgen la tipificación de la corrupción privada en Francia y la obligación de implementar programas de integridad que la Ley Sapin II establece para ciertas empresas.

El derecho penal francés, y en particular la Ley Sapin II, contempla específicamente la aplicación extraterritorial, lo cual podría acarrear la aplicación de sanciones o penas en relación con hechos ocurridos en nuestro país. Otro aspecto importante para tener en cuenta es la corrupción entre privados del código penal francés, que no constituye delito en nuestro sistema, pero en virtud de la referida extraterritorialidad podría ser eventualmente perseguida si fuera cometida en la Argentina. Asimismo, las facultades de sanción administrativa de la AFA pueden también ser aplicadas sobre empresas o grupos franceses en el exterior.

En definitiva, cabe esperar que la Ley Sapin II pase a desempeñar un rol importante en el concierto de los esfuerzos para prevenir y sancionar la corrupción tanto en Francia como a nivel internacional, sumándose a otras legislaciones con aplicación extraterritorial. Por el tamaño e importancia de varias empresas de origen francés que actúan en nuestro país, éstas se verán obligadas a implementar los programas de conformidad también en sus subsidiarias o sedes argentinas, las que quedarán sujetas a la

(21) Para una descripción de las facultades de la AFA, véase *https://www.economie.gouv.fr/afa*.

supervisión y eventuales sanciones por parte de la AFA. Estas empresas deberán, por otro lado, tomar en cuenta las disposiciones de la LRPPJ para el diseño e implementación de sus programas de conformidad en la Argentina de forma integrada con la legislación local.

Implicancias de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en la República Argentina

POR **ADRIANA RIVIERE-BADELL** (*) Y **JOHN COURIEL** (**) (***)

I. Introducción

La promulgación de la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras y sus modificaciones, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, y ss. (la "Foreign Corrupt Practices Act" o "FCPA" por sus siglas en inglés) en 1977, más 40 años de su promulgación, y sus más de 20 años de agresiva ejecución, han impuesto la definición estadounidense de corrupción de forma global. Desde entonces, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ("US Department of Justice" o "DOJ" por sus siglas en inglés) y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos ("Securities & Exchange Commission" o "SEC" por sus siglas en inglés) han continuado persiguiendo compañías no estadounidenses que operan fuera de los Estados Unidos, así como compañías estadounidenses y extranjeras con una conexión comercial con los Estados Unidos. Estas últimas quedan sujetas a la FCPA como *non issuing foreign agents,* personas físicas o jurídicas que, si bien no tienen su sede, origen o actividades en los Estados Uni-

(*) Abogada litigante especializada en defensas contra demandas del gobierno con un enfoque particular en Latinoamérica. Asesora a clientes con investigaciones regulatorias e internas relacionadas con corrupción y soborno, muchas veces involucrando la Ley de Prácticas Corruptas en el extranjero. Ha participado en unos de los casos de más alto perfil del sur de la Florida, incluyendo la exitosa representación de Raoul Weil, el ex jefe de la gestión de riqueza global de UBS que fue absuelto de conspiración para defraudar al IRS, y la representación de la Oficina del Comisionado del Béisbol en la demanda contra Biogenesis. Antes de unirse a Kobre & Kim, ejerció la abogacía en Hunton & Williams LLP, representando clientes en litigios comerciales complejos, litigios de valores y casos relacionados con leyes de antimonopolios. Antes de Hunton & Williams LLP, fue asociada financiera en una importante firma de contabilidad, donde se especializó en investigaciones de fraude, insolvencia, recuperación corporativa y litigios.

(**) Asesora clientes en disputas transfronterizas de alto riesgo, con un enfoque particular en América Latina. Lleva a cabo investigaciones internas y representa a individuos y corporaciones en jurisdicciones como Brasil, Argentina y México. Las áreas claves de su práctica son defensas contra demandas del gobierno, incluidas las denuncias de violaciones a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), falsificación y manipulación del mercado, lavado de dinero y evasión de impuestos. También representa a compañías en disputas transfronterizas comerciales, financieras y de insolvencia. Tiene una gran experiencia en reclamos RICO civiles transfronterizas, incluso en asuntos relacionados con denuncias de soborno. Antes de unirse a Kobre & Kim, se desempeñó como fiscal en el Departamento de Justicia de los EE.UU. (Como Fiscal Federal Adjunto en la División Criminal de la Oficina del Fiscal Federal para el Distrito Sur de Florida), donde investigó fraudes electrónicos, casos de lavado de dinero, fraude a la atención médica y otras conspiraciones, incluso en casos de cooperación transfronteriza y asuntos de extradición. Previo a ser fiscal, trabajó para Davis Polk & Wardwell LLP, especializándose en investigaciones internas transfronterizas, asuntos administrativos, y disputas comerciales complejas multijurisdiccionales.

(***) Este trabajo contó con la colaboración de Melisa Ortes González, abogada internacional que se enfoca en investigaciones de alto riesgo, defensas contra demandas del gobierno, y disputas comerciales, y financieras con un nexo con Latinoamérica. Cuenta con experiencia en una amplia gama de asuntos transfronterizos relacionados con las industrias de energía, tecnología, logística, y productos de consumo. Ha realizado un *secondment* como abogada interna en una importante empresa de servicios. Antes de unirse a Kobre & Kim, ejerció en Marval, O'Farrell & Mairal en Buenos Aires, Argentina. Se encuentra admitida para ejercer a la práctica de la abogacía en Buenos Aires.

dos, se ven involucrados en actos o tentativas de soborno a funcionarios de cualquier país. Se aplican distintos criterios de conexión para habilitar y extender la jurisdicción de la SEC y DOJ para poder atender estos casos, perseguir y castigar.

En los últimos años, el DOJ y la SEC han mostrado un interés por investigar compañías de Latinoamérica, compañías extranjeras operando en Latinoamérica (1), con equipos del DOJ persiguiendo la aplicación internacional de la FCPA de forma agresiva. Como se explicará más adelante, cualquier contacto con los mercados de Estados Unidos, aún un mínimo contacto, puede exponer ciertas conductas, que podrían de otra forma ser legales en un país de Latinoamérica, a la aplicación de grandes multas o sanciones criminales como consecuencia de ser consideradas prácticas corruptas bajo las leyes de los Estados Unidos.

Tal como fue prometido, la nueva administración de Argentina ha provocado un resumido interés de las compañías de capitales extranjeros en invertir en Argentina, como consecuencia de bajar las barreras para hacer negocios en el país, y la lucha activa contra la corrupción. Desde el punto de vista de las medidas tomadas para prevenir la corrupción, el pasado diciembre de 2017 se promulgó la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas bajo la ley 27.401 (la "Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas") que alinea la legislación argentina con las reglas del FCPA, lo que muestra un claro camino de Argentina por tomar una postura fuerte en contra de la corrupción y de colaborar con las agencias de ejecución extranjeras a través de un acceso transparente a la información pertinente. Siendo la SEC y el DOJ líderes globales en el combate contra la corrupción transfronteriza, Argentina se encuentra posicionada para convertirse en un aliado formidable de las persecuciones bajo la FCPA. Si bien llevará un tiempo a las cortes argentinas adaptarse a esta nueva regulación, los esfuerzos estadounidenses de anticorrupción —a través de la ejecución de la FCPA— se encuentra llenando el vacío en el ínterin. Todo lo anteriormente dicho trae aparejado ciertas consideraciones a ser tenidas en cuenta por las compañías extranjeras que se enfrenten a acusaciones o se encuentren sujetas a una investigación por parte del DOJ y la SEC.

II. Orígenes

En mayo de 1977, el Comité Bancario, de Vivienda y de Asuntos Urbanos emitió un reporte para modificar la Ley de Valores de 1934 (la "Securities Exchange Act") a fin de requerir que las compañías que se encuentran sujetas a la jurisdicción de la SEC mantengan registros correctos, se prohíban ciertos cohechos, así como expandir y mejorar la transparencia de la pose-

(1) En el año 2016, LATAM Airlines arregló con la SEC el pago de una multa por más de $22.000.000 por violación a la FCPA, debido al pago de sobornos por su agente relacionados con el arreglo de una disputa entre sindicatos laborales. United States Department of Justice, Press Release 16-862, "LATAM Airlines Group Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay $12.75 Million Criminal Penalty" *https://www.justice.gov/opa/pr/latam-airlines-group-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-1275* (25/07/2016).

Entre los años 2017 y 2018, el DOJ condenó a varios oficiales de agencias gubernamentales de Venezuela, así como a empleados de PDVSA por violar la FCPA y por conspirar para violar la FCPA, en relación a una serie de sobornos que involucran a PDVSA. United States Department of Justice, Press Release 17-1138, "Florida Businessman Pleads Guilty to Foreign Bribery Charges in Connection with Venezuela Bribery Scheme", *https://www.justice.gov/opa/pr/florida-businessman-pleads-guilty-foreign-bribery-charges-connection-venezuela-bribery-scheme* (11/10/2017).

United States District Court for the Southern District of Texas Case 17CR514: Indictment. *https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1033901/download?utm_medium=email&utm_source=govdelivery.*

Ver también US c/ Sociedad Química y Minera de Chile caso 17-cr-00013. DOJ acusó a la Sociedad Química y Minera de Chile de pagar sobornos a personas conectadas políticamente, a través de donaciones a fundaciones relacionadas con políticos chilenos. En enero de 2017, la Sociedad Química y Minera de Chile llegó a un acuerdo de proceso diferido con el DOJ y pagó $15.000.000 en concepto de multa. Unites States Department of Justice, Press Release 17-065, "Chilean Chemicals and Mining Company Agrees to Pay More Than $14 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Charges," *https://www.justice.gov/opa/pr/chilean-chemicals-and-mining-company-agrees-pay-more-15-million-resolve-foreign-corrupt*. En noviembre de 2017, el DOJ anunció que dos ejecutivos de SMB Offshore, se habían declarado culpable de pagar sobornos a empresas petroleras estatales de Brasil, Angola, y Guinea.

sión de acciones y otros valores en compañías estadounidenses (2).

La FCPA fue el puntapié inicial en la lucha contra la corrupción a nivel global. La FCPA se promulgó en medio del escándalo del Watergate. Cuando se supo que más de 400 compañías habían destinado cientos de millones de dólares al pago de sobornos a oficiales extranjeros para asegurarse negocios fuera de Estados Unidos, el Congreso estadounidense se enfrentó a la necesidad de debatir el dictado de una nueva ley que restableciera la confianza pública en el sistema económico del país. Durante las dos primeras décadas fue ejecutada muy débilmente (3) y su aplicación fue casi inexistente. No fue hasta principios del año 2000 cuando se promulgó la segunda enmienda de la ley que la FCPA fue efectivamente aplicada, viendo su momento cúlmine en el año 2016 con 27 compañías firmando arreglos con el DOJ y 29 compañías firmado arreglos con la SEC, por un monto total de aproximadamente $2.480.000.000. La FCPA no solo regula la parte más vulnerable del mercado internacional (corrupción y cohecho), sino que en los últimos años también se ha convertido en una nueva y pujante área de especialización para abogados especializados en lo penal económico, fusiones y adquisiciones, defensa de la competencia y *compliance*. De la misma forma que la OECD fue un factor clave para que Argentina promulgase la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, la OECD cumplió un rol muy importante en la extraterritorialidad y la fuerza ejecutoria de la FCPA. En 1997 se instrumentó la Convención Anti-cohecho de la OECD, la que efectivamente exportó las restricciones de la FCPA a la mayoría de las economías desarrolladas. (4) Así, la OECD estableció las medidas anti-cohecho como un principio vinculante, legitimando a los oficiales de los Estados Unidos a perseguir compañías transnacionales y a requerir asistencia legal transfronteriza para investigar.

La ejecución de la FCPA continúa siendo una prioridad para la SEC y el DOJ, quienes han preparado una extensiva guía. La guía fue preparada por la División Criminal del DOJ y la División de Ejecución de la SEC (5). Además, cada año el Fiscal General del DOJ prepara directivas y opiniones para guiar a los distintos sujetos pasivos de la ley en su criterio de aplicación de la FCPA. Esas opiniones incluyen directivas acerca de cómo deben ser llevados a cabo los programas de *compliance* y monitoreo, la suficiencia y eficacia de los mismos, y qué será tenido en cuenta a la hora de considerar si una persona física o jurídica cometió un delito o una infracción a la reglamentación vigente. Asimismo, desde el 2016, la DOJ, a través de la Fiscal General Leslie Caldwell, quien encabeza la división criminal, ha implementado un programa piloto y una guía para los fiscales y las compañías a fin de evitar ser condenadas (6). Este programa, que ahora es permanente, a través de la "FCPA Corporate Enforcement Policy," (7) sirve como

(2) Foreign Corrupt Practices and Domestic and Foreign Investment Improved Disclosure Acts of 1977. *https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/senaterpt-95-114.pdf* (2/5/1977).

(3) Brewster, Rachel, "Enforcing The FCPA: International Resonance and Domestic Strategy", *Virginia Law Review*, vol. 103, nro. 8 (diciembre 2017). *http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/Brewster_Online.pdf*.

(4) Convención Para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados (2010). *https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf*.

(5) "Corporate bribery is bad business. In our free market system it is basic that the sale of products should take place on the basis of price, quality, and service. Corporate bribery is fundamentally destructive of this basic tenet. Corporate bribery of foreign officials takes place primarily to assist corporations in gaining business. Thus foreign corporate bribery affects the very stability of overseas business. Foreign corporate bribes also affect our domestic competitive climate when domestic firms engage in such practices as a substitute for healthy competition for foreign business", 1 S. Rep. 95-114, at 4 (1977). *http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/history/1977/senaterpt-95-114.pdf*. United States Senate, 1977.

(6) USAM Insert, 9-47.120 – FCPA Corporate Enforcement Policy. *https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download*.

(7) En noviembre de 2017, el Fiscal General de los Estados Unidos Rod J. Rosenstein anunció que el programa piloto fue exitoso, recibiendo 22 revelaciones de información voluntarias en 2016 comparadas con las solo 13 que recibió en años anteriores. El DOJ concluyó que el programa piloto es un paso adelante para luchas contra los crímenes penales económicos, y anunciaron la

incentivo para que las compañías revelen voluntariamente las violaciones a la FCPA.

III. Jurisdicción

La FCPA es una reglamentación internacional anti-cohecho que, a rasgos generales prohíbe que compañías, sus empleados y agentes, entreguen "algo de valor" a oficiales extranjeros a cambio de un interés comercial. Básicamente, la FCPA prohíbe dos tipos de acciones: (i) pagar, ofrecer, autorizar o prometer pagar dinero o algo de valor a un oficial extranjero a fin de influenciar de alguna manera a dicho oficial extranjero para que utilice su posición con motivo de asistir a una persona a conseguir o retener un negocio; y (ii) la contabilización fraudulenta de ese cohecho. Otro factor a tener en cuenta para tipificar la acción que habilita la jurisdicción es que el pago debe haber sido hecho "corruptamente," es decir, que el pago realizado tiene que haber sido hecho con la intención de que el oficial malverse su posición oficial. Además, es importante tener en cuenta que el Congreso estadounidense quiso dar una interpretación amplia al motivo tenido en cuenta por la persona que paga el soborno. Así que en el caso *United States v. Kay*, se consideró como motivo típico recibir un beneficio fiscal (8).

Los criterios que habilitan la competencia extraterritorial de la FCPA son amplios, incluso una conexión muy débil con los Estados Unidos puede habilitar la jurisdicción del DOJ o la SEC para perseguir compañías e individuos. Normalmente, las acciones regulatorias y de ejecución de los Estados Unidos no requieren una extensiva relación.

La ley ha sido interpretada por las cortes para aplicar a una extremadamente larga lista de conductas y le otorga al DOJ la jurisdicción para atender casos sobre actos que a primera vista aparentan tener poco o nada de vinculación con los Estados Unidos. Por ejemplo, el término "oficial extranjero" incluye a oficiales nacionales o extranjeros del gobierno, de cualquier rango, a candidatos a una posición en el gobierno, y a representantes de organizaciones controladas por el estado. Del mismo modo, "cualquier cosa de valor" (9) tiene una definición extraordinariamente extensiva que incluye, por ejemplo, comidas u otras hospitalidades (10), uso de equipamiento, e incluso donaciones a entidades caritativas (11), Aunque es importante aclarar que la FCPA no prohíbe dar regalos o cosas de valor en sí, sino el pago de sobornos, incluidos aquellos en forma de regalos.

Otras acciones que habilitan la jurisdicción del DOJ para aplicar la FCPA extraterritorialmente son remitir dinero desde una cuenta bancaria en los Estados Unidos, o celebrar reuniones, mandar un mensaje de texto o realizar llamadas desde los Estados Unidos, e incluso enviar un correo electrónico a través de un servidor localizado en los Estados Unidos. (12)

"FCPA Corporate Enforcement Policy" como una forma permanente y mejorada del programa piloto. "Deputy Attorney General Rosenstein Delivers Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act". *https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign* (29/11/2017).

(8) *United States v. Kay,* 359 F.3d 738, 755-56 (5th Cir. 2004).

(9) Si bien el término "cualquier cosa de valor" no se encuentra definido en la FCPA, se entiende que incluye bienes tanto tangibles como intangibles.

(10) En *SEC v. SciClone Pharmaceuticals,* inc. 3º-171 (2016), empleados de la compañía otorgaban dinero, viajes, juegos de golf y hospitalidades lujosas a oficiales del sector de salud del gobierno para mantener sus ventas. La compañía falló en mantener un registro contable de estos gastos. En *SEC v. Lucent Technologies Inc.,* nro. 07'cv'2301 (2007), la compañía gastó millones de dólares en centenares de viajes de oficiales chinos para, supuestamente, inspeccionar las instalaciones de la compañía, cuando en realidad se trataba de viajes a Hawaii, Las Vegas, Disney World, entre otros destinos. La Compañía también les otorgaba dinero por día.

(11) En *SEC v. Schering-Plough Corp.*, nro. 04-cv-945 (2004), la SEC acusó a Schering-Plough de realizar pagos, a través de una de sus subsidiarias, a una fundación cuyo director era un oficial del estado, para inducir al oficial a que dirigiera negocios hacia la compañía. Si bien hubo buena fe de parte de la fundación, se descubrió que la subsidiaria contabilizaba esos pagos como deudas que la compañía tenía que pagar a la fundación. Ver también *United States v. Vimpelcom Ltd.*, LLC 16-crm-137 (ER). La *Opinion Procedure Release* de 1995 emitida por el DOJ explica los pasos a seguir, el "*due diligence*" y los controles a ser llevados a cabo para evitar o minimizar la posibilidad de incurrir en una violación de la FCPA.

(12) JGC Corp. es una compañía involucrada en negocios de ingeniería, adquisición, y construcción ("EPC") basada en Yokohama, Japón. La compañía fue acusada por haber pagado sobornos a oficiales gubernamentales

IV. Aplicación

El DOJ y la SEC comparten autoridad de ejecución para las provisiones de la FCPA referidas a cohecho y contabilidad. Asimismo, ambas autoridades trabajan en conjunto con otras entidades gubernamentales para investigar y penalizar violaciones a la FCPA y promover una actuación más justa por parte de las compañías estadounidenses haciendo negocios en el exterior.

IV.1. SEC

La SEC tiene jurisdicción civil sobre los sujetos pasivos de la FCPA, sus ejecutivos, directores, empleados, agentes y accionistas que actúen en nombre de la persona investigada. La División de Ejecución de la SEC creó en 2010 una unidad especializada en FCPA completamente focalizada en la aplicación de la FCPA. La unidad investiga posibles violaciones de la FCPA y facilita la coordinación del programa de FCPA del DOJ.

Entre las distintas resoluciones a las que puede llegar la SEC se encuentran las siguientes:

IV.1.1. Medidas cautelares civiles y daños

La SEC tiene jurisdicción civil y puede solicitar medidas cautelares. A través de estas acciones, la SEC busca una orden de la corte obligando al demandado a cumplir con la ley en un futuro. El incumplimiento de estas puede traer aparejadas responsabilidad penal y civil. En cuanto a las sanciones de carácter civil pretendidas por la SEC, las mismas tienen el fin de remediar, no de castigar. Normalmente el monto de la multa sirve para compensar a la parte que sufrió los daños o para asegurar que se cumplan los términos de la medida cautelar. Estas acciones tienen un plazo de prescripción de 5 años. Además, la SEC puede pedir una compensación equitativa equivalente al enriquecimiento o ventaja indebida con la que la compañía se benefició a través de una acción de devolución. Actualmente, existe un debate alrededor de cuán apropiado es que la SEC persiga la acción de devolución (13).

IV.1.2. Acciones civiles administrativas y daños

La SEC tiene la capacidad de llevar a cabo diferentes procedimientos administrativos en contra de quien se entiende que ha violado la ley. La *Exchange Act* prevé el monto límite por sanción (14). Este tipo de acciones son llevadas a cabo por la División de Cumplimiento de la Ley ("SEC's Enforcement Division") y se litiga frente a un juez administrativo. La decisión del juez administrativo es apelada directamente a la SEC, y esa decisión es sujeta a revisión por una Corte de Apelaciones de Estados Unidos. En cuanto a las sanciones, estas incluyen cen-

---

de Nigeria. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos explicó que el dinero fue transferido entre varios países, incluyendo cuentas bancarias en los Estados Unidos. Los abogados del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sugirieron que si la transferencia bancaria pasó por cuentas en los Estados Unidos, es suficiente para satisfacer jurisdicción territorial. La compañía entró en un acuerdo de procesamiento diferido. El juez sobreseo el caso el 26 de abril de 2013. *United States v. JGC Corporation*, docket nro: 11-CR-260. *https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-jgc-corporation-docket-no-11-cr-260* (9/5/2015). Magyar Telekom, Plc es una compañía basada en Hungría que ofrece servicios de telecomunicación, que también era emisora de recibos de depósito de la Bolsa de Valores de Nueva York. La compañía fue acusada por haberle pagado a varios oficiales del gobierno de Macedonia. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos acertó jurisdicción territorial basándose solamente en la transmisión y almacenamiento de dos correos electrónicos con servidores en los Estados Unidos. La compañía entró en un acuerdo de procesamiento diferido con el gobierno. El juez aplazo el caso el 3 de enero de 2012. *United States Department of Justice, Press Release* 11-1714. "Magyar Telekom and Deutsche Telekom Resolve Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agree to Pay Nearly $64 Million in Combined Criminal Penalties", *https://www.justice.gov/opa/pr/magyar-telekom-and-deutsche-telekom-resolve-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and.* En el caso de *United States v. Patel*, el juez rechazó la acusación del Departamento de Justicia y denegó el caso por que el estatuto explícitamente sugiere que jurisdicción territorial se activa contra una persona extranjera solo si el acto corrupto ocurre en el territorio de los Estados Unidos. "De Minimis Contacts, Maximum Penalties? Government Asserts Aggressive Interpretation of FCPA Jurisdiction" (6/8/2013).

(13) Ver *Kokesh v. SEC* nro. 16-529, slip op. al 5, nro. 3 *https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-529_i426.pdf* (octubre 2016).

(14) Art. 32(c) de la Exchange Act, 15 U.S.C. 78ff (por delitos de cohecho), art. 21(B)(b) de la Exchange Act, 15 U.S.C. § 78u(d)(3) (por delitos de manipulación de entradas en los libros contables).

sura, limitación de las facultades, suspensión, revocación de la inscripción en la SEC, entre otras.

IV.1.3. Acuerdos de cooperación y enjuiciamiento diferidos ("DPA")

Un DPA es un acuerdo por escrito entre la SEC y un potencial colaborador, mediante el cual la compañía o la persona física se compromete, entre otras cosas, a: 1) cooperar completamente en la investigación de la SEC, 2) firmar un acuerdo ("tolling agreement") donde voluntariamente extiendan el plazo de prescripción, 3) cumplir con las obligaciones de hacer y no hacer que hayan sido expresamente impuestas durante el plazo que dure el acuerdo, en ciertas circunstancias, y 4) acordar reconocer ciertos hechos que la SEC haya considerado que violan leyes federales de valores. Si el individuo o la compañía violan el DPA, la SEC podrá utilizar toda la información recibida en su contra (15).

IV.1.4. Acuerdos de no persecución. ("NPA")

Es un acuerdo por escrito entre el investigado y la SEC, que provee que la SEC no buscará perseguir la acción si el investigado y potencial cooperador (1) coopera de forma total con la SEC, y (2) cumple con las obligaciones impuestas bajo el NPA (16).

IV.1.5. Declinaciones

La SEC puede decidir no perseguir la acción. Los factores a tener en cuenta son los mismos que la SEC considerar para recomendar que se persiga la acción. Generalmente, la SEC considerará, entre otros: la gravedad de la conducta y la potencial violación, los recursos disponibles del SEC para perseguir la investigación, la fuerza probatoria de la evidencia, y cuánto podría potencialmente afectar a los inversores.

IV.2. DOJ

El DOJ tiene la capacidad ejecutoria criminal de la FCPA sobre los sujetos pasivos de la ley, sus ejecutivos, directores, empleados, agentes y accionistas que actúen en nombre de la persona. Asimismo, el DOJ tiene jurisdicción penal y civil sobre provisiones locales anti-cohecho de la FCPA (ciudadanos estadounidenses, empresas estadounidenses, sus directores, ejecutivos, empleados, agentes y accionistas). Dentro del DOJ, la Sección de Fraude dentro de la División Penal es quien se encuentra a cargo de los asuntos que involucran a la FCPA.

Entre las resoluciones a las que puede llegar el DOJ se encuentran las siguientes:

IV.2.1. Acuerdo de Culpabilidad

Este tipo de acuerdos se encuentran regulados por la regla 11 de las Reglas de Procedimiento Penal Federal de los Estados Unidos (17). El acusado admite que ha cometido el delito del que es acusado. Este tipo de acuerdos es normalmente perseguido por el fiscal, y el acusado puede beneficiarse por él al recibir una pena más baja y, normalmente, menos cargos en su contra. El Acuerdo de Culpabilidad debe asimismo incluir una recomendación en relación a la sentencia o a la multa.

IV.2.2. Acuerdos de cooperación y enjuiciamiento diferido

En este tipo de resolución, el DOJ presenta cargos frente a la corte, pero simultáneamente solicita que se difieran los cargos. Los DPA son uno de los instrumentos más efectivos en la lucha contra el cohecho. Bajo este tipo de acuerdo, normalmente el acusado acuerda pagar una cierta suma de dinero en concepto de

(15) Securities and Exchange Commission Division of Enforcement – Enforcement Manual. *https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf* (28/11/2017).

(16) El famoso caso *Ralph Lauren* en el que se pagaron sobornos a oficiales de gobierno de Argentina es un ejemplo de NPA. Ralph Lauren Corporation reportó a la SEC de forma oportuna y voluntaria la violación de sus propias iniciativas, la información que ofreció fue extensiva, y la cooperación con la SEC le ahorró a la agencia trabajo, tiempo y recursos que de otra manera hubiera tenido que destinar a la investigación. U.S. Securities and Exchange Commission Press Release, "SEC Announces Non-Prosecution Agreement with Ralph Lauren Corporation Involving FCPA Misconduct", *https://www.sec.gov/news/press-release/2013-2013-65htm*.

(17) Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11. Pleas. *https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-iv/rule-11-pleas/* (2018).

multa, renunciar a la acción de prescripción sobre el caso, cooperar activamente con el gobierno, admitir ciertos hechos, y participar de programas de *compliance* y remediación que normalmente incluyen un veedor del cumplimiento (frecuentemente bajo un acuerdo "Corporate Integrity Agreement" y bajo la supervisión de un individuo independiente que sirve de monitor —un *Independent Monitorship*—). A cambio de esta cooperación y remediación, si la compañía completa el programa, el DOJ normalmente procederá a levantar los cargos contra la compañía y no será considerada como una condena. Estos acuerdos reflejan la buena disposición de las compañías y permiten al DOJ contar con una fuente de ayuda valiosa para perseguir y prevenir este tipo de conductas.

IV.2.3. Acuerdos de no persecución ("NPA")

Bajo los NPA, si bien el DOJ mantiene el derecho de continuar la acción en contra de la compañía, se difiere la persecución de la acción a fin de permitir a la compañía que demuestre buena conducta durante el tiempo del NPA. Al igual que en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Argentina, este tipo de acuerdo incentiva a las compañías a realizar controles internos y denunciar oportunamente. A diferencia de los DPA, los NPA no se presentan en una corte, sino que se mantienen entre las partes. Los requisitos para llevar a cabo este tipo de acuerdo con el DOJ son similares a los DPA. Si la compañía cumple con el acuerdo durante el tiempo pactado y coopera con el DOJ, el DOJ levantará los cargos contra la compañía.

IV.2.4. Declinaciones

Una declinación es la resolución más favorable que puede recibir una compañía siendo investigada por el DOJ bajo las reglas de la FCPA. Aparte de los *Principles of Federal Prosecution (18)* para las personas jurídicas y *Principles of Federal Prosecutions of Business Associations* (19) para personas jurídicas, el DOJ publica anualmente opiniones incluyendo los factores que el DOJ puede tomar en cuenta para dictar una declinación. Entre ellos se pueden encontrar los siguientes: (i) divulgación voluntaria y oportuna, (ii) controles internos e investigaciones meticulosas de la compañía, (iii) colaboración total de la compañía, y (iv) remediación oportuna (20).

IV.3. Otros colaboradores gubernamentales

La Unidad FCPA del DOJ trabaja regularmente con el Federal Bureau of Investigation (FBI) para investigar posibles violaciones de la FCPA. La Unidad Internacional de Corrupción del FBI está a cargo de investigar casos de corrupción internacional y fraude. El FBI también tiene un escuadrón dedicado al cumplimiento de la FCPA, incluyendo un escuadrón de agentes especiales del FBI que se encarga de proporcionar apoyo e investigar muchos de los casos de corrupción que involucran a la FCPA. Asimismo, el Departamento de Seguridad Nacional ("Department of Homeland Security") y el Servicio de rentas internas ("IRS") también están a cargo de investigar posibles violaciones a la FCPA. Incluso la Oficina del Departamento del Tesoro está involucrada en la lucha contra la corrupción. (21)

IV.4. Sanciones

La FCPA establece penas civiles y penales como consecuencia de las violaciones a las disposiciones de la ley, incluyendo: multas; la restitución de las ganancias o el beneficio económico obtenido como consecuencia del ilícito; la obligación de implementar programas de *compliance;* la designación de interventores; e incluso penas de prisión para las personas físicas responsables.

(18) 9-27.000 – Principles of Federal Prosecution. *https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution*.

(19) 9-28.000 – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations. *https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations.*

(20) En noviembre de 2017, el DOJ publicó el "9-47.120 - FCPA Corporate Enforcement Policy," el cual otorga pautas a los fiscales para otorgar declinaciones. 9-47.000 – Foreign Corrupt Practices Act of 1977. *https://www.justice.gov/usam/usam-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977.*

(21) FCPA, "A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act", *https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf* (14/11/2012).

Entre otras consecuencias que puede llevar aparejado una violación a la FCPA se encuentran las siguientes:

a. La limitación de celebrar contratos con el sector público (*debar*) e incluso, en algunos casos, con el sector privado;

b. La limitación de obtener financiamiento de bancos oficiales o multilaterales;

c. Adicional investigación sobre posibles violaciones en otras áreas o divisiones de la empresa (ej. *antitrust*);

d. La obligación de llevar a cabo investigaciones internas; y

e. La inclusión obligatoria en los Estados Contables de una frase explicitando insuficiencias materiales en las evaluaciones de los controles internos.

V. La conexión de FCPA con la República Argentina

La tendencia de anticorrupción ya está demostrada en Argentina por legislación promulgada y pendiente, así como en una respuesta cada vez más proactiva del Poder Judicial Argentino para procesar a individuos en casos de corrupción de alto perfil. Argentina muestra un camino claro para adoptar una postura firme contra la corrupción y colaborar con organismos de aplicación extranjeros como la SEC y el DOJ. Resta aún ver de qué modo Argentina y los Estados Unidos cooperarán en las próximas investigaciones de corrupción, y si se puede esperar un panorama similar al acontecido en Brasil con la operación "Lava Jato" y su fuerte cooperación con los Estados Unidos. Asimismo, tal como fue explicado anteriormente, en noviembre de 2017, el Fiscal General Rod J. Rosenstein anunció en la Conferencia Internacional de FCPA 34 la implementación de una nueva política de aplicación de la ley que reemplaza el programa piloto de FCPA(22). La nueva política asegura más uniformidad en la aplicación de la FCPA por parte de los fiscales estadounidenses, pero además se alinea con la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Argentina con requerimientos de auto revelación de la conducta indebida, cooperación y remediación.

El DOJ, la SEC y otros reguladores, se encuentran persiguiendo de manera agresiva a personas físicas y jurídicas en asuntos corporativos, tanto en Estados Unidos, como en Latinoamérica. Para las compañías que se enfrenten a posibles acusaciones federales en los Estados Unidos, cooperar y llegar a un acuerdo con el DOJ continua siendo de vital importancia, especialmente teniendo en cuenta que la regulación argentina ahora se encuentra alineada con las regulaciones extranjeras en materia de lucha contra el soborno y la corrupción. Lo expuesto lleva a analizar los distintos asuntos a ser tenidos en cuenta ante una investigación o acusación por parte del DOJ o la SEC, al extender la aplicación de la FCPA a compañías operando en Argentina.

V.1. Asegurar la independencia del investigador

Dado el entorno normativo actual en Argentina, sumado a las directivas del DOJ ya mencionadas, la mayoría de las compañías querrán cooperar con las autoridades investigadoras, especialmente las empresas con un nexo jurisdiccional con los Estados Unidos. Las compañías cooperantes (o sus directorios) deberán planificar cuidadosamente sus investigaciones desde el principio para garantizar que los asesores legales externos sean completamente independientes y se encuentren en la posición de evaluar la participación en el posible delito o la conducta indebida de gerentes individuales, sin el peligro que conducir una investigación pueda poner en riesgo las relaciones institucionales entre la gerencia y el abogado. Si bien los detalles sobre la posible conducta indebida pueden ser escasos durante las etapas iniciales de una investigación, las compañías deberán definir el alcance de las potenciales problemáticas de la manera más clara y lo más temprano posible. A medida que más hechos salgan a la luz, las compañías deberían adoptar un enfoque iterativo, adaptando el alcance de los posibles problemas. Además, en la mayoría de los casos, las compañías deben proporcionar infor-

(22) "Deputy Attorney General Rosenstein...", *https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign* (29/11/2017).

mes regulares a los reguladores sobre el contenido y el alcance de la investigación y solicitar comentarios sobre los asuntos y las personas más relevantes para la investigación. Durante la investigación, las compañías deberán documentar cuidadosamente cada paso de la investigación, incluidas las discusiones con los entes reguladores. Un registro claro de la investigación ayudará a demostrar una cooperación total, en caso de existir un posterior desacuerdo con los entes reguladores.

V.2. Confidencialidad

V.2.1. Protección del secreto profesional

Es importante proteger el secreto profesional que ampara la relación y comunicación abogado-cliente, amparada por las leyes tanto civiles como penales de la República Argentina, así como por el art. 6º de la ley 23.187 que reglamenta la ética profesional de abogados. Las comunicaciones entre abogado y cliente pueden ser compartidas con los empleados de la compañía siendo investigada sin renunciar a la protección, siempre y cuando sean partes interesadas y no tengan intereses contrapuestos. Aunque la legislación no lo requiere, las comunicaciones con empleados que no representen a la compañía y que no sean representados por el abogado a cargo de la investigación deberán ser dadas dentro del contexto de una advertencia análoga a la "Upjohn Warning" (23) de los Estados Unidos, a fin de especificar que no se representa a dicho empleado y que las conversaciones entre el abogado de la empresa y el empleado se encuentran amparados por el secreto profesional de la empresa. De manera que si la empresa decide cooperar con las autoridades y decide proporcionar información protegida por el secreto profesional de la empresa, el empleado no pueda impedir esa decisión.

V.2.2. Protección de los datos personales

Por otro lado, Argentina cuenta con una fuerte regulación en materia de protección de datos personales, a través de su Ley de Protección de Datos Personales 25.326 (la "Ley de Protección de Datos Personales"). A su vez, desde el año 2003, la Comisión Europea reconoció a la Argentina como país adecuado en materia de protección de datos personales. Asimismo, desde septiembre de 2017, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aceptó la solicitud de Argentina para adherirse al Convenio 108 con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Al igual que la Ley de Protección de Datos Personales, el Convenio impone restricciones a la transferencia internacional de datos.

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744, así como la jurisprudencia, reconoce el derecho de los empleadores a tomar acciones razonables para determinar si sus empleados se encuentran cumpliendo sus funciones. Sin embargo, al ejercer ese derecho, las compañías deben respetar los derechos de privacidad fundamentales de sus empleados (24). Las cortes aún se encuentran debatiendo ambos derechos en pugna. Aun no hay un criterio consolidado en la materia. Cierta parte de la jurisprudencia sostiene que la casilla de correo reviste carácter de inviolable por ser correspondencia, y otra parte considera que la facultad de revisar los correos electrónicos en una casilla otorgada por el empleador es una facultad otorgada por su poder de vigilancia y control. De cualquier forma, es unánime que se requiere notificar al empleado

(23) El término deriva del caso de la Corte Suprema estadounidense *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). La Corte Suprema revocó el fallo de la Cámara de Apelaciones que dispuso que el secreto profesional entre abogado y cliente no aplicaba a las comunicaciones entre ciertos gerentes de Upjohn y sus abogados. La Corte dispuso que donde las comunicaciones en cuestión fueran hechas por empleados corporativos a sus abogados, bajo la dirección de superiores corporativos, con el fin de obtener asesoría legal, y los empleados sabían que estaban siendo cuestionados para que la compañía obtuviera asesoramiento legal, tales comunicaciones eran protegidas.

(24) En "Gotlib, Rodolfo S.y otros", CNCrim. y Correc. 13/02/2015, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dictó un importante fallo sobre la facultad de los empleadores de revisar los correos electrónicos de sus empleados y si esta puede ser utilizada como prueba en una causa penal. La Cámara sostuvo que los correos electrónicos son considerados correspondencia epistolar, y por ende se encuentran alcanzados por la garantía de inviolabilidad de la correspondencia. Desde el momento en que se asigna al empleado un usuario y una contraseña, estas comunicaciones abandonan el estado público y pasan a gozar de protección constitucional.

que la casilla constituye un elemento de trabajo y que el empleador se reserva el derecho de auditoría.

Teniendo en cuenta el especial tratamiento de datos personales en la legislación Argentina, al comenzar cualquier investigación interna, es aconsejable proporcionar a todas las personas que tendrán acceso a los datos relevantes un protocolo escrito a través del cual se describirán las reglas sobre protección de datos personales y comunicaciones y cómo se recopilarán los datos. Ello servirá como una herramienta para responder o defenderse contra posibles objeciones de los empleados de la compañía a la investigación por razones de privacidad.

Además, conforme la reglamentación previamente nombrada, la transferencia de datos personales que se recopilan durante una investigación interna a un país sin un nivel adecuado de protección (como lo es Estados Unidos) puede llegar a implicar un obstáculo adicional para las investigaciones internas debido al impedimento general para transferir datos personales fuera de Argentina. Será importante balancear las limitaciones bajo la ley argentina con la obligación de producir proactivamente documentación e información, tal como la fiscal general estadounidense Leslie Caldwell ha remarcado en la Conferencia Internacional Anual de la FCPA 32 de 2015. De esta forma, las compañías deberán evaluar oportunamente cómo las leyes de protección de datos de una jurisdicción distinta a los Estados Unidos (como lo es la Ley de Protección de Datos Personales en Argentina) representarían un obstáculo para la recolección de evidencia en dicha jurisdicción.

V.2.3. Potencial decomiso de activos

A través del Programa de Decomiso de Activos del DOJ, éste cuenta con la herramienta legal de ordenar el decomiso de bienes que sospecha han provenido de un crimen o han sido utilizados para facilitar un crimen. El decomiso de esos bienes tiene como objetivo que los mismos retornen a su víctima. De esa forma, si una compañía se encuentra siendo investigada por el DOJ o la SEC, hay un riesgo de que sus activos puedan ser congelados o secuestrados. Algunas consideraciones que podrían ayudar a proteger los activos de las compañías no estadounidenses que se enfrenten a una investigación por parte de la SEC, el DOJ, o cualquier agencia gubernamental de los Estados Unidos, son: (i) llevar a cabo un análisis de prueba de estrés de los activos clave de la compañía o la persona investigada contra el posible decomiso por parte de las autoridades de Estados Unidos. Identificar qué activos son vulnerables y cómo pueden ser atacados por las autoridades de los Estados Unidos puede ser un paso crítico para asegurar la propiedad de la persona jurídica o física investigada en la medida en que sea legalmente permisible.

(ii) Colocar los activos en el extranjero en una fuerte posición de litigio. Cuando el gobierno de los Estados Unidos busca atacar activos ubicados fuera de los Estados Unidos o activos en los Estados Unidos que se encuentran en fideicomisos *offshore* u otras estructuras similares, es raro que la pérdida de la acción por parte del fugitivo se aplique directamente (ya que el "fugitivo" no es el propietario de los activos). Sin embargo, es esencial garantizar que los activos en cuestión se encuentren en una sólida posición de litigio mediante, por ejemplo, el nombramiento de fideicomisarios preparados para litigar los asuntos en los Estados Unidos y/o solicitando órdenes en tribunales locales para garantizar que cualquier acción en el ámbito local, las cortes están de acuerdo con la ley local.

Tal como fue expuesto, Argentina se encuentra cada vez más alineada con las regulaciones extranjeras en la lucha contra la corrupción. Es por ello que, ante una posible investigación por parte de autoridades estadounidenses, resulta clave contar con expertos en la materia, tanto en Argentina como en los Estados Unidos, que puedan actuar en conjunto a fin de mantener la independencia en las investigaciones, proteger los bienes de la compañía y obtener el mejor resultado posible para la empresa.

El ordenamiento jurídico anticorrupción en Brasil (*)

POR **JOÃO C. DE ANDRADE U. ACCIOLY** (**)

I. Introducción

En este artículo pretendo escribir sobre las normas y los reglamentos brasileños contra la corrupción, en especial la ley federal 12.846 de 2014 [también conocida como ley de empresas limpias o como Ley Anticorrupción (1)], junto a ley federal 12.850 (también conocida como Ley de Crimen Organizado) y algunos artículos del Cód. Penal brasileño. Además, otras leyes serán mencionadas, aunque los referidos estatutos componen la tríade principal de la legislación anticorrupción del país.

También abordaré algunos desarrollos recientes y tendencias que pueden afectarlas, así como brevemente comparar la legislación producida por los estatutos de anticorrupción brasileños con la ley anticorrupción argentina 27.401.

Por fin, como es bien conocido, Brasil está atravesando una amplia operación anticorrupción, "Lava-Jato" (Operación Autolavado), ahora en su quinto año, encarcelando a políticos y grandes empresarios con una efectividad sin precedentes en la historia del país. Es también mi intención comentar cuál y cómo los recientes cambios legislativos en Brasil hicieron posible esa mudanza, y las amenazas en curso contra las actuales instituciones anticorrupción. Con suerte, todo eso podría servir como un ejemplo positivo a otras jurisdicciones, y en el caso de que las amenazas tengan éxito, servirá como un ejemplo negativo. En cualquiera de los casos, ejemplos importantes pueden ser extraídos para otros países.

II. Tratados internacionales

Para discutir las leyes y los reglamentos de anticorrupción brasileños es oportuno identificar cuáles son las convenciones que Brasil es signatario.

Brasil ha firmado y ratificado la Convención Anticohecho de la OCDE, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y la Convención Interamericana contra la Corrupción (de la OEA), los dos primeros sin reservas y el último con una reserva del art. XI, *c*, donde el signatario se compromete a tipificar en su legislación toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que busque obtener ilícitamente una decisión beneficiosa por parte de la autoridad pública, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

III. Ley de Crimen Organizado y Ley de Empresas Limpias: el origen

Los proyectos de ley que se convirtieron en la Ley de Crimen Organizado y la Ley de Em-

(*) La versión original del artículo fue en el idioma portugués. El autor realizó una traducción libre al castellano.

(**) Abogado recibido en la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro y Magister en Economía por la IBMEC-RJ, con especialización en finanzas corporativas. Desde el año 2002 que trabaja en la actividad privada, haciendo foco en el derecho corporativo, incluyendo derecho financiero y de mercado de capitales, recupero de activos local e internacional. Miembro de FraudNet y miembro fundador del Instituto Millenium.

(1) Me referiré a ley 12.846 como la Ley de Empresas Limpias. Podría ser en cierto modo engañoso no compartir la denominación "*Anticorrupción*" junto a ley 12.850, puesto que ha sido al menos tan vital para el combate a la corrupción como la ley 12.846.

presas Limpias proceden del final de 2009 y el inicio de 2010.

En lo que resultaría ser una ironía de acontecimientos, ambos proyectos fueron presentados por miembros del partido político que, al final, fue el más afectado por la adopción de las referidas leyes, a saber, el entonces gobernante *Partido dos Trabalhadores* (Partido de los Trabajadores) (2).

Otorgada, en el proyecto original, la Ley de Empresas Limpias carecía de lo que se tornaría en una de sus características más importantes: el acuerdo de indulgencia (*acordo de leniência*). Sin embargo, su equivalente criminal, el acuerdo de culpabilidad, fue parte de la Ley de Crimen Organizado desde su concepción. Ambos proyectos de ley fueron procesados juntos hasta sus promulgaciones, uno influyendo en el otro, sobre todo la enmienda a la Ley de Empresas Limpias que incluyó los acuerdos de indulgencia. Ellas pasaron prácticamente juntas, en los días 1º y 2º de agosto de 2013.

Es ampliamente aceptado que estos dos institutos, los acuerdos de culpabilidad y los acuerdos de indulgencia, han sido esenciales para los cientos de condenas penales relacionadas con la corrupción que el país ha presenciado en los últimos años. La naturaleza de los actos de corrupción dificulta la recopilación de indicios y pruebas, y, por lo tanto, los estímulos legales para presentar evidencias que esos institutos proporcionan significaron un hito importante en la historia de la lucha contra la corrupción en Brasil.

IV. Ley de Empresas Limpias: perspectiva general

La Ley de Empresas Limpias impone una estricta responsabilidad corporativa civil y administrativa por el soborno de funcionarios públicos extranjeros y nacionales. La norma define ampliamente los actos nocivos para la administración pública y las multas aplicables, introduce acuerdos de indulgencia en la legislación brasileña y crea el Catastro Nacional de las Empresas Punidas (CNEP) y el Catastro Nacional de Empresas Inidóneas y Suspensas (CEIS).

Esta ley fue regulada por el decreto presidencial 8420, de 2015, que establece criterios y medidas para determinar la responsabilidad objetiva, la celebración de acuerdos de indulgencia, y los programas de cumplimiento internos para evitar actos de corrupción y alentar la denuncia de irregularidades. El decreto también regula el CEIS.

La Contraloría General de la Unión (CGU) emitió las reglas 1 y 2 y las ordenanzas 909 y 910 para regular la Ley de Empresas Limpias en 2015. Estas normas regulan: i. la metodología para calcular la facturación de la entidad corporativa, sobre el cual se establecen las multas en virtud del art. 6º de la Ley de Empresas Limpias; ii. el registro de información en el CEIS y CNEP; iii. la evaluación de CGU de los programas de cumplimiento de las entidades jurídicas; y iv. los procedimientos para determinar la responsabilidad administrativa de las entidades jurídicas y celebrar acuerdos de indulgencia.

Por fin, hay dos regulaciones sobre acuerdos de indulgencia. Primero, la instrucción normativa 74, de 2015, promulgada por el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), que establece cómo la negociación y la ejecución de los acuerdos de indulgencia deben ser supervisados por el TCU. Segundo, la orden ministerial 2278, de 2016, promulgada por la CGU y la Procuraduría General de la República (AGU), regulando la participación de la AGU en los acuerdos de indulgencia.

Además, varios Estados y municipios han emitido normas locales para regular la Ley de Empresas Limpias dentro de sus jurisdicciones.

V. Prohibiciones anticorrupción

El estatuto brasileño que penaliza la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y nacionales es el Cód. Penal, enmendado en 2002 para incluir los funcionarios públicos extranjeros, en conformidad con el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción. Asimismo, hay previsiones legales prohibitivas también en la Ley de Empresas Limpias y en la Ley de Im-

(2) La Ley de Empresas Limpias fue propuesta por el Poder Ejecutivo (*i.e.*, la entonces presidente Dilma Rousseff) y la Ley de Crimen Organizado por la senadora Serys Slhessarenko, ambas integrantes del *Partido dos Trabalhadores*.

probidad Administrativa (ley 8429/1992), como se verá a continuación.

El Cód. Penal brasileño define como corrupción activa cualquier acto de ofrecer u otorgar ventajas indebidas a un funcionario público para influir en actos, sea nacional (art. 333), o relacionado con una transacción comercial internacional (art. 337-B), así como el tráfico de influencias, definido como solicitar, exigir, cobrar u obtener retribución por influir en un acto por parte de un funcionario público extranjero en el ejercicio de sus funciones, sea nacional (art. 332), o relacionado con una transacción comercial internacional (art. 337-C). De conformidad con el principio de no intervención, las disposiciones no permiten el enjuiciamiento de funcionarios extranjeros.

El crimen de soborno es tipificado en los arts. 316 (concusión), 317 (corrupción pasiva), 332 (tráfico de influencias) y 333 (corrupción activa). Bajo estas reglas, los funcionarios públicos pueden ser judicializados penalmente.

Para comprender como la legislación brasileña lidia con la prohibición de muchas formas de soborno, describiremos como son legalmente escritas las normas al respecto, y sus penas indicadas en los artículos.

El delito de concusión (art. 316 del Cód. Penal) requiere: i. exigencia directa o indirecta; ii. para sí mismo o para un tercero; iii. de una ventaja indebida; iv. debido a un cargo público, incluso se está fuera o antes de asumir el cargo. El delito es sancionable con prisión que varía entre dos a ocho años más multas.

La corrupción pasiva (art. 317 del Cód. Penal) requiere: i. solicitud directa o indirecta o aceptación, o la aceptación de una promesa; ii. para sí mismo o para un tercero; iii. de una ventaja indebida; iv. debido a un cargo público, incluso se está fuera o antes de asumir el cargo. El delito es sancionable con prisión que varía entre dos a doce años más multas, aumentada en un tercio si el funcionario se abstiene o retrasa la práctica de un acto oficial, o si actúa violando un deber funcional.

El delito de tráfico de influencias (art. 332 del Cód. Penal, o 337-C si el funcionario público es extranjero) requiere: i. una solicitud, exigencia, cobro, u obtención; ii. para sí mismo o para un tercero; iii. de una ventaja o promesa de ventaja; iv. con la pretensión de influir en un acto de un funcionario público en el ejercicio de su cargo. El delito es sancionable con pena de prisión de dos a cinco años más multas, aumentada en la mitad si el agente alega o insinúa que la ventaja es también para el funcionario público.

La corrupción activa (arts. 333 del Cód. Penal y 337-B si el funcionario público es extranjero) requiere: i. una oferta o promesa; ii. a un funcionario público; iii. de una ventaja indebida; iv. a cambio de la práctica del funcionario, omisión o demora de un acto oficial. La corrupción activa es sancionable en términos idénticos a la corrupción pasiva.

Igualmente, la Ley de Empresas Limpias prevé la prohibición de actos bajo la misma descripción que en el delito de corrupción activa en el Código Penal (art. 5º, I, Ley de Empresas Limpias). La misma ley también prohíbe: la financiación o patrocinio de cualquier modo de los actos ilegales previstos en la ley, el uso de un intermediario (persona o entidad legal) para ocultar las reales intenciones de la empresa o los beneficiarios finales de los actos, la defraudación de las adquisiciones públicas, y la obstrucción de las investigaciones o auditorías por parte de funcionarios públicos.

Por fin, la Ley de Improbidad Administrativa prohíbe la obtención de cualquier ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio de un cargo público (art. 9º). En seguida, es tipificado los actos de improbidad administrativa que causan daño al Fisco (art. 10), así como los actos de improbidad administrativa que atentan contra los principios de la administración pública (honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad a las instituciones), previstos en el art. 11. Para los casos en que haya enriquecimiento ilícito, las sanciones incluyen: la pérdida de los bienes añadidos ilícitamente al patrimonio, el resarcimiento integral del daño, la pérdida de la función pública, la suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años, el pago de multa civil de hasta tres veces el valor del acrecimiento patrimonial, y la prohibición de contratar con el Poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, por el plazo de diez años.

Para los otros casos descritos, la ley prevé penas similares.

VI. Funcionario público: el concepto legal y conductas éticas

Puesto que el cohecho involucra el concepto de funcionario público, debemos considerar cómo la ley lo define.

El derecho brasileño adopta un amplio concepto de funcionario público. Se incluyen los empleados de todos los organismos y entidades de cualquier rama del gobierno, a nivel municipal, estatal y federal (incluyendo los funcionarios electos). El cargo público no necesita ser permanente ni remunerado. También están comprendidos los empleados de empresas estatales y controladas por el Estado y, para efectos penales, incluso empleados de empresas privadas contratados para realizar una actividad típicamente estatal (art. 327 del Cód. Penal).

A su vez, el soborno en las transacciones comerciales internacionales implica el concepto de un funcionario público extranjero, así que veamos su definición.

Un funcionario público extranjero se define como una persona que tiene, temporal o permanentemente, remunerado o no, un cargo público, trabajo o puesto en órganos administrativos o entidades de un país extranjero, en representaciones diplomáticas, en empresas directa o indirectamente controladas por el gobierno de un país extranjero, o en organizaciones públicas internacionales. La definición es idéntica en el Cód. Penal (art. 337-D) y en la Ley de Empresas Limpias (art. 5º, § 3º).

En lo que se refiere a las actividades comerciales, a nivel federal, a los funcionarios públicos les es permitida la participación solamente como accionistas no administradores de las empresas. Según el Código de Conducta de la Alta Administración Federal, los funcionarios públicos que ocupan un puesto jerárquico en la estructura del Estado no pueden emprender actividades comerciales ni ninguna otra actividad en conflicto con el interés público. También deben revelar públicamente la participación societaria mayor de un 5% en una institución financiera, una empresa controlada por el Estado o una empresa que hace negocios con el Gobierno.

Fuera del nivel federal, la regulación es limitada y considerablemente distinta en todos los Estados y municipalidades.

En Brasil, las reglas sobre gastos de viaje, comidas y entretenimiento son específicas del organismo gubernamental, agencia o empresa a la que pertenece el funcionario público.

Por lo general, los funcionarios públicos no pueden recibir ayudas financieras, premios, gratificaciones, comisiones, donaciones u otras ventajas. A nivel federal, la Comisión de Ética Pública (CEP) emite reglamentos sobre regalos, hospitalidad, alojamiento, transporte, invitaciones para eventos, comidas, etc. Las reglas federales no son aplicables a los funcionarios públicos estatales y municipales, pero los estados y municipios comúnmente las adoptan en sus jurisdicciones.

El Código de Conducta de la Alta Administración Federal prohíbe a un funcionario público de alto nivel recibir cualquier remuneración, gastos de viaje y alojamiento, u otros favores de origen privada.

La ley 12.813 de 2013 (Ley de Conflictos de Intereses) define ampliamente el concepto de conflicto de intereses, siendo aplicable a los funcionarios federales de la rama ejecutiva y a los funcionarios públicos que tienen acceso a información privilegiada utilizable para beneficio personal o de terceros. Conforme dispone la ley, los funcionarios públicos no pueden aceptar obsequios de ninguna de las partes con intereses en actos que ellos o el organismo gubernamental al que pertenecen (incluso tener relaciones comerciales con dicho organismo gubernamental) deben realizar.

Asimismo, aún sobre conductas éticas del funcionario público en Brasil, debemos también analizar en qué medida las leyes brasileñas contra el soborno restringen las entregas de obsequios y entretenimiento a los funcionarios extranjeros en general.

El Cód. Penal y la Ley de Empresas Limpias prohíben cualquier "ventaja indebida" a funcionarios públicos extranjeros o terceros rela-

cionados con ellos. No existe un umbral claro para lo que constituye una "ventaja indebida". Existen criterios para los funcionarios públicos nacionales de las ramas ejecutiva y judicial, que restringen el valor de los obsequios al máximo de R$ 100,00, que podría ser usado caso a caso como referencia.

No se permiten pagos de facilitación porque el Cód. Penal y la Ley de Empresas Limpias no excluyen dicho pago de la "ventaja indebida" ampliamente prohibida, ni tampoco ninguna otra ley. Sin embargo, dado que el concepto de ventaja indebida es amplio, podría interpretarse que si el funcionario público extranjero es de un país en el que se permiten los pagos de facilitación, no los deberían, por lo tanto, considerarlos inapropiados.

El Cód. Penal y la Ley de Empresas Limpias establecen expresamente que los sobornos nacionales o extranjeros pueden ser cometidos directa o indirectamente. De esta manera, no es posible eludir las restricciones utilizando intermediarios o terceros.

Además, según la Ley de Empresas Limpias, el uso de intermediarios es ilegal por sí mismo.

VII. Responsabilidad individual y corporativa

En Brasil, tanto las personas físicas como las jurídicas son responsabilizadas por el cohecho. Las personas físicas pueden ser consideradas responsables por los delitos definidos en el Cód. Penal, mientras que las personas jurídicas solo en el ámbito civil y administrativo, según la Ley de Empresas Limpias.

Un aspecto importante de la responsabilidad corporativa es cómo la ley trata a los sucesores en fusiones y adquisiciones.

Cualquier adquirente potencial debe considerar cómo, y en cuáles circunstancias, una persona jurídica sucesora puede ser considerada responsable por actos de corrupción por parte de la entidad adquirida que ocurrieron antes de la fusión o adquisición.

En cierta medida, los sucesores son responsables por los actos de soborno de la persona jurídica adquirida. La Ley de Empresas Limpias afirma que la responsabilidad de una entidad legal subsiste en los casos de alteración contractual, transformación, incorporación fusión o escisión societaria (art. 4º).

En las fusiones y consolidaciones, la responsabilidad del sucesor se limita a las multas y la compensación por los daños causados por la entidad adquirida, hasta el límite de los activos transferidos. Por lo tanto, las otras posibles sanciones (3) derivadas de actos anteriores a la fusión no son aplicables al sucesor, excepto en caso de fraude o simulación (§ 1º, art. 4º).

Finalmente, la Ley de Empresas Limpias también abarca el levantamiento del velo corporativo, lo que permite que los socios sean responsabilizados por el cumplimiento de las obligaciones y deudas de la misma, si hay abuso de la entidad legal.

La responsabilidad penal, por otro lado, es estrictamente individual, por lo que también es crucial señalar que ningún accionista, director o funcionario de la entidad adquirente puede ser penalmente responsable por los sobornos cometidos por la entidad adquirida.

VIII. Acuerdos de indulgencia: la Ley de Empresas Limpias y la Ley de Crimen Organizado

Bajo la Ley de Empresas Limpias, las empresas pueden obtener penas menores a través de acuerdos de indulgencia, a cambio de divulgar infracciones y adoptar programas de cumplimiento. Dichos acuerdos están regulados por el capítulo V de la referida ley, el decreto presidencial 8420, la ordenanza 910 de la CGU, la regla 74 del TCU, y la Ordenanza Interministerial 2278 de la CGU y la AGU.

(3) La Ley de Empresas Limpias dispone sanciones administrativas y civiles por soborno extranjero, tales como a) multa de hasta 20% de los ingresos brutos de la persona jurídica en el año anterior de la instauración del proceso administrativo; b) multa de hasta 60 millones de reales si no es posible calcular el montón bruto de ingresos; c) publicación de la decisión a través de los medios de comunicación; d) pérdida de activos y derechos; e) suspensión o interdicción parcial de las actividades de la empresa; y f) prohibición de recibir subsidios o financiamiento de entidades públicas y las instituciones financieras estatales o controladas por un período de uno a cinco años.

Para celebrar un acuerdo de indulgencia, la entidad legal debe cumplir con tres requisitos: i. manifestar su interés en cooperar en las investigaciones; ii. interrumpir completamente su participación en el soborno extranjero desde la propuesta de acuerdo de indulgencia; iii. reconocer su participación en los actos ilícitos y cooperar permanentemente con las investigaciones y el proceso administrativo, compartiendo, bajo sus expensas, siempre que sea solicitada, a todos los actos procesales hasta su cierre.

El acuerdo de indulgencia no eximirá al signatario de la obligación de reparar por completo el daño causado por el soborno en el extranjero. Por otro lado, puede reducir las multas hasta en dos tercios, eximir al signatario de asumir los costos de una amplia divulgación de la decisión final sobre el procedimiento de ejecución, y también eximir al signatario de la prohibición de recibir subsidios y préstamos por parte de entidades públicas o instituciones financieras de propiedad estatal.

Las propuestas de acuerdo rechazadas no importan en el reconocimiento de la práctica de las conductas ilegales y los efectos del acuerdo de indulgencia pueden extenderse al grupo económico del signatario.

Además, el incumplimiento del acuerdo impide que la empresa celebre un nuevo acuerdo por el plazo de tres años, contado a partir del conocimiento por la administración pública, y la aprobación del acuerdo interrumpe el plazo de prescripción de cinco años establecido en la ley.

Desde 2013, los fiscales brasileños pueden negociar acuerdos con infractores para evitar juicios, siempre que los crímenes sean cometidos por o en el contexto de una organización delictiva.

La Ley de Crimen Organizado introdujo en la legislación brasileña la posibilidad de rechazar el enjuiciamiento a cambio de una cooperación plena. Esto solo es posible si el ofensor no es líder de la organización criminal (4), y es el primero en cooperar efectivamente con las autoridades. La cooperación también debe dar como resultado al menos uno de los objetivos previstos por la ley, como la identificación de los coautores y sus delitos, o la recuperación completa o parcial del producto o beneficio de los delitos cometidos por la organización criminal.

IX. Conservación de registros financieros

Típicamente, las sociedades mercantiles brasileñas se dividen en una de dos categorías: sociedades anónimas (o por acciones) y sociedades de responsabilidad limitada. Los primeros se identifican por "Companhia", o su forma abreviada "Cia", o "SA" (por *sociedade anónima*); el último, por "Ltda". Las sociedades anónimas se rigen por la ley 6404 de 1976 (la Ley de Sociedades Anónimas); las "Ltda" se rigen por el Cód. Civil Brasileño como la principal fuente de derecho, y la Ley de Sociedad Anónimas establece reglas para asuntos no tratados en el Código Civil.

Las sociedades públicas también se rigen por la ley 6385 de 1976 (Ley de Mercado de Capitales), que regula la Comisión de Valores Negociables (CVM). La CVM, asimismo, emite regulaciones para las sociedades públicas.

La ley 11.638 de 2007 impone la publicación y auditoría externa de los estados financieros de las grandes empresas, definidas en la norma por un mínimo de R$ 240.000.000 en activos o R$ 300.000.000 en ingresos brutos anuales. Por fin, existen disposiciones especiales para los diferentes sectores ofrecidos en la única bolsa de valores brasileña, B3, a la que las sociedades públicas pueden adherirse voluntariamente.

Todos los tipos de asociaciones comerciales deben mantener informes financieros periódicos. Las sociedades (excepto las pequeñas o micro empresas) y las grandes empresas también deben publicarlas en el Boletín Oficial y en un periódico ampliamente difundido. Las sociedades públicas y los informes de las grandes empresas deben ser auditadas externamente.

(4) Definida como la asociación de al menos cuatro personas, con la intención de obtener ventajas de cualquier naturaleza, mediante la práctica de delitos cuyas penas máximas sean superiores a cuatro años, o que sean de carácter transnacional (§ 1º, art. 1º, ley 12.850/2013).

Para revisar y aprobar estados financieros y cuentas de administración, hay una reunión obligatoria de accionistas o socios. Los controles internos de las empresas y los mecanismos de autoridad se dividen entre la asamblea de accionistas, la junta directiva, obligatoria en las corporaciones públicas, pero opcional en las de propiedad privada, los ejecutivos y el comité de auditoría. Este último, mientras opcional en las sociedades de responsabilidad limitada, es obligatorio en las sociedades anónimas, aunque puede no ser permanente, entrando en funcionamiento a pedido de los accionistas.

Es importante resaltar que la mayoría de las sociedades anónimas brasileñas históricamente tienen un accionista mayoritario claramente identificable, que es propenso a absorber una parte significativa de las funciones de la junta directiva.

X. Divulgación de infracciones o irregularidades

No existe una regla que exija específicamente que una empresa divulgue infracciones de normas antisoborno o de contabilidad. Todas las empresas deben informar sobre transacciones sospechas relacionadas con las normas contra el lavado de dinero, que son más amplias que las infracciones contra el soborno y pueden incluirlas. El estatuto contra el lavado de dinero es la ley 9613 de 1998 ("Ley de Lavado de Dinero").

Además, en virtud de la Ley de Mercados de Capitales y la instrucción CVM 358, las empresas públicas deben divulgar cualquier "hecho material", definido como cualquier evento que pueda influir en el precio de los activos financieros negociables o en la decisión del inversionista de negociar los valores o ejercer cualquier derecho que surja como consecuencia. Por lo tanto, en la medida en que las infracciones de las leyes contra el soborno y las irregularidades contables se ajusten al concepto de "hecho material", ellas deben ser reveladas.

XI. Enjuiciamiento según la legislación de conservación de registros financieros

Aunque la legislación brasileña de registros financieros no se aplica directamente a los sobornos nacionales o extranjeros, estas prácticas normalmente producen incumplimiento de tales normas, ya que evidentemente no se puede justificar legalmente un soborno. Luego, la legislación de registros financieros es fundamentalmente utilizada para procesar a los quebrantamientos de registros financieros generados por sobornos, como parte del enjuiciamiento de los diversos delitos resultantes de los actos relacionados con el soborno.

XII. Las sanciones penales por incumplimiento de las reglas de contabilidad

No hay ninguna disposición legal para las infracciones contables refiriéndose específicamente al soborno.

Las sanciones por incumplimiento de las reglas de los estados financieros en sociedades públicas incluyen advertencias públicas y multas. El valor de las multas puede llegar a 50 millones de reales, duplicar la cuantía del acto irregular, triplicar el monto de los beneficios generados o las pérdidas evitadas por el acto, y duplicar el valor de las pérdidas impuestas a los inversores.

Dichas sanciones se imponen a los directores y funcionarios de acuerdo con el grado en que se descubra que hayan incumplido sus deberes fiduciarios con la empresa y sus inversores.

Las infracciones contables en las instituciones financieras son delitos en virtud de la ley 7492 de 1986 (Ley de los Delitos de Cuello Blanco), sancionables con prisión de uno a cinco años (arts. 10 y 11).

XIII. Soborno comercial privado

El soborno comercial privado no es un crimen en sí mismo. Sin embargo, por una perspectiva civil, el recibimiento de sobornos privados no es permitido, ya que según el derecho comercial, dichos pagos constituirían un incumplimiento del deber de lealtad a la empresa a la que trabaja el destinatario del soborno y, por lo tanto, base de daños y perjuicios, así como causa justa para la terminación de la relación laboral.

XIV. Decisiones e investigaciones recientes

El combate contra el soborno doméstico en Brasil se transformó completamente (como lo fue la historia del país) después de la Ley de Crimen Organizado, promulgada en 2013.

Por consiguiente, los acuerdos de culpabilidad fueron introducidos en el derecho brasileño y utilizados para ampliar lo que comenzó en marzo de 2014 con el lavado de dinero en una estación de servicio, y se desarrolló hasta envolver la empresa nacional de petróleo de Brasil: Petrobras. El resultado fue el conocimiento de un sistema de manipulación de licitaciones por parte de un grupo de las mayores empresas de construcción de Brasil, sostenidas por sobornos a funcionarios de Petrobras y agentes del gobierno. También fueron revelados esquemas de corrupción en otros contratos de alto valor, como la construcción de la central nuclear de Angra 3.

La fuerza de tarea, llamada Autolavado ("Lava Jato"), trabajó en una lista impresionantemente larga de casos de corrupción en los que participaron más de 280 miembros del Poder Legislativo, grandes empresarios y otros individuos.

Una investigación de la referida operación derribó Eduardo Cunha, el expresidente de la Cámara, que fue sentenciado a 15 años de prisión.

Otro resultado fue la condenación de Luiz Inácio Lula da Silva. La sentencia de primera instancia había sido dictada por el juez Sérgio Moro, quien condenó el expresidente a nueve años y medio de cárcel por recibir soborno de la empresa constructora OAS a cambio de facilitar contratos millonarios, más precisamente un apartamento en el litoral del estado de São Paulo. La pena por corrupción pasiva y lavado de dinero fue ampliada, con posición unánime de los jueces, a doce años en recurso por el Tribunal Regional Federal (TRF-4), en enero de 2018. El expresidente responde aún a cinco acusaciones a ser juzgadas.

Las investigaciones involucran a diversas autoridades públicas, como el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), el Congreso Nacional, la Policía Federal, la CVM, la CGU, y el Ministerio Público Fiscal ("Ministério Público Federal"). Como resultado, fueron generadas más de 880 búsquedas y órdenes judiciales, 340 solicitudes de asistencia internacional con más de 40 países, 163 acuerdos de culpabilidad, 10 acuerdos de indulgencia, acusaciones penales contra más de 300 personas, más de 180 condenas, y recuperación de aproximadamente R$ 3.8 mil millones, sin incluir multas de más de R$ 8 mil millones.

A pesar de los esfuerzos del Gobierno Federal para poner fin a la fuerza de tarea de la Autolavado, las investigaciones aún se están llevando a cabo y las acusaciones se nivelaron al ritmo habitual: un expresidente de la Petrobras y también del gigante Banco do Brasil fue detenido en julio de 2017. Un mes después, la policía encarceló a 10 personas durante otra investigación derivada de la Autolavado. Fueron encontrados R$ 36 milliones que habían sido desviados y lavados a través de dos grandes proyectos de infraestructura en Río de Janeiro. Tres exgobernadores del estado del Río de Janeiro fueron sentenciados a prisión. Sérgio Cabral ha sido condenado en tres acusaciones hasta el momento, con otras 16 aún pendientes, todas relacionadas con la corrupción, en varios casos de recibir sobornos por corrupción pasiva, y también lavado de dinero. Cabral es identificado como uno de los mayores receptores de sobornos, con al menos US$ 78 millones. Dos otros exgobernadores del estado del Río, Anthony Garotinho y su esposa Rosinha, también fueron condenados por corrupción pasiva en 2017.

En el mismo año, Paulo Maluf, el exgobernador del estado de São Paulo y dos veces alcalde de la capital, fue condenado por lavado de dinero desviado de obras públicas.

Ya en 2018, la Petrobras resolvió una demanda colectiva estadounidense presentada por inversionistas que reclamaban pérdidas debido a los escándalos de corrupción, acordando pagar U$ 2950 millones, días después de que la CVM acusó a ocho exejecutivos de Petrobras por corrupción.

Además, es importante mencionar la Operación Zelotes, conducida por la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal (*Ministério Público Federal*), enfocado en la corrupción dentro del Consejo Administrativo de Recursos Fiscales (CARF) para beneficiar a varios conglomerados nacionales e internacionales en decisiones tributarias, así como la promulgación de reglas por el presidente (medidas provisionales o *medidas provisórias*, en el derecho brasileño) para otorgar incentivos fiscales.

Finalmente, el caso de acuerdo de indulgencia más famoso en Brasil fue el de la J&F Investimentos. La empresa controla un extenso conglomerado que incluye la mayor productora de proteínas del mundo, JBS S.A. El presidente Joesley Batista grabó al presidente Michel Temer dando un aval al pago de sobornos para acallar a Eduardo Cunha, ex presidente de la Cámara de Diputados. Batista firmó un acuerdo declarando haber distribuido pagos a alrededor de 2000 políticos en los últimos 10 años, incluyendo el equivalente a US$ 30 millones al expresidente Dilma Rousseff a cambio de préstamos de bancos estatales, que aseguró el crecimiento estelar del grupo en los años recientes. J&F acordó pagar R$ 10,3 mil millones (actualmente, alrededor de US$ 3,2 mil millones), y los hermanos Joesley y Wesley Batista R$ 110 millones cada uno.

El mencionado acuerdo de indulgencia fue el menos severo desde que fueron introducidos en Brasil, sin penas privativas de libertad para ningún de los dos acusados. Sin embargo, en un giro inesperado de los acontecimientos, la Policía Federal descubrió que los hermanos habían grabado accidentalmente muchas conversaciones cuyos contenidos se habían omitido de los testimonios presentados a los fiscales. Los Batistas habían intentado eliminar esas conversaciones, pero los expertos en tecnología de la Policía Federal recuperaron los archivos. Las omisiones llevaron al encarcelamiento de los hermanos Batista y el abogado interno Ricardo Saul.

En los últimos años, Brasil ha visto un enorme crecimiento de prácticas anti corruptivas, de *compliance* (cumplimiento normativo), y de imposición del cumplimiento de las leyes. Esta es una tendencia claramente identificable que se puede percibir en todo el mercado y la sociedad en general.

Diferentes juristas y asociaciones han estado abogando por la adopción de cambios anticorrupción en el ordenamiento. El Ministerio Público Fiscal ("Ministério Público Federal") creó las "Diez Medidas contra la Corrupción", de las cuales el creciente apoyo popular la convirtió en un proyecto de ley, actualmente bajo consideración del Congreso Nacional.

A pesar de la dudosa eficiencia y constitucionalidad de algunos de los cambios propuestos, esto refleja un cambio cultural e institucional alentador hacia una postura más rigurosa sobre las prácticas corruptas, acompañado por una noción incipiente de cumplimiento, especialmente debido a las investigaciones y convicciones sin precedentes que el país ha presenciado recientemente.

XV. La prisión de Lula

En reciente decisión, el Supremo Tribunal Federal de Brasil rechazó el *Hábeas Corpus* presentado por la defensa del expresidente. La Corte Suprema ha confirmado su decisión anterior de que un acusado puede ser encarcelado después de la decisión final del tribunal de apelación (órgano judicial de segunda instancia, en Brasil), allanando el camino para su encarcelamiento, que culminó en el día 7 de abril de 2018.

Esencial para la eficacia de la lucha contra la corrupción, el entendimiento adoptado por lo STF aumenta los estímulos para que los delincuentes cooperen a cambio de penas menores. De lo contrario, los acusados adinerados pueden diferir su encarcelamiento indefinidamente mediante innumerables apelaciones ante el Tribunal Superior de Justicia (*Superior Tribunal de Justiça*, STJ) y el Supremo Tribunal Federal, que, sobrecargados por la inmensa cantidad de casos para analizar, tienden a no llevarlos a juicio final antes de que la prescripción tenga lugar. Nadie en su sano juicio ofrecería información sensata, dinero, y estaría sujeto a sanciones si pueden quedar impunes retardando una condena definitiva, no apelable.

XVI. Análisis comparativo entre la legislación anticorrupción argentina y la brasileña

Así como Brasil, Argentina ha firmado y ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, y la Convención Anticohecho de la OCDE. En el final de 2017, el Congreso Nacional argentino aprobó la ley 27.401, que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas.

La ley 27.401 tiene por objeto penalizar a las personas jurídicas por delitos de corrupción, previstos en el Cód. Penal, tales como: cohecho

y tráfico de influencias, exacciones ilegales, realización de balances falsos, y enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

En Brasil, el ordenamiento no permite la responsabilidad penal a personas jurídicas. Por otro lado, en la práctica, las sanciones impuestas por las leyes aplicables a las empresas en lo que se refiere a actos delictivos, a pesar de ser procesadas por tribunales civiles, no difieren considerablemente de las penas enumeradas en el art. 7º de la ley 27.401.

De modo semejante a la Ley de Empresas Limpias, la ley 27.401 afirma que mismo en los casos de fusión, absorción o escisión, o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a los sucesores. También, en ambos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de las personas físicas (§ 1º, art. 3º, Ley de Empresas Limpias; y art. 6º, ley 27.401).

XVI.1. Las sanciones aplicables a las personas jurídicas

Es posible hacer un paralelo entre las sanciones del art. 7º y las adoptadas en el ordenamiento brasileño.

Primero, en cuanto la multa de la ley argentina es basada en lo beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener, la Ley de Empresas Limpias prevé un valor calculado sobre los ingresos brutos de la persona jurídica.

La suspensión total o parcial de actividades y la disolución de la personería son sanciones aplicables en los dos países, teniendo redacciones muy semejantes. Cuanto a la suspensión, la diferencia es que la ley argentina impone un período máximo de 10 años para la pena de suspensión, sin haber plazo límite en la Ley de Empresas Limpias. Para la disolución, la diferencia es que la ley 27.401 es menos rígida cuando condiciona la creación de la empresa al solo efecto de la comisión del delito, diferente del término "habitual" adoptado pela ley brasileña.

El art. 7º aún prevé la suspensión para participar de concursos o licitaciones estatales, sin exceder 10 años. El Brasil también adopta esta sanción, pero en el art. 46 de la ley 8443, cuando es verificada fraude a licitación, ocasión en que el Tribunal de Cuentas de la Unión declara la inidoneidad para participar, por hasta cinco años, de licitación en la Administración Pública Federal.

Por fin, tanto en lo caso brasileño como en el argentino, la pérdida o suspensión de beneficios estatales concedidos a las personas jurídicas infractoras es una sanción aplicable.

XVI.2. El concepto de funcionario público extranjero y restricciones

Diferente de lo que fue adoptado por el art. 30 de la ley 27.401, el concepto de funcionario público extranjero por la legislación brasileña no condiciona la necesidad de reconocimiento por parte del Estado de la entidad territorial.

En los casos de regalos, gastos de viaje, comidas o entretenimiento, concedidos a un funcionario público extranjero, se encuentran prohibidos en Argentina, salvo para el caso de los "agradecimientos" motivados por costumbre diplomática o por cortesía según el dec. 1179/2016 reglamentó el art. 18 de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública 25.188. En Brasil, como ya fue señalado, se usa como referencia el valor límite de R$ 100,00.

El uso de intermediarios o terceros para el cometimiento de sobornos nacionales o extranjeros es expresamente prohibido en ambas jurisdicciones.

XVI.3. El acuerdo de Colaboración Eficaz de la ley 27.401

Así como adoptado en Brasil, la nueva ley argentina admitió el acuerdo de colaboración eficaz, con objetivos muy semejantes al acuerdo de indulgencia brasileño, tales como la colaboración y revelación de datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos.

Sin embargo, los requisitos para realización son distintos.

En el acuerdo de indulgencia, diferente de la ley argentina, la restitución de las cosas o

ganancias que sean el producto o el provecho del delito (art. 18, *b*), u otros requisitos con características de sanciones penales (art. 18, *d*, *e*, y *f)*, no son condicionantes para su celebración. También, no es necesario el pagamiento de multa (art. 18, *a*), ni tampoco abandonar los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena (art. 18, *c*).

Los requisitos del instituto argentino son más rígidos que del brasileño, pero es lo mismo que decir que los efectos del acuerdo de indulgencia son como condiciones de cumplimiento para la implementación de los acuerdos de colaboración eficaz.

Para la ley brasileña, conforme fuera descripto anteriormente, es necesario, básicamente, manifestar su interés en cooperar en las investigaciones, interrumpir completamente su participación en el soborno extranjero, reconocer su participación en los actos ilícitos y cooperar permanentemente con las investigaciones y el proceso administrativo.

En cuanto en el acuerdo de colaboración la negociación entre las partes transcurre, hasta su aprobación, de forma estrictamente confidencial, en los acuerdos de indulgencia se permitió la excepción en los casos de interese de las investigaciones y del proceso administrativo.

Ambas las leyes protegen el reconocimiento de la práctica del acto ilícito, para que sea considerado solo en los casos de aprobación de los acuerdos.

XVI.4. Otras disposiciones

Sin previsión semejante en la Ley de Empresas Limpias, la ley 27.401 introdujo el Programa de Integridad, que, según el art. 22, le describe como conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. La implementación del Programa de Integridad puede ser establecida como requisito del acuerdo de colaboración eficaz.

Diferente del ordenamiento jurídico brasileño, donde no hay ninguna disposición legal para las infracciones contables refiriéndose específicamente al soborno, el art. 300 bis del Cód. Penal argentino criminaliza ese tipo de conducta. La persona que comete este tipo de fraude al comercio y a la industria con el objetivo de encubrir delitos de soborno, incurrirá en una pena de uno a cuatro años más multa, sin perjuicio de imposición de sanciones administrativas y disciplinarias por la Comisión Nacional de Valores, los registros comerciales y las asociaciones profesionales.

Por fin, es importante considerar que, a pesar de guardar algunos institutos semejantes, las leyes poseen características esencialmente diferentes, teniendo ambos el propósito mayor de combatir la corrupción. Las perspectivas son favorables, ya que con las constantes amenazas de los agentes políticos, respuestas efectivas de la justicia se concretizaron, con acusaciones que implicaron a centenas de políticos y empresarios.

Una aproximación a la implementación práctica de la ley 20.393 en Chile

POR **GABRIELA GUTIÉRREZ SOTO** (*)

"...Un hombre es culpable ante la ley cuando viola los derechos de otro, en ética es culpable sólo por pensar hacerlo."
(Emanuel Kant)

I. Una breve historia de la ley: comprendiendo el origen de esta

La ley 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho (en adelante, "LRPPJ"); se encuentra vigente en Chile desde el 2 de diciembre de 2009 y empezó a regir en la misma fecha. Después fue agregado como cuarto delito base, la receptación (1).

Este nuevo ordenamiento vino a oponerse a la costumbre de nuestro sistema jurídico que determinaba que las personas jurídicas no podían ser condenadas modificándose con ello "una larga tradición de apego a la máxima *societas delinquere non potest* y se consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas" (2).

La génesis de esta ley se retrotrae al período durante el cual Chile solicitó la petición de ingreso a la Organización para la Cooperación y Desarrollo (adelante "OCDE") luego que en mayo de 2007, recibiera nuestro país una invitación formal para la admisión como miembro pleno, junto a Estonia, Israel, Rusia y Eslovenia (3). Con todo, el ingreso no fue rápido ni estuvo exento de requerimientos, siendo por cierto uno de ellos, en materias de anticorrupción el que Chile implementara a cabalidad las normas impuestas por esta organización, sobre, particularmente la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero.

Vale decir que para ser aceptado como miembro de la OCDE, no solo se consideró que nuestro país adhiriera con los requisitos de aquella en materia de prevención de cohecho a funcionario público, nacional o extranjero, sino también la voluntad de cambio en consideración al nivel de cumplimiento existente al momento de la solicitud de ingreso.

(*) Gerente de Compliance, Minerals Americas, BHP Billiton. Posee más de 17 años de experiencia en *Compliance* y Riesgo Operacional, principalmente en industrias reguladas —sector bancario— con responsabilidades locales y regionales, en materias de Prevención de Delitos así como la implementación, mantención y monitoreo de programas de *Compliance* Corporativos. LLM Magíster en Derecho de los Negocios, UAI. Contador Auditor, Universidad de Santiago de Chile.

(1) Nota del autor: el 5 de julio de 2016, se publicó en el *Diario Oficial* la ley 20.931, comúnmente denominada "Agenda Corta Anti-delincuencia", la cual se enfoca en los delitos de robo, hurto y receptación. Dentro de las modificaciones introducidas a distintos cuerpos legales para facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar la persecución penal en dichos delitos, incorporó el delito de receptación al catálogo base de la LRPPJ.

(2) Hernández Basualto, Héctor, "Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revistas de Estudios de la Justicia,* nro. 16, 2012, p. 75.

(3) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la ley 20.393", disponible en *https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/47.85/* [09/04/2018].

En efecto, Chile había suscrito en diciembre de 1997 a la "Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales", siendo ratificado el año 2001 por el Congreso de la República. Con posterioridad, en octubre de 2002, se publicó en el *Diario Oficial* la ley 19.829, por la cual se modifica el Cód. Penal incorporando, en lo que interesa, el tipo penal destinado a sancionar el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjero en transacciones comerciales internacionales, incorporando los arts. 250 bis A y 250 bis B (4) de la citada normativa, principalmente con el objeto de cumplir con las obligaciones asumidas por Chile al adoptar la Convención como ha sido indicado.

También dispone dicha Convención, a los países que suscriben la obligación de establecer medidas, regulaciones o un marco jurídico tal que establezca la responsabilidad de las personas jurídicas para que éstas se encuentren sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas (5).

Es precisamente este punto el cual se encontraba pendiente de materialización al momento de la solicitud de incorporación a la OCDE por parte de Chile, razón entonces del proyecto de ley y posterior, LRPPJ como la conocemos hoy. Para ser considerados miembros se requería un compromiso verdadero y de largo plazo por las autoridades correspondientes en reconocer responsabilidades que otrora solo podían imputarse a las personas naturales involucradas en cualquiera de los delitos contemplados por la ley. Desde ahora también se podría transferir responsabilidad penal a las entidades jurídicamente establecidas, con un objetivo social manifiesto así como un rol activo en diversos ámbitos de la sociedad civil, frente a sí y a otros. Esto es importante, puesto que diferentes formas societarias pueden ser usadas para contravenir normas establecidas e incurrir en delitos financieros, los cuales terminan impactando no solo la reputación de éstas sino la confianza de diversos actores ajenos a la propia organización.

Este requerimiento se entiende si observamos que la gran mayoría de los delitos en los cuales las personas jurídicas se ven expuestos corresponden a aquellos referidos en la normativa (por ejemplo, existe una alta factibilidad de pagar sobornos a funcionarios públicos o corrupción en un proceso de licitación). No olvidemos que las empresas, organizaciones o personas jurídicas que no están exentas de deberes y obligaciones, están creadas y administradas por individuos o personas naturales que pueden por distintas razones, quebrantar el cumplimiento de la ley y facilitar "estas estructuras jurídicas para que se lleven a cabo operaciones de lavado de activo o de soborno a funcionarios públicos" (6), entre otros delitos de "cuello y corbata", razón por la cual cobra relevancia la normativa que responsabilice penalmente a las personas jurídicas.

Es en este marco en el cual se establece el ámbito de aplicación de la LRPPJ, el alcance de los delitos, los elementos de atribución de responsabilidad penal así como la implementación de modelos de prevención de delitos.

A continuación se presenta mayor detalle al respecto.

II. La Ley de Responsabilidad Penal: qué delitos y quiénes

En el art. 1º de la referida ley se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la comisión de los delitos ya señalados al inicio: *lavado de activos* [art. 27, ley 19.913 (7)], *financiamiento del terrorismo* [art. 8º, ley 18.314 (8)], *cohecho a funcionario público, nacionales o internacionales* (arts. 250, 251 bis) y *receptación* —incorporada con posterioridad (9)— (art. 456 bis A del Cód. Penal).

Enseguida la norma establece el alcance de esta, cuya aplicación se dirige a las personas

(4) Cód. Penal, disponible en *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984.*

(5) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la ley 20.393", disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/47.85/ [09/04/2018].

(6) Agnic, Tamaya y Sierra, Susana, *Corrupción a la Carta,* Ediciones B Chile S.A, Santiago, 2017, p. 62.

(7) Ley 19.913, crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

(8) Ley 18.314, determina conductas terroristas y fija su penalidad.

(9) Ver nota 1.

jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado. Al indicar privadas se refiere aquellas sociedades civiles y comerciales con fines de lucro así como también "cualquier organización empresarial susceptible de ser objeto de las sanciones previstas por la ley" (10), y, por el contrario, aquellas sin fines de lucro, como lo son, por ejemplo, las fundaciones, corporaciones u organizaciones (*i.e.* Organizaciones No Gubernamentales, "ONG"). El alcance de la ley en su artículo segundo es una amplia cobertura de tantas entidades como fuere posible.

Asimismo, al indicar empresas del Estado, se refiere a aquellas creadas por la ley como también aquellas en donde pueda existir participación estatal específica, por lo que conviene entonces afirmar que la responsabilidad penal en estos casos, aplica tanto a las empresas estatales como aquellas en donde el Estado ejerce un determinado rol (sea en forma directa o indirecta).

II.1. De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en aquellos defectos que pudiera tener la organización especialmente en ausencia del cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de ésta, y propios de modelos de organización con gobiernos corporativos definidos.

En conformidad con lo señalado en el art. 3º de la LRPPJ, las personas jurídicas responderán penalmente en el caso que sus dueños, directores, ejecutivos principales, representantes, quienes ejecuten actividades de administración y supervisión o quienes están bajo la dirección o supervisión directa de los anteriores, hayan permitido la comisión del delito como consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes señalados anteriormente. Siguiendo esta línea además, las entidades serán responsables, cuando estos delitos hayan sido perpetrados por personas naturales que se encuentren bajo la supervisión o dirección de alguno de los anteriormente señalados, por lo cual, el ámbito de atribución de la responsabilidad penal busca cubrir todas las jerarquías organizacionales al interior de la persona jurídica, incentivando el establecimiento de modelos de organización efectivos que permitan cumplir con los deberes señalados en forma previa a la comisión de estos delitos.

De acuerdo a la ley, las personas jurídicas no serán responsables en aquellas situaciones en que las personas naturales señaladas, hubieren cometido el delito en ventaja propia o en favor de un tercero distinto de la persona jurídica. El resultado del delito debe ser entonces siempre en favor de la empresa.

Por lo tanto, los siguientes requerimientos copulativos deben concurrir para que una persona jurídica pueda ser atribuida de responsabilidad penal en el ámbito de esta ley:

— Que el delito fuese cometido por una persona natural actuando en forma directa e inmediatamente para provecho de la empresa o en interés de ésta, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la empresa, de sus deberes de dirección y supervisión.

— Que el delito fuese cometido por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el párr. 2º de esta sección, cumpliéndose los mismos supuestos antes señalados.

— Que el delito fuese cometido en beneficio directo de la persona jurídica.

Respecto de los dos primeros requisitos, cabe revisar la segregación que hace la misma ley al separar dueños, directores, ejecutivos principales, representantes, quienes ejecuten actividades de administración y supervisión de las personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los anteriores. Aunque la citada ley no define cada uno de estos, las autoridades locales podrán interpretar estos cargos conforme a cada circunstancia o bien, de acuerdo a definiciones generalmente

(10) Hernández Basualto, Héctor, "Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revistas de Estudios de la Justicia*, nro. 16, 2012, p. 78.

aceptadas (11). Por lo demás, como señaló la OECD durante la primera fase de revisión de la implementación de la Convención ya indicada (12), quienes ejecuten actividades de administración y supervisión en sentido amplio pudiera inclusive considerar funciones que no hayan sido formalmente dispuestas como las de un supervisor, en cuyo caso, podría argumentarse que desempeñaba más funciones que las correspondientes al cargo original dada la ausencia de un modelo organizacional capaz de advertir esta situación.

Por lo tanto de acuerdo a la citada ley 20.393, cualquier empleado podría desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto significa también, por ejemplo, contratistas y subcontratistas según estuviere determinado en el alcance del contrato.

Finalmente, el establecimiento de modelos de responsabilidad penal busca fundamentalmente prevenir la comisión de los delitos en las empresas, y poder sancionar a las empresas, si esta fallara, sea por deficiencias organizacionales o defectos que impidan el cumplimiento de su deber de dirección y supervisión.

II.2. Del modelo de prevención de delitos

De acuerdo a lo establecido en el art. 4º de la ley 20.393, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención de delitos el cual deberá incluir como mínimo los siguientes elementos:

a) Designación de un encargado de prevención de delitos.

b) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

c) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

d) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

Con el propósito de alcanzar una mejor comprensión, veamos por parte:

II.2.1. Designación de un encargado de prevención de delitos

En cuanto a la designación de un encargado de prevención, también conocido como "EPD", la ley indica que será la máxima autoridad administrativa, quien designará una persona especialmente facultada para este cargo, quien en conjunto con la administración de la empresa, diseñará, implementará y supervisará el Modelo de Prevención de la misma. Corresponde aclarar que para efectos de la designación la máxima autoridad administrativa de acuerdo a la ley variará, según corresponda al tipo de persona jurídica. Por lo tanto, esta podrá ser como lo indica el art. 4º, Nº 1, el directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios.

La designación del encargado de prevención de delitos será realizada por los representantes de las entidades anteriormente mencionadas por un período de hasta tres años y podrá renovarse por períodos de igual duración, debiendo además contar con autonomía respecto de la administración de la empresa (nota: es una designación formal). Esta autonomía busca aseverar independencia tanto en las líneas de reporte (con acceso directo a la máxima autoridad administrativa) como del negocio, independencia que da cuenta de tal posición con un cargo de alto nivel reconocido en la estructura jerárquica de la compañía. En forma práctica el rol del EPD queda de manifiesto en la estructura organizacional de la empresa, se reconoce como tal, por ejemplo, en el organigrama de la entidad y su participación efectiva en distintos comités de alta gerencia.

Por cierto, en consideración a la estructura jurídica de la empresa, la ley permite ciertas exenciones tales como permitir al encargado de prevención ejercer adicionalmente funciones de contraloría o auditoría interna y, en el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan cien mil unidades de fomento (13), permitir al dueño, socio o accio-

(11) OECD, Chile: *Phase 1ter, Review of Implementation of the convention and 1997 recommendation*, 2009, p. 5.

(12) OECD, Chile: *Phase 1ter, Review of Implementation of the convention and 1997 recommendation*, 2009, p. 6.

(13) Nota del autor: la Unidad de Fomento es una unidad de cuenta utilizada en Chile la cual se encuentra

nista controlador ejercer también de encargado de prevención.

II.2.2. De la definición de medios y facultades del encargado de prevención

Sin duda que para la ley, la autonomía se encontraría disminuida si ésta no se complementara además con los recursos y medios suficientes para el cabal desempeño de las funciones del encargado de prevención con el fin de llevar a cabo su labor en forma autónoma y eficiente en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica. Estos medios a los cuales se refiere la norma se han interpretado principalmente como materiales y deben ser formalmente entregados al encargado de prevención, por ejemplo, un presupuesto exclusivo asignado. Para este se considerará el tamaño y estructura organizacional de la empresa (*i.e.* número de trabajadores, número de sucursales u oficinas, volumen de transacciones, entre otros).

Con todo, la definición de medios busca fortalecer la autonomía al encargado de prevención en el cometido de sus funciones. Por ejemplo, contar con la suficiente independencia requerida en caso necesario para aprobar gastos por nuevos sistemas, capacitaciones, contrataciones, material de difusión, etc., solo a modo de referencia. Por cierto, no basta la mera asignación de medios sino también estos deberán ser controlados, monitoreados, documentados en el caso de uso, considerando que la veracidad de estos u otros medios asignados debe ser demostrable y no un mero "modelo de papel".

Por cierto, la sola existencia de medios sería insuficiente si estos no se complementaran con facultades asignadas al encargado de prevención, para el desempeño de sus labores (es decir, facultades no materiales). Estas permiten al EPD disponer con la suficiente autoridad para la toma de decisiones en forma autónoma sin pedir autorización a otros individuos al interior de la organización en el desempeño de sus funciones en virtud de su cargo y/o situaciones específicas que pudiera confrontar.

También como parte de los medios y facultades, la anotada ley 20.393 alude al acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar, a lo menos semestralmente. Esta última sección plantea el deber de informar a la alta administración, por ejemplo, resultados de la implementación del modelo, el monitoreo de éste o cualquier otro, pero más relevante aún es la comunicación periódica que se establece con esta.

Deberán por tanto existir canales establecidos de comunicación periódica con la alta gerencia; muchas empresas constituyen distintos comités, sea de Prevención, Ética o cualquier otro de rango reconocido al interior de la entidad, para discutir materias propias del modelo de prevención. Estas discusiones deben documentarse y monitorearse para hacer seguimiento verdadero a los temas de interés así como involucrar a alta administración en este quehacer.

II.2.3. Del establecimiento de un modelo de prevención de delitos

El art. 4º; numeral 3, de la ley 20.393 prescribe que nuevamente será el encargado de prevención, en conjunto con la alta administración de la persona jurídica, quien facilitará un sistema de prevención de los delitos sancionados por la citada ley, que a lo menos, contemple lo siguiente:

1. Identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicas, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos contemplados en la ley.

Esta actividad es la piedra angular sobre la cual se construye e implementa un modelo de prevención razonable, puesto que permite a la persona jurídica identificar su real exposición a la comisión de cualquier de los delitos incluidos en la ley, basada en los riesgos propios del negocio. Una evaluación de riesgos —general-

indexada a la inflación. Las cien mil unidades de fomento en una equivalencia aproximada al 30 de marzo de 2018 en dólares estadounidenses corresponden a USD MM $4.5 aproximadamente.

mente a través de una "matriz de riesgos"— permite focalizar esfuerzos e identificar áreas de mayor exposición al interior de la estructura organizacional, en donde por la sola naturaleza de la actividad, el riesgo aumenta. Solo a modo de ejemplo, el riesgo de delitos de un banco, dada su naturaleza, será distinto al riesgo de una empresa que se dedica a la fabricación de automóviles. Identificarlos es clave. En el primero, uno de los mayores riesgos será la exposición al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo a través de las operaciones que cursan y el segundo, la exposición a la corrupción o soborno, especialmente en la cadena de suministro.

Identificadas estas áreas, que serán per se distintas según sea la naturaleza de la empresa (*i.e.* como señalamos: por industria, tamaño, jurisdicción, estructura societaria, tipo de negocios, etc.), la existencia de una metodología de riesgos facilita de manera objetiva, la identificación de riesgos de exposición, así como la cuantificación de estos para poder de acuerdo a su impacto, establecer medidas de mitigación, es decir, establecer controles "hechos a la medida" para administrarlos y prevenir estos eventos.

Por cierto, la metodología de riesgo o gestión de riesgos que adopte la persona jurídica no debe entenderse como una herramienta reactiva frente a la amenaza (serie de eventos) sino también como un proceso consistente y usado por toda la organización no solo para identificar estructurada y metodológicamente las amenazas, sino también las oportunidades de mejora tanto para el área usuaria como para el negocio propiamente tal (incluyendo por cierto, a la alta administración).

2. El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos identificados como riesgosos, programar y ejecutar sus labores de una manera que prevengan la materialización de los delitos de la ley 20.393.

Se refiere, al conjunto de políticas, procedimientos, manuales, protocolos, códigos u otros, propios de la persona jurídica, en los cuales se establecen las reglas y controles para la prevención de delitos. La empresa deberá, a través de procedimientos por todos conocidos, indicar las áreas de riesgos y establecer medidas de controles formales, establecidas y supervisadas. Ejemplos clásicos son los códigos de conducta y/o de ética, política de adopción de clientes o terceros, política de donaciones, política de gastos de empleados, reembolsos por viajes y representación, solo por mencionar algunos.

En forma práctica, si se ha identificado que la interacción con terceros es un área de riesgos entonces la persona jurídica deberá establecer en forma clara las reglas relacionadas a estas interacciones en documentos por todos conocidos. Reglas, políticas y procedimientos claros respecto de la adopción de terceras partes, cláusulas contractuales, evaluaciones de riesgos, debidas diligencias, niveles de autorización, por ejemplo.

Otro ejemplo, sería la gestión de permisos (sectoriales, municipales, etc.) que involucra el requerimiento de una serie de autorizaciones u otros para los fines que el negocio requiera. El procedimiento para las comunicaciones o reuniones con funcionarios públicos deberán estar claramente estipuladas y documentadas, por ejemplo en una Política de Interacción con entidades o funcionarios de gobierno.

3. La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en los delitos de la ley 20.393.

En línea con lo expuesto anteriormente, se refiere al conjunto de medidas formalmente establecidas por la institución en el manejo, administración y supervisión de los recursos financieros propiamente tal, toda vez que estos pueden ser utilizados en forma variada para la comisión de estos delitos. Debe quedar claro para las personas que intervengan en las actividades identificadas de mayor riesgo, los controles existentes en el uso de recursos financieros de la compañía que buscan prevenir el uso de estos en prácticas punibles. Ejemplo de ellos son, los principios de supervisión y aprobación en el uso de recursos financieros, escalamiento a la alta administración de acuerdo a protocolos internos aplicados a la actividad en cuestión, protocolos de auditoría sobre estos, etcétera.

Cabe destacar también que los procedimientos de auditoría señalados buscan confirmar que las medidas de control establecidas en el modelo se cumplan a cabalidad desde la mirada de auditoría como tercera línea de defensa.

4. La existencia de sanciones administrativas internas, así como de mecanismos de denuncia y/o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el Sistema de Prevención de Delitos.

Este elemento refiere a la incorporación de las obligaciones, prohibiciones y/o sanciones internas señaladas por la persona jurídica en distintos instrumentos oficiales y reconocidos por todos los empleados, trabajadores, prestadores de servicios, o vinculados a la persona jurídica de alguna forma.

La ley refiere al Reglamento Interno de Trabajo como instrumento que regula las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores en relación con sus labores y actividades como empleados de la persona jurídica, por lo tanto una mención al cumplimiento de la ley deberá incluirse, estableciendo claramente las obligaciones, prohibiciones y sanciones en caso de infracción. Además, la ley indica que esta normativa interna debe ser expresamente incorporada en los contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de esta.

La manifiesta incorporación de estas obligaciones en instrumentos conocidos por todos, origina un monitoreo permanente de los controles establecidos en el modelo. Cualquier desviación de estos gatillara no solo la revisión de las medidas en curso y las áreas de mejora, sino principalmente, sanciones según corresponda a cada caso, por todos conocidos. Consecuentemente la entidad debe asegurar las acciones a seguir luego de finalizada una investigación y el análisis posterior que de esta emanará La normativa interna además debe referirse además a los mecanismos de denuncias habilitados por la empresa, como los canales de denuncias y los procedimientos fijados respecto de las investigaciones, asegurando no solo la confidencialidad de esta sino también los derechos de los implicados.

Cabe destacar que el encargado de prevención debe evaluar los riesgos y actividades de control incumplidos en cada situación sancionada, a fin de establecer, si corresponden nuevas actividades de control o bien, mejoras en las actividades en donde el diseño no es el adecuado, o bien la operatividad del control falla.

II.3. Sobre la supervisión y certificación del modelo de prevención de delitos

Indica la ley, en su art. 4º, que el encargado de prevención de delitos en forma conjunta con la alta administración de la persona jurídica establecerán actividades de monitoreo y supervisión para comprobar el adecuado funcionamiento de las actividades de control definidas, así como estimar la necesidad de realizar mejoras o modificaciones en el modelo de prevención de delitos.

Además también como parte de la supervisión del modelo, el encargado de prevención podrá ordenar la realización de auditorías, sobre diversos aspectos de funcionamiento del modelo de prevención de delitos, y deberá estar informado de cambios que ocurran tanto en el contexto externo como interno de la Compañía, con el fin de actualizar, cambiar o mejorar el modelo en concordancia con estas condiciones.

También indica la opción para aquellas personas jurídicas que lo estimen pertinente, de certificar el Modelo de Prevención con el fin de confirmar su correcto diseño e implementación. Para estos efectos, la certificación debe ser llevada a cabo por una entidad registrada y autorizada por la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile para cumplir con esta labor. Dicho registro debe estar en cumplimiento con la norma de carácter general 302, la cual establece las normas que deben acatar estas entidades para cumplir con la tarea de certificación de modelos aquí descritos. También, se entiende que las personas involucradas en actividades de esta naturaleza cumplen una función pública de acuerdo a lo señalado por el art. 260 del Cód. Penal (14).

Conviene indicar que la certificación como tal no exime de responsabilidad penal a la persona

(14) Cód. Penal disponible en *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984*.

jurídica, puesto que aún será posible imputar a una empresa, si se demostrare que el modelo era deficiente, o bien no cumplía con los requisitos mínimos indicados en la ley o no estaba correctamente implementado (15), por lo que es más que un chequeo mecánico que verifica la existencia o ausencia de los elementos mínimos señalados en la ley.

Como indica Susana Sierra (16), socia y fundadora de BH *Compliance*: "...la certificación es mucho más allá que un certificado, debe ser entendida como un proceso continuo de monitorización, porque lo que no se mide, no se gestiona".

II.4. De las penas generales señaladas por la Ley de Responsabilidad Penal

La ley establece penas generales en su artículo 8º y penas accesorias a las mismas en su art. 13. En este resumen haremos una breve descripción de estas.

> Art. 8º.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:
>
> 1. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
>
> Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.
>
> 2. Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
>
> 3. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
>
> 4. Multa a beneficio fiscal.
>
> 5. Las penas accesorias previstas en el art. 13.

Uno de los requisitos de la "Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales contra la corrupción" bajo la sección correspondiente al sector privado, art. 12, indica:

> "Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas".

Es decir, las sanciones contempladas deben "ser eficaces, proporcionadas y disuasivas" para las personas jurídicas que incurran en los delitos mencionados en la norma. El que sean proporcionados significa que están en directa relación a una serie de factores señalados en la ley en el art. 17 como reglas de determinación judicial de la pena además de otros mitigadores o atenuantes que podrían ser evaluados por el Ministerio Publico. Además el citado art. 17 señala que "el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

1. Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.

2. El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.

3. La capacidad económica de la persona jurídica.

4. El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.

5. La extensión del mal causado por el delito.

6. La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de

(15) OECD, Chile: *Phase 1ter, Review of Implementation of the convention and 1997 recommendation, 2009,* p. 9.

(16) Sierra, Susana, directora Ejecutiva de BH *Compliance*, Santiago [fecha de entrevista: 7 de abril de 2018].

la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública".

En cuanto a las multas a beneficio fiscal estas se establecen en su cuantía en el art. 12, fijándose en UTM —conocida también como unidad tributaria mensual (17)—. El rango de las multas en medidas comparativas en dólares estadounidenses (USD) es desde los USDM$15 hasta USDMM$1.500 aproximadamente. Aun cuando son montos bajos si los comparamos con multas por delitos de esta naturaleza sancionadas por ejemplo por el Departamento de Justicia en los Estados Unidos y la *Securities Exchange Commission*, los cuales solo durante 2017 fueron mayor a USD$ 1.92 billones (18), los tribunales en Chile pueden aplicar más de una multa en conjunto, las cuales podrán ser revisadas a la luz de factores mitigantes así como agravantes, principalmente que la persona jurídica haya sido previamente condenada por alguno de los delitos en la norma señalados.

Existen además penas accesorias a las cuales refiere el art. 8º, nro. 5, siendo algunas automáticas, a saber:

> Art. 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:
>
> 1. Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutiva de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.
>
> La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.
>
> 2. Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.
>
> 3. En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

III. Conclusión: un corolario sintetizado de los impactos y oportunidades de la implementación de la ley a casi diez años de su entrada en vigencia

Casi una década después de la entrada en vigencia en Chile de la ley 20.393, cabe preguntarnos sobre los impactos que ésta ha tenido tanto en el mundo corporativo como normativo en nuestro país.

A primera vista pareciera que lo más aparente ha sido la creciente incorporación y concientización sobre temas de *Compliance* (19) en el quehacer diario de las personas jurídicas, sumado a una fiscalización más perceptible por parte de las entidades locales responsables para ello. No es poco común que en distintos foros, sean del gremio, académicos u otros, en que se recuerden aquellos tiempos en donde distintos actores, principalmente del mundo empresarial en Chile, no solo no tenían plena conciencia del valor de las actividades propias de *Compliance*, sino que aseguraban que no estaban expuestos a riesgos reputacionales ni delitos financieros propios a estos. Según comenta Ramón Montero (20), abogado experto en *Compliance*, "... sus respuestas eran, a mí no me afecta, no lo necesito, no tengo riesgos. Sin embargo, con el tiempo y dado los casos que han ocurrido en Chile y el extranjero, relacionados con corrupción principalmente, las empresas comenzaron a tomar el peso a los temas de Cumplimiento".

(17) Nota del autor: La unidad tributaria mensual es una medida tributaria de amplio uso en Chile para efectos tributarios, por ejemplo multas, el cual se actualiza en forma permanente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o inflación.

(18) Nota del autor: se usó como referencia el artículo publicado en http://www.fcpablog.com/blog/2018/1/2/2017-fcpa-enforcement-index.html , sin duda un año particularmente intenso en la región con casos como Odebrecht y Petrobras.

(19) Nota del autor: anglicanismo ampliamente usado en Chile para la labor del encargado de prevención, localmente también es conocido como "Cumplimiento".

(20) Montero, Ramón, gerente Legal y *Compliance* en BH *Compliance*, Santiago [fecha de entrevista: 7 de abril de 2018].

No olvidemos que uno de los efectos más relevantes, como ya indicamos, fue la modificación al ordenamiento jurídico vigente, en donde a contar de la aprobación de la ley, una persona jurídica efectivamente puede ser procesada penalmente y hallada responsable por la falta de la debida diligencia en su deber de dirección y supervisión. Esta modificación es clave porque apunta al establecimiento de un sistema de prevención con anterioridad a la comisión de los delitos al interior de las empresas. Es decir, requiere que las personas jurídicas se valgan de principios de autorregulación para armonizar las necesidades del negocio con los crecientes, variados y constantes riesgos a los cuales todas las empresas se exponen.

Es posible entonces afirmar que este es el trasfondo elemental de la norma, la intención del legislador y sin duda, el compromiso del gobierno de Chile durante su solicitud de ingreso a la OCDE. Las empresas pueden llegar a ser entes delictuales que impacten profundamente bienes colectivos jurídicamente protegidos generando desconfianzas en el sistema económico, judicial y político imperante; las malas prácticas empresariales afectan el ciclo de la distribución del ingreso, también de las inversiones, restringe los negocios, distorsiona el rol del Estado y desvía fondos estatales principalmente, por lo que claramente, la consecuencia es el establecimiento de una cultura de hacer bien las cosas, de integridad y de cero tolerancia hacia malas prácticas que otrora fueran comunes.

Tal como expresa Rafael Collado, Director de *Compliance* en Ferrada & Nehme (21) "...parece que el impacto más visible de esta norma ha sido el paulatino esparcimiento en el mundo de la empresa nacional, de la cultura del compliance. Entiendo por este concepto, el conjunto de actividades empresariales que se han incorporado a la gestión diaria de las empresas. Esfuerzos normativos, como los Códigos de Ética, Guías de Comportamiento, Decálogos de valores, son hoy una realidad que hace unos 10 años eran más bien esporádicos, o bien no tenían la relevancia que la ley 20.393. A estos esfuerzos, se suman las novedosas incorporaciones de canales de denuncia y gerencias de cumplimiento. Estas instituciones no existían hace 10 años atrás, o bien tenían un sentido diferente. A 10 años de vigencia de esta norma, resulta la excepción entre las empresas de gran tamaño la que no cuenta con alguna manifestación de estas instituciones...".

Por cierto, en Chile esta realidad pone encima de la mesa otro interesante aspecto y es la evolución de lo que podemos llamar el oficio del profesional de cumplimiento. Si hace unos años localmente era una función que podía confundirse con otras áreas de control, por ejemplo auditoría interna o fiscalía, claramente hoy tiene su lugar en las estructuras organizacionales preocupadas de temas de *compliance*.

Hoy es una función mucho más estratégica, alineada con el negocio, de permanente asesoría y acompañamiento de tipo proactivo más que reactivo, el cual requiere particulares habilidades tanto técnicas como blandas para transmitir no solo mensajes de integridad al interior de las empresas sino monitorear el cumplimiento —o las fallas— de estos. También la paulatina ampliación de las áreas de responsabilidad de esta profesión, con otros tópicos relevantes al quehacer de cualquier empresa, por ejemplo seguridad de la información, sanciones comerciales, libre competencia, medio ambiente o normativas especificas por industria que así lo requieren. Inclusive otras instancias se hacen eco de esta expansión como estudios jurídicos con abogados expertos en *compliance,* programas de estudios académicos ahora dedicados a la materia, empresas dedicadas a la certificación, inclusive, en las universidades en distintas escuelas de pregrado ya se están discutiendo materias relacionados a la responsabilidad penal, cumplimiento normativo, prevención de delitos, solo por mencionar algunos.

Estas manifestaciones traen consigo además oportunidades, no solo al mundo empresarial sino también al normativo. La ampliación del catálogo inicial de delitos con la incorporación de la receptación (22) es un claro ejemplo. No obstante se discute permanentemente el desafío de ampliar estos toda vez que la discusión

(21) Collado, Rafael, director de *Compliance* en Ferrada Nehme, Santiago [fecha de entrevista: 7 de abril de 2018].

(22) Ver nota 1.

está sobre la mesa, como indica Rafael Collado "...con el cuidado inicial, existen realidades comerciales que hacen necesaria la expansión. Si bien hay varios proyectos de ley, me parece que aun los temas centrales de las empresas están fuera, como el resto de los delitos funcionarios en lo que podríamos llamar el sector de la contratación pública (si bien está el cohecho, me parece que otros delitos como malversación de caudales públicos, fraude al fisco, negociación incompatible), podrían incorporarse. Lo mismo puede decirse respecto de los delitos tributarios, que hoy sólo ingresan parcialmente por la ley de lavado de activos. En todos estos casos, el factor común, es que la entidad finalmente favorecida por estos actos es una empresa".

En otro orden de consideraciones, cabe destacar a modo de repercusión de la LRPPJ, el reconocimiento internacional en estas materias. Chile fue el primer país en la región en promulgar la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas, posicionándolo, como lo señala Ramón Montero, como "...referente a nivel regional en temas de cumplimiento y prevención de delitos como la corrupción o el lavado de activos". Además, claramente el efecto posterior a la entrada en vigencia de la ley, con la incorporación a la OCDE como país miembro mejorando la posición de Chile en el contexto internacional.

Como en todo orden de cosas, también existe un matiz menos brillante pero que conviene indicar, dado que son espacios de mejoras en estas materias para los distintos agentes involucrados. En lo concreto, la aplicación de la ley sigue siendo objeto de revisiones como lo indica el último informe de la OCDE (23). Al respecto, cabe mencionar que falta progresar en las medidas adecuadas para asegurar que las empresas certificadoras están acreditadas en materias de anticorrupción corporativas así como la identificación y estandarización de la metodología que estas deben aplicar. No obstante debemos indicar que esta observación no ha impactado en nada el registro de empresas certificadas, muy por el contrario, solo a modo de ejemplo, como nos señaló Ramón Montero de BH *Compliance*, empresa certificadora, pasaron de treinta por año en 2012 a más de 200 personas jurídicas certificadas anualmente en la actualidad (24); esto no hace sino confirmar una tendencia e interés al alza.

También, en materia de mejoras, se advierte en el mismo informe que en nuestro país no se requiere que otros agentes externos a las personas jurídicas, como abogados, contadores o auditores externos envíen reportes de operaciones sospechosas a las autoridades en materias de prevención de lavado de activos (25), lo que eventualmente deberá analizarse.

En la actualidad varios casos están siendo investigados. Relevantes empresas del mercado nacional se encuentran formalizadas por el Ministerio Públicas y es posible prever nuevas formalizaciones en un futuro cercano. Solo por mencionar algunos casos emblemáticos —no es el objetivo de este trabajo el análisis de casos en detalle— tenemos el caso *Ceresita* en 2013, una conocida empresa de fabricación de pinturas en Chile, la cual fue investigada por soborno y llegó a un acuerdo con la Fiscalía para una suspensión condicional del procedimiento, incluyendo un pago equivalente a USMM$ 2.5 (aproximado) como medida compensatoria mediante la construcción de parques, embellecimiento de espacios públicos y otros proyectos de infraestructura, beneficiando a la comunidad en donde tenía presencia la compañía al momento de la comisión del delito.

Por el contrario, es decir, sin suspensión condicional del procedimiento sino con una condena bajo las penas indicadas por la ley, podemos referirnos a Salmones Colbún (2013), empresa del rubro salmonero, que fue acusada de delitos de cohecho, falsificación y uso malicioso de documento público entre otros, en beneficio de la persona jurídica. La multa efectiva fue de 500 UTM (26) (unidades tributarias mensuales) y la pérdida del 40% de beneficios fiscales

(23) OECD, *Chile: Follow up to the Phase 3 Report & Recommendations,* 2016, p. 4.

(24) Montero, Ramón, gerente Legal y *Compliance* en BH *Compliance*, Santiago [Fecha de entrevista: 7 de abril de 2018].

(25) OECD, *Chile*: *Follow up to the Phase 3 Report & Recommendations,* 2016, p. 5.

(26) Nota del autor: ver nota 23. Valores aproximados en USD$39 mil al 30 de marzo de 2018.

así como la imposibilidad de celebrar contratos con el Estado hasta por 3 años.

Otros nombres locales se suman a esta lista, solo por mencionar algunos, Sociedad de Áridos Maggi Ltda. en el año 2014, Empresa Constructora Pehuenche en el año 2015 y Universidad del Mar en el año 2016 (27). Más recientemente —y más mediáticos aún, que dude cabe—, reconocidas empresas en Chile están siendo investigadas desde la arista penal por el financiamiento a campañas políticas a través de documentos, boletas u otro instrumento ideológicamente falso, así como soborno a funcionario público. Nos referimos especialmente a los casos *Penta* (28) y *Corpesca* (29), los cuales se encuentran siendo investigados actualmente por el Ministerio Público.

A modo de reflexión y como corolario, observamos una madurez en cuanto a la implementación de la ley en Chile, su efecto en las empresas, en los variados agentes partícipes adyacentes a esta y especialmente en la sociedad civil, al permitir abrir la discusión sobre estos temas en cuanto a las responsabilidades y roles que las personas jurídicas tienen como agentes económicos relevantes en la sociedad. Esta simbiosis participativa, entre sociedad y empresa, debe regular el rol que la última tiene como uno de los actores principales en la economía moderna.

No basta solo una gran estrategia de negocios o crecimiento que impulse a las empresas a progresar unido a las libertades del mercado en el cual operan, sino que debe además alinearse, como lo hemos mencionado repetidas veces en este documento, con principios de autorregulación, los cuales no solo buscan normar sino también proteger a la empresa y a sus empleados. Por cierto, en ese sentido la ley 20.393, busca que las "empresas se protejan adoptando e implementando modelos de gestión o de organización que identifiquen los riesgos asociados" (30) a la comisión de delitos financieros que finalmente al verse impactado por ellos socavan las confianzas del mercado.

En el Chile actual, esta ley en conjunto con otras iniciativas relacionadas, además de reforzar el rol de la alta administración en las empresas, sin duda ha acelerado la toma de conciencia en materias de prevención de delitos y también, mayor ojo crítico cuando estos, los delitos, acontecen al interior de las empresas. El nivel de tolerancia es cada vez más bajo, pero esto es entendible, puesto que las expectativas públicas son más altas hacia las personas jurídicas en torno a la conducta que éstas debieran

(27) Agnic, Tamaya y Sierra, Susana, *Corrupción a la Carta,* Ediciones B Chile S.A, Santiago, 2017, p. 62.

(28) El *Caso Penta* es uno de los casos más recientes de escándalos financieros en Chile contra el Grupo Penta, un importante holding financiero. El escándalo cobró relevancia por el involucramiento de connotados políticos, en su mayoría vinculados a la derecha en Chile, así como el financiamiento a campañas políticas por parte de ejecutivos del Grupo Penta a través del ahora famoso término "boletas ideológicamente falsas" utilizado durante la investigación. Esto quiso decir que si bien, estas boletas, habían sido emitidas conforme a la ley, la justificación detrás de estas era falsa. Otras situaciones se pesquisaron en la investigación como el uso de contratos forwards para alterar los resultados financieros con el fin de obtener beneficios tributarios inexistentes, sobre bases falsas así como además pagos a funcionarios de gobierno en ejercicio. Actualmente el caso se encuentra en la fase final de la investigación por los delitos de cohecho, soborno y delitos tributarios. Este caso además generó una arista distinta desde la cual también se destapó otro caso nuevo conocido también como el caso *SQM, Sociedad Química y Minera de Chile*, empresa minera privada en Chile actualmente en fase final de investigación por casos de corrupción a través de financiamiento de campañas políticas Por cierto, vale la pena destacar que SQM debió pagar en febrero de 2017 en los Estados Unidos (transa en la NYSE ADR´s razón por la cual se encuentra expuesta a la fiscalización del Departamento de Justicia norteamericano), por la misma causa, una multa por US$30.5 millones de dólares por financiamiento irregular a campañas políticas en Chile a través de boletas y facturas ideológicamente falsas, en clara violación a la US FCPA o *Foreign Corrupt Practice Act*. Aquí vale la pena recordar la extraterritorialidad de las leyes en este tipo de delitos.

(29) El *Caso Corpesca* es un caso por corrupción en Chile por pagos ejecutados por Corpesca, empresa pesquera, a personas políticamente expuestas para influenciar en los votos en torno a la ley de pesca. Una de las personas políticamente expuestas involucradas es el ahora ex senador Jaime Orpis quien es acusado de recibir sobornos por beneficiarse de CLPMM$230 (aproximadamente USM$380) a cambio de un voto favorable a la de ley pesca ya señalada. La investigación de este caso también se encuentra en curso.

(30) Agnic, Tamaya y Sierra, Susana, *Corrupción a la Carta,* Ediciones B Chile S.A, Santiago, 2017, p. 63.

tener, especialmente si su actuar tiene efectos en bienes colectivos jurídicamente protegidos. La adecuada implementación de estos modelos no solo protege a las empresas sino que mejora su posicionamiento frente a un amplio abanico de terceros: proveedores, inversionistas, comunidades, clientes, socios comerciales, solo por mencionar algunos. Hoy ya no es extraño en Chile, entre empresas referirse e inclusive solicitar información en forma preliminar sobre estas materias en distintos ámbitos (*i.e.* licitaciones, acuerdos comerciales, transacciones, etc.), generando además ventajas competitivas atractivas.

Para finalizar, no está de más recordar que desde un punto de vista de la ética empresarial, el actuar de la empresa económica como entidad partícipe de la sociedad en la cual está inserta, debe tender al bien común de la misma. Como indica Juan Carlos Fernández Duarte al respecto, "...el bien común es una buena manera de insertar nuevamente la libertad moral dentro de esa nueva iniciativa empresarial que necesita la sociedad (31)". No podemos soslayar la incidencia de las conductas delictuales de aquellas, las empresas, sobre este, el bien común. No solo impacta la confianza de la comunidad y distorsiona los valores instituidos en esta, sino afecta la economía del país, el desarrollo económico y por cierto, en ocasiones hasta el bolsillo de cada uno de nosotros.

Es por ello que, más allá del cumplimiento de la ley, las empresas están llamadas a ir mucho más adelante en términos de iniciativas, cultura organizacional, integridad y educación, lo cual no hará sino fortalecer la reputación de estas, cimentar relaciones a largo plazo con actores relevantes y, por cierto cumplir con el espíritu de la norma.

El tema sin duda se abrió para la discusión y es este uno de los efectos de la ley.

---

(31) Fernández Duarte, José C., "El bien común como finalidad de la Empresa", Instituto Empresa y Humanismo, Universidad de Navarra, Pamplona, 2009, p. 93.

THOMSON REUTERS
LA LEY

▷ PRÓXIMA APARICIÓN

TRATADO DE COMPLIANCE

Directores: **Raúl R. Saccani**
Gustavo L. Morales Oliver

La obra más actualizada y completa sobre compliance en habla hispana, realizada por destacados autores: profesionales *in-house*, asesores externos, profesores universitarios, periodistas, ex funcionarios públicos, líderes de ONGs globales y cámaras empresariales.

Una obra de consulta permanente para los profesionales de *compliance* que busquen acercarse tanto desde un enfoque dogmático como práctico.

2 tomos + *ebook*

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síganos en: ThomsonReutersLaLey • @TRLaLey ThomsonReutersLatam

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE MAYO DE 2018
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA