

Poder Ciudadano

Corrupción y Transparencia Informe 2014



**Poder
Ciudadano**

Capítulo Argentino de Transparency International



Capítulo V

“El Sector Privado en la prevención de la corrupción. Reflexiones a la luz del anteproyecto de reforma del Código Penal.”

*Fernando Basch**



1. Introducción



En febrero de 2014, una comisión creada por el Poder Ejecutivo Nacional presentó a la presidenta un Proyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal (en adelante “el proyecto”, o “la reforma”).¹ Sus principales objetivos son unificar, armonizar y actualizar la legislación penal a la luz de los nuevos estándares aplicables –de derechos humanos, culturales, semánticos–.

El proyecto incorpora como principio general –aunque para un número cerrado de delitos; no para todos– la responsabilidad penal de las

* Esta contribución se apoya en dos trabajos previos: “How has the private sector reacted to the international standard against transnational bribery? Evidence from corporate anticorruption compliance programs in Argentina”, publicado en coautoría con Guillermo Jorge (Basch; Jorge, 2013) y “La reforma al Código Penal en Argentina: su impacto en las empresas, en sus directivos y en la reputación corporativa” (Abiad; Basch; Jorge, 2014).

1. La comisión fue creada por el Decreto 678/12. Su composición fue plural en lo político, pero homogénea en afiliación a una concepción liberal del derecho penal. Sus miembros fueron Eugenio Raúl Zaffaroni (quien actuó como Presidente), Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, María Elena Barbagelata y León Arslanián.



personas jurídicas.² Convierte así en regla lo que hasta ahora el sistema jurídico argentino había incorporado de forma excepcional y dispersa, casi como anomalía emergente de necesidades específicas de combate a la criminalidad y resultante de decisiones político-criminales aisladas y poco reflexionadas.

Esta breve contribución analiza las normas proyectadas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y reflexiona acerca del impacto que podrían producir, particularmente, en el involucramiento del sector privado en la prevención y la persecución de la corrupción.

Si bien la reforma aún no ha sido debatida a nivel legislativo y su promoción parece al menos haberse desacelerado, posiblemente sea tratada por el Congreso de la Nación en un futuro próximo.³ Aun en el caso de que ello no ocurra, constituirá un antecedente relevante para la adopción de un sistema integral de responsabilidad penal de personas jurídicas que, siguiendo la tendencia global, tarde o temprano habrá de incorporarse.

2. Responsabilidad penal de empresas y comportamiento corporativo

El establecimiento de procedimientos de atribución de responsabilidad y sanción penal a empresas puede estar fundado principalmente en tres razones.

La primera es puramente expresiva del deseo emotivo-retributivo de sancionar al ente que produjo un daño, aun en ausencia de responsabilidad subjetiva: sanciono a una entidad aun cuando –o mejor dicho *porque*– no hay motivos para sancionar a ninguno de los individuos que la integran/dirigen –reacción asimilada por sus críticos a la sanción de animales u

2. Proyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal, Art. 4.2: “Este Código se aplicará a los hechos cometidos por mayores de diez y ocho años y a los hechos imputables a personas jurídicas...”. Art. 59: “...las personas jurídicas privadas son responsables (...) por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas”.

3. Luego de su presentación ante el Poder Ejecutivo, el proyecto fue debatido en universidades y demás organizaciones de todo el país. Según informaciones publicadas en los últimos tiempos, tras haber recibido múltiples observaciones, la Comisión prevé introducir modificaciones y hacer una nueva presentación para su envío al poder legislativo entre fines de 2014 y principios de 2015. Cf. Télam (2014) y Diario BAE (2014).

objetos inanimados—. ⁴ Una variante de este fundamento consiste en justificar la responsabilidad de la entidad porque la responsabilidad individual sola no alcanza a cubrir el costo total del daño producido por el delito; por ejemplo cuando el individuo responsable carece de bienes suficientes para hacer frente a la multa proporcional al daño.

La segunda, instrumental, es la estrategia político-criminal de utilizar la sanción de la empresa como vehículo para la sanción de individuos. Imponer la responsabilidad de la empresa por todo delito cometido en el marco de sus actividades –independientemente de que los haya impulsado, tolerado o intentado evitar: *strict liability* o responsabilidad estricta– induce a la empresa a monitorear y sancionar ella misma las actividades irregulares que tienen lugar en su seno, lográndose mayor efectividad –es más fácil para la empresa que para el Estado detectar dichos incumplimientos– y reduciéndose los costos del monitoreo y del ejercicio de la acción penal pública. ⁵

La tercera razón posible, que puede pensarse con independencia o de forma complementaria a la anterior –en su caso morigerando el sistema de responsabilidad estricta–, es la estrategia político-criminal de incentivar no sólo el control y la sanción interna de los individuos infractores, sino también la implementación de políticas corporativas preventivas y la cooperación con las autoridades, de manera que las compañías no sólo se preocupen por que ningún individuo en el marco de sus actividades delinca, sino especialmente por ordenar los procesos corporativos de manera que no produzcan daño –con o sin responsabilidad individual–. ⁶

La responsabilidad penal de las empresas se ha consolidado al menos desde principios del siglo XX en el mundo anglosajón. ⁷ El modelo norteamericano de persecución penal de compañías –y hace algunos

4. Alschuler (2009).

5. Arlen; Kraakman (1997).

6. *Ibíd.*

7. En los Estados Unidos, la responsabilidad penal de las empresas ha sido aceptada desde el precedente de la Corte Suprema “New York Central R. CO v. United States”, 212 U. S. 481 (1909). Ver Alschuler (2009), op. cit. En el Reino Unido comenzó a aplicarse de forma consistente desde 1846 luego de la decisión de la Cámara de los Lores en “The Queen v. Great North of England Railway Co”, US Eng. Rep. 1294 (Q.B. 1846).

años también el británico, aunque sea parcialmente en materia de delitos de corrupción— descansa en la tercera de las justificaciones presentadas. Apoyado sobre una tradición jurídica amigable a la negociación entre imputados y autoridades estatales en los procesos de atribución de responsabilidades y determinación de las penas,⁸ busca transferir al sector privado responsabilidades en la detección y la investigación de los delitos y lograr mayor eficacia gracias a la colaboración en la persecución de las propias compañías que incurrieron en actividades delictivas.

¿Cómo se logra tal objetivo? A través del garrote y la zanahoria. La estructura de incentivos está construida por la amenaza de fuertes sanciones penales y el ofrecimiento de suspender o incluso excluir la persecución —mediante acuerdos de persecución diferida o de no persecución— y/o mitigar la responsabilidad —y atenuar las sanciones— en caso de que la compañía colabore con las autoridades —principalmente a través del reportes de actividades delictivas— y/o haga comprobados esfuerzos por prevenir el delito y actuar en su investigación y remediación —*compliance programs*, o programas de cumplimiento—.

En el contexto del combate a la corrupción transnacional, el modelo federal norteamericano hace pie sobre la legislación anti-soborno (*Foreign Corrupt Practices Act*. Ley contra Prácticas Corruptas en el Extranjero, en adelante FCPA),⁹ los principios para la persecución de organizaciones de negocios del Departamento de Justicia (*DOJ Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*)¹⁰ y la Guía para la determinación de la pena de corporaciones (*US Federal Sentencing Guidelines for Organizations*).¹¹ La FCPA conmina con altas sanciones civiles y penales el soborno de funcionarios públicos extranjeros, pero también violaciones a los deberes internos de vigilancia y de conservación de registros contables adecuados, mientras que los principios para la persecución de organizaciones de negocios otorgan discrecionalidad a los fiscales para decidir la suspensión de la persecución e incluso la no persecución de empresas en caso de colaboración y/o realización de esfuerzos preventivos y remedia-

8. Langbein (1979).

9. Cf. FCPA (2012).

10. Cf. US DOJ (2008).

11. Cf. US Sentencing Commission (1991).

les. La Guía para la determinación de la pena de corporaciones, por su parte, computa dicho tipo de comportamiento como factor determinante de la reducción de las sanciones aplicables.

En los últimos años, al impulso de la FCPA se sumó el de otras legislaciones nacionales que implementan la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales,¹² que tomó a la ley norteamericana como modelo. Estas legislaciones incorporan principios jurisdiccionales amplios que buscan hacer tan caro para una compañía pagar sobornos en su país de origen como en otros países (sea a través de subsidiarias, filiales o meramente de distribuidores o proveedores, por sólo poner un par de ejemplos).¹³ El estándar de la Convención de la OCDE no exige la conminación de sanciones penales contra el soborno, pero sí la de sanciones proporcionales al daño, efectivas y disuasorias.¹⁴

El incremental uso de sanciones punitivas robustas –sean penales o administrativas– contra personas jurídicas por corrupción –como también por lavado de activos, delitos financieros, conductas monopólicas o colusivas, de contaminación ambiental u otras violaciones a derechos fundamentales– es un escenario cada vez más usual no sólo en Norteamérica y Europa,¹⁵ sino también en Latinoamérica (véanse los casos de Colombia,¹⁶ Chile¹⁷ o Brasil¹⁸). En todos los supuestos, los regímenes jurídicos ofrecen

12. Cf. OCDE ([1997]2010).

13. Acerca de estas legislaciones y los procesos –en muchos casos multijurisdiccionales– a los cuales dan lugar, Cf. Spahn (2012).

14. Art. 3 de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

15. No sólo en el Reino Unido. En España, por ejemplo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue incorporada a través de la reforma al Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/10, para un amplio catálogo de delitos.

16. Ley 1.474/11, aplicable a delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público.

17. Ley 20.393/09, aplicable a los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

18. Ley 9.605/98, aplicable a delitos ambientales y Ley 12.846/13. Esta última es una nueva Ley Anticorrupción. Entró en vigencia en enero de 2014 y prevé responsabilidad administrativa y civil de las compañías, pero estableciendo sanciones de naturaleza similar a las de índole penal (e igualmente severas).

flexibilidad a las autoridades de persecución y/o jurisdiccionales para favorecer –a través de formas de tratamiento preferenciales– actividades privadas preventivas y cooperativas.¹⁹

Estos sistemas normativos han hecho que las empresas se preocupen por el establecimiento de programas de cumplimiento regulatorio dirigidos a reducir los riesgos de incurrir en responsabilidad y a colaborar con las autoridades en caso de que dichos riesgos se concreten. Desarrollados por cada compañía pero moldeados tanto por las autoridades de aplicación de las legislaciones anti-soborno transnacionales²⁰ como por organizaciones internacionales²¹ e iniciativas sectoriales,²² estos programas procuran prevenir la comisión de delitos a través del análisis de riesgos y la definición de políticas, reglas y procedimientos internos ajustados a dichos riesgos, el establecimiento de esquemas de incentivos dirigidos a neutralizar y sancionar los actos impropios y a recompensar su denuncia, y entre otras cosas, la capacitación y la comunicación de una cultura organizacional de apego a la ley.

En Argentina, como en otros países latinoamericanos que han seguido la tradición jurídica de la Europa continental, se ha disputado la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas –y en consecuencia la posibilidad de atribuirles responsabilidad y sancionarlas penalmente, aun cuando nunca se discutió su responsabilidad administrativa y civil–. La responsabilidad penal de las empresas estuvo consecuentemente excluida del sistema legal argentino hasta hace algunos años, cuando fue incorporándose de forma gradual para ciertos delitos²³ –aunque sigue es-

19. Sobre este tema, ver Capítulo 4 en este Informe.

20. En los últimos años, los reguladores anglosajones han publicado guías que señalan en detalle qué esperan de las compañías para favorecerlas con mitigaciones de responsabilidad o limitaciones a la persecución, tales como *FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission* y United Kingdom Ministry of Justice, *Bribery Act 2010: Guidance to help commercial organisations prevent bribery*.

21. Cf. OCDE (2010b) y OCDE; UNODC; The World Bank (2013).

22. Por ejemplo, The ICC Anti-corruption Clause (ICC, 2012) y Global Principles for Countering Corruption (World Economic Forum, 2004).

23. En Argentina, las compañías pueden ser responsabilizadas por los delitos en lo penal cam-
biario -Ley 19.359/95-, aquellos previstos en la Ley de Abastecimiento -20.680/74-, delitos

tando bajo discusión si se trata de regímenes especiales de responsabilidad penal o de meras sanciones administrativas que la ley habilita a aplicar a jueces penales—. ²⁴ El cohecho y los demás delitos de corrupción no están dentro de dicho grupo, razón por la cual el Grupo de Trabajo de la OCDE contra el soborno transnacional instó al país a incorporar un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas. ²⁵

La comisión de expertos que elaboró el proyecto del nuevo Código Penal se desentendió de los fundamentos de la incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas como regla general. ²⁶ Sin embargo, este principio —y las normas que lo acompañan con relación a las sanciones aplicables y las condiciones y criterios para su determinación— junto con la introducción de criterios de oportunidad en materia de ejercicio de la acción pública, que otorgan al Ministerio Público la posibilidad de no promoverla o desistirla en ciertos casos, pueden leerse como un nuevo paso de nuestro régimen jurídico en dirección a su compatibilización con estándares internacionales, ²⁷ y más concretamente en el camino de dar al

contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —Ley 24.241/93—, delitos aduaneros —Ley 22.415/81—, delitos en lo penal tributario —Ley 24.769/97—, contra la libre competencia —Ley 25.156/99—, y, finalmente, los delitos contra el orden económico y financiero —entre ellos el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros cometidos en los mercados de capitales, como el *insider trading* y la manipulación de mercado—.

24. Cf. al respecto, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario”, sentencia del 30 de mayo de 2006.

25. OCDE (2010).

26. La exposición de motivos del Anteproyecto es algo críptica al respecto: “La Comisión no puede ocultar las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de éstas (...). No es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva (...) se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal. (...) ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal, dejando abierta la discusión en el plano doctrinario y, en el político-criminal, al mejor criterio de decisión de los Poderes que legislan”.

27. En los últimos años, nuestro país ha sancionado distintas normas dirigidas al cumplimiento de estándares internacionales en la persecución del delito económico transnacional, en particular a requerimiento del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Soborno Transnacional. Entre ellas se encuentra la

sector privado un rol más activo en la prevención y en la colaboración con la persecución de los delitos. De su análisis se ocupa la siguiente sección.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal²⁸

El proyecto de Código Penal incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un importante número de delitos, incluyendo los de corrupción (cohecho, tráfico de influencias y demás delitos contra la Administración Pública –Título XV–).²⁹

En su Parte General establece que “las personas jurídicas privadas son responsables (...) por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas” (Art. 59).

responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos contra el orden económico y financiero (y la incorporación de este nuevo capítulo del Código Penal en general, modificando la regulación del lavado de activos e introduciendo los tipos penales de financiamiento del terrorismo y otros crímenes financieros como el *insider trading* y la manipulación de mercado), la incorporación de la confiscación del producto –ya no sólo de los instrumentos del delito y del comiso sin condena–, y la incorporación del tipo penal de soborno transnacional (Art. 258 bis del Código Penal).

28. Sobre este tema, ver Caso 4 en este Informe.

29. En la Parte Especial del Anteproyecto de reforma se prevé que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas por delitos contra el orden económico y financiero (que se amplían con relación a los actualmente previstos, incorporando y *aggiornando* tipos penales hoy dispersos en leyes especiales como los de contrabando y desabastecimiento, delitos contra el control de divisas -hoy en el Régimen Penal Cambiario- o la distorsión de la competencia; y creando otros como el cohecho financiero activo –(Art. 178 inc.2)-, delitos contra la humanidad (Art. 73 inc.4), algunos delitos contra la libertad individual como la reducción a servidumbre (Art. 105) y la trata de personas (Art. 111); el delito de contrataciones y condiciones laborales ilegales (Art. 114); todos los delitos contra el patrimonio –actualmente denominados delitos contra la propiedad– (Art. 163); algunos delitos contra la seguridad pública (Art. 184.8) y contra la seguridad de la nación (Art. 224 y 225), y los delitos contra el ambiente, la fauna y la flora, como el nuevo delito de contaminación (Art. 204).

En contra de lo que pudo haberse sospechado, el Anteproyecto no prevé ningún tipo penal genérico de soborno entre privados (*commercial bribery*), cuya tipificación es recomendada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Art. 21), de la cual Argentina es parte. Las únicas conductas de soborno entre privados que la iniciativa recoge son aquellas que puedan producirse en el marco de las operaciones de los mercados de capitales (cohecho financiero).

La norma proyectada especifica que la responsabilidad de la empresa subsiste incluso “cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en (su) representación (...) si (la persona jurídica) hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita” (Art. 59 inc.2), y también “cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica (...) si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión” (Art. 59 inc.3).

Así, “(l)a persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no generare provecho alguno para ella” (Art. 59 inc. 1), e incluso podrá ser sancionada –siempre y cuando haya podido ejercer su derecho de defensa (Art. 59 inc. 5)– en ausencia de condena individual por hechos que hubieren podido comprobarse (Art. 59 inc.4).

Es decir que de aprobarse el proyecto, empresas más grandes o más chicas, asociaciones o toda otra persona jurídica privada –aquí el Anteproyecto remite implícitamente al Art. 33 del Código Civil, que las define–³⁰ podría ser perseguida penalmente no sólo por conductas delictivas de sus órganos o representantes cometidas en su beneficio o interés, sino también por las de otros miembros de su *staff* que no hubieren sido desautorizadas por sus órganos o representantes, e incluso por las que sin beneficiarla ni ser de su interés fueran *permitidas* por la falta de dirección o supervisión de aquellos.

Las actividades de dirección y supervisión para prevenir la comisión de delitos se ubican así en el centro de la evaluación de la responsabilidad empresarial. Argentina se sumaría, así, al modelo hacia el cual están convergiendo distintas regulaciones nacionales con el objetivo de promover el diseño y la implementación de programas de cumplimiento regulatorio (este modelo atribuye responsabilidad por defectos en la organización empresarial, o por una deficiente cultura corporativa).³¹

30. Al margen de la posibilidad que se da al juez de prescindir de sanciones contra empresas pequeñas o medianas, o para evitar graves consecuencias sociales o económicas (Art. 62 inc.2 y 62 inc.3).

31. La Ley contra la Corrupción del Reino Unido (*UK Bribery Act*) adoptó este modelo en 2010, y prevé como defensa que exime de responsabilidad a la compañía la demostración de que ésta implementa “procedimientos internos adecuados” para prevenir el soborno (Art. 7).

En esta línea debe entenderse que la responsabilidad atribuida a la persona jurídica sobre la base del “incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión” –para los casos en los cuales el hecho imputado no la beneficiaba ni era de su interés–, constituida como una atribución de responsabilidad por culpa según los propios fundamentos del proyecto, no merece una sanción inferior a la que corresponde cuando la empresa obtuvo o persiguió un beneficio indebido. El sustento de la imputación no es el hecho en sí, sino el contexto organizacional que permitió que sucediera.

Sea por “dolo” –dirigir las acciones de la empresa con el objeto de delinquir– o por culpa empresaria –incumplir los deberes de deberes de dirección y supervisión sobre sus empleados–, la responsabilidad es la misma. En su caso, una mayor o menor pena puede ser decidida por el tribunal al momento de su determinación, pero no se prevé una escala distinta para los delitos empresariales culposos, como sí sucede con los delitos individuales. Esto aleja al proyecto del sistema de responsabilidad acorde a la culpabilidad que el Código Penal establece con relación a las responsabilidades individuales, y lo identifica con el modelo de persecución de empresas que comienza a converger a nivel global.

Las penas previstas para las personas jurídicas, que podrían aplicarse de manera alternativa o conjunta (Art. 61), son las siguientes (Art. 60):

- > Multas y prestaciones obligatorias de hasta la tercera parte del patrimonio neto de la entidad.
- > Suspensión del uso de patentes y marcas, de beneficios estatales, de la participación en concursos o licitaciones públicas o en registros oficiales por un plazo de hasta tres años.
- > Suspensión y clausura total o parcial de actividades, en el primer caso con un plazo máximo de un año y sólo cuando se

Acerca de la legislación española, ver Nieto Martín (2007). También Chile se ha acercado a este modelo a través de la Ley 20.393/09, que exige a las compañías la adopción de un modelo de prevención de delitos (Arts. 3 y 4). En el mismo camino va Brasil, aun con responsabilidad administrativa, no penal (Ley 12.846/13).

empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos; en el segundo por un plazo máximo de seis meses.

- > Cancelación completa de su personería jurídica, si se tratara de una organización creada directamente para cometer delitos.
- > Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa de la propia persona jurídica.

He allí el garrote. Seguidamente, zanahorias. La determinación de la pena habrá de tomar en cuenta la trascendencia social y la gravedad del delito cometido, pero también el grado de inobservancia de las reglas y los procedimientos internos y el grado de omisión de vigilancia de la compañía sobre quienes hayan cometido el delito, así como la cooperación ofrecida por la persona jurídica en el esclarecimiento del hecho y su disposición espontánea para reparar el daño o resolver el conflicto (Art. 62 inc.1).³²

A los factores atenuantes de la responsabilidad se suma la introducción de criterios de oportunidad para la persecución, un giro trascendente en nuestra política criminal, hoy impedido por el principio de legalidad procesal, u oficialidad, previsto en el Art. 71 del Código Penal vigente, que dispone que “deberán iniciarse de oficio todas” las acciones penales.³³ Dichos criterios han sido introducidos tanto en la reforma penal como en el proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación –en debate

32. En la parte general, el proyecto de reforma también establece, como regla general, que funcionarán como circunstancias atenuantes de la pena “[h]aberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito”, “el comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele [la] disposición [del imputado] a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto” y “[l]a cooperación en el esclarecimiento del hecho”. Si bien parecen referirse a comportamientos individuales, estas reglas generales de atenuación de la pena refuerzan las especialmente previstas para los casos de persecución de personas jurídicas, contribuyendo a incentivar el diseño y la implementación de programas preventivos y la colaboración con las autoridades de persecución.

33. Esta norma es apoyada por la conminación de pena prevista en el Art. 274 del Código para los funcionarios públicos, que debiendo perseguir y castigar a los delincuentes, omitan hacerlo.

legislativo mientras esta contribución se escribe—. Si bien ninguno de estos proyectos establece explícitamente la posibilidad de suspender o desistir de la acción sobre la base de acuerdos con las personas jurídicas perseguidas —como es de práctica por ejemplo en los Estados Unidos a través de los DPAs (*Deferred prosecution agreement*, o acuerdo de persecución diferida) y NPAs (*Non-prosecution agreement*, o acuerdo de no persecución)—, ambos contienen normas que pueden interpretarse en dicha dirección.

El proyecto de reforma del Código Penal prevé criterios de oportunidad que permitirían al Ministerio Público promover o desistir de la acción penal tratándose de hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas (Art. 42), lo cual hipotéticamente podría suceder si una empresa demostrara al Fiscal que el delito se cometió a pesar de la existencia de procedimientos internos de dirección y supervisión dirigidos a evitar el incumplimiento legal.

Por su parte, el proyecto de reforma del Código Procesal Penal exige a jueces y representantes del Ministerio Público procurar “resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (Art. 22). Esto podría significar, en persecuciones a compañías, la obtención de un compromiso de su parte de implementar procesos internos que fortalezcan la lucha contra la corrupción. El proyecto de reforma procesal penal también contempla la posibilidad de que los fiscales dispongan de la acción penal en función de determinados criterios de oportunidad. La disposición de la acción se prohíbe con relación a imputados que sean funcionarios públicos, pero no respecto de sus eventuales coimputados privados en casos de corrupción (Art. 30). Aunque dichos criterios no incluyen, al menos hasta el momento, la cooperación con las autoridades en la detección de los hechos y la atribución de responsabilidades ni la puesta en funcionamiento de programas de cumplimiento legal o regulatorio, se abre al menos una ventana para discutir estas posibilidades en el proceso —especialmente si avanzara la reforma

del Código Penal que sí ofrece dicha posibilidad—,³⁴ sin perjuicio de las posibilidades en cada caso de acordar la realización de un procedimiento abreviado (Art. 288 y ss.).

En conclusión, siguiendo el modelo anglosajón, la responsabilidad penal de las empresas promovida en el Anteproyecto de Código Penal no se deriva únicamente de lo que los gerentes o directores de la compañía hicieron, sino particularmente de lo que omitieron hacer en dirección a prevenir que su *staff* incurra en alguna actividad delictiva en nombre de la empresa. A su vez, se establecen incentivos para que las propias empresas cooperen con las autoridades públicas de persecución penal en la detección, el esclarecimiento y la resolución de los conflictos emergentes del hecho delictivo: por un lado, a la hora de determinar la pena, el tribunal debería tener en cuenta, si se aprobara el Anteproyecto, “la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto”; por otro lado, se introducen criterios de oportunidad para la disponibilidad de la acción que podrían permitir salidas negociadas para aquellas compañías que demuestren un compromiso con la prevención y remediación de la corrupción a través del establecimiento de normas, la creación de estructuras y la implementación de procedimientos anticorrupción”.

4. Conclusiones

Hasta el momento, los programas de cumplimiento regulatorio y anticorrupción en Argentina han sido incorporados principalmente por las subsidiarias o filiales de compañías multinacionales que están expuestas a eventuales investigaciones y sanciones por parte de autoridades regulatorias de los países centrales —principalmente los Estados Unidos— a través de la aplicación de principios jurisdiccionales amplios. Aunque el

34. El Art. 34 del proyecto de reforma del Código Procesal Penal prevé la posibilidad de arribar a acuerdos conciliatorios entre imputados y víctimas en casos de delitos de contenido patrimonial no violentos. Pero la exclusión del Estado de la categoría de víctima (véase la definición del Art. 78 del mismo proyecto) restringe las posibilidades de que las compañías se vean favorecidas por un acuerdo conciliatorio a aquellos en los cuales haya víctimas concretas distintas del Estado, lo cual constituye una limitación en casos de corrupción (por mucho tiempo considerado un “delito sin víctimas”).

panorama es aún variado en cuanto a si dichos programas reflejan un compromiso efectivo o cosmético en el combate a la corrupción,³⁵ lo cierto es que en general son las compañías expuestas a los sistemas de incentivos estructurados por marcos regulatorios extranjeros quienes más impulso generan en el sector privado para prevenir la corrupción.

En ausencia de un sistema de persecución penal eficaz,³⁶ las compañías argentinas que tienen incentivos para instrumentar procesos internos anticorrupción –que son complejos y costosos, pues requieren la modificación de prácticas organizacionales arraigadas– son principalmente aquellas que integran o aspiran a integrar la cadena de valor de las multinacionales –pues las normas de aplicación transnacional hacen a las multinacionales responsables por sus ilicitudes–. Aquellas que compiten con las multinacionales o que, sin hacerlo, procuran obtener ventajas competitivas derivadas del valor reputacional del *compliance* también podrían encontrar motivos para sumarse a la tendencia.

La reforma penal contiene elementos para modificar dicho mapa de situación, fomentando que más empresas se organicen de un modo tal que reduzca los riesgos de involucrarse en prácticas corruptas. Obviamente ello no sucederá en ausencia de una política criminal que transmita con convicción el mensaje de que la corrupción será perseguida y que las sanciones previstas serán aplicadas, pero el proyecto al menos ofrece herramientas para transmitir ese mensaje.

Bibliografía

Abiad, Pablo; Basch, Fernando y Jorge, Guillermo: “La reforma al Código Penal en Argentina: su impacto en las empresas, en sus directivos y en la reputación corporativa”, en *d+i Llorente & Cuenca*, Abril, 2014, disponible en <http://www.dmasillorenteycuenca.com>

35. Basch; Jorge (2013).

36. Estadísticas de hace algunos años señalaban que sólo un 3,36% de las denuncias por corrupción terminan en condena, y que los procesos penales por corrupción duran, en promedio, hasta nueve veces más que por otros delitos (CEJA, 2008).

- Adán Nieto, Martín: “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?”, en *Revista Penal*, año 0, N° 19, Buenos Aires, 2007.
- Alschuler, Albert: “Two Ways to Think about the Punishment of Corporations”, 46 *American Criminal Law Review* 1359, 2009.
- Arlen, Jennifer; Kraakman, Refier: “Controlling Corporate Misconduct: an Analysis of Corporate Liability Regimes”, en *New York University Law Review*, Vol. 72, N° 4, Nueva York, octubre de 1997, pp. 695-696.
- Basch, Fernando y Jorge, Guillermo: “How has the private sector reacted to the international standard against transnational bribery? Evidence from corporate anticorruption compliance programs in Argentina”, en *Crime, Law and Social Change, Special Issue*, julio 2013.
- Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA): *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2008.
- Diario BAE: “El Gobierno impulsará la reforma del Código Penal”, Buenos Aires, Diario BAE, 27 de octubre, 2014, disponible en <http://www.diariobae.com/notas/39030-el-gobierno-impulsara-la-reforma-del-codigo-penal.html>
- International Chamber of Commerce (ICC): *ICC Anti-corruption Clause*, ICC Commission on Corporate Responsibility and Anti-Corruption and Commission on Commercial Law and Practice, 2012.
- Langbein, John: “Understanding the Short History of Plea Bargaining”, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 544, 1979, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544
- OCDE (1997): Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, París, OCDE, 2010 disponible en http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- Argentina Phase 2 Report*, Working Group on Bribery in International Business Transactions, París, OCDE, 2010a, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/46057339.pdf>
- Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*, París, OCDE, 2010b, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>

OCDE; UNODC; The World Bank: *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*, París, OCDE, 2013, disponible en <http://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>

Spahn, Elizabeth, Multi-Jurisdictional Bribery Law Enforcement: The OECD Anti-Bribery Convention (March 15, 2012). 53 Virginia. Journal of International Law 1 (2012); New England Law, Boston Research Paper N° 13-04, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2023138>

TELAM: “A fines de febrero se presentará el proyecto definitivo del Código Penal”, Buenos Aires, Agencia TELAM, 16 de noviembre, 2014, disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201411/85509-carles-codigo-penal.html>

United Kingdom Ministry of Justice, Bribery Act 2010: “Guidance to help commercial organisations prevent bribery”, disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf

U.S. Department of Justice (DOJ); The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission: *FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, Criminal Division, Nueva York, 2012, disponible en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/>

U.S. Department of Justice (DOJ): *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, Nueva York, 2008, disponible en <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/08/28/corp-charging-guidelines.pdf>

US Sentencing Commission: *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, 1991, disponible en <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/organizational-guidelines>

World Economic Forum: *Global Principles for Countering Corruption*, Forum Partnering Against Corruption Initiative (PACI), 2004, disponible en <http://www.weforum.org/reports/global-principles-countering-corruption>