

Universidad para la Cooperación Internacional-UCI
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**Maestría en Criminología con Énfasis en Seguridad
Humana**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**El Estado y las empresas: análisis crítico de la ley
27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria Argentina**

***Una perspectiva criminológica crítica y de derechos
humanos***

Manuela Palacios Murphy

15 de julio, 2019

**UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACION
INTERNACIONAL (UCI)**

**Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la
Universidad como requisito parcial para optar al grado
de Master en Criminología con Énfasis en Seguridad
Humana**

**Carlos Manavella
PROFESOR TUTOR**

**Manuela Palacios Murphy
SUSTENTANTE**

Índice general

Índice de abreviaciones.....	II
Resumen Ejecutivo.....	III
Introducción.....	1
Capítulo I: Aspectos esenciales de Criminología	
I.- Introducción.....	4
II.- Criminología Clásica.....	5
III.- Criminología Tradicional.....	6
IV.- El funcionalismo.....	7
V.- Criminología Crítica o radical.....	9
VI.- Sociología del Control Penal.....	9
Capítulo II: Política Criminal y Populismo Punitivo	
I.- Introducción.....	12
II.- Aspectos de política criminal.....	12
III.- El populismo punitivo.....	15
Capítulo III: La responsabilidad penal de las personas jurídicas	
I.- Introducción.....	19
II.- Antecedentes normativos.....	20
III.- Debates doctrinarios.....	22
IV.- Debate parlamentario: principales fundamentos a la sanción de la ley.....	25
V.- Ley 27.401.....	28
a.- Aspectos sustanciales.....	28
b.- Aspectos procesales.....	31
c.- Acuerdo de colaboración eficaz.....	32
d.- Programa de Integridad (“Corporate Compliance”).....	33
e.- Debilidades.....	34
f.- Fortalezas.....	37
VI.- Normas Internacionales sobre la Corrupción.....	38
Capítulo VI: Empresas, Estado y Derechos Humanos	
I.- Introducción.....	41
II.- Normas Internacionales.....	42
III.- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: responsabilidad del Estado ¿y de las empresas?.....	45
IV.- Algunos casos de actividades empresariales que violan derechos humanos en Argentina.....	51
V.- Estado y Corporaciones: daño social y vulneración de derechos.....	54
Conclusión.....	60
Bibliografía.....	62
Anexos	
I.- Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	69
II.- Debate Parlamentario Cámara de Senadores.....	80
III.- Fallo Nacional “Fly Machine SRL”.....	110

Índice de abreviaciones

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CorteIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

LRPE: Ley de Responsabilidad Penal Empresaria

Resumen ejecutivo

El presente trabajo de tesis está enfocado en el análisis crítico de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria de la República Argentina.

En el ámbito del derecho penal se ha debatido y todavía existen posturas divergentes en torno a la posibilidad de imputar a un ente ideal de un hecho constitutivo de un delito. Si bien se ha escrito mucho sobre ello se pretende aquí ir más allá del análisis meramente normativo y penalista, ahondando más profundo desde una perspectiva criminológica crítica en los motivos político criminales que motivaran la sanción de la ley, y en la utilización del derecho penal como respuesta a los problemas sociales y/o globales.

En la línea antes indicada, es decir, en la selectividad de las conductas reprochadas a las personas jurídicas con la ley 27,401, se pretende ilustrar que se está dejando de lado con ello las innumerables actividades corporativas que con la complicidad, aquiescencia u omisión del Estado generan graves violaciones a los derechos humanos. Es por ello que además en el trabajo se exponen las normas y directrices vigentes respecto a las empresas, los derechos humanos y el Estado.

Para ello, se realizó una metodología de investigación de tipo documental, la cual abarca no solo la ley 27.401 y otras normas argentinas, sino doctrina y jurisprudencia internacional e interamericana, normas internacionales y publicaciones periodísticas.

Con ello, se concluye que la ley solo tiene un fin simbólico que en nada ayudará a disminuir y/o contrarrestar las consecuencias que generan las criminalidades corporativas que con las acciones, omisiones y/o aquiescencia del Estado vulnera los derechos humanos.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo principal identificar las fortalezas y debilidades de la ley de responsabilidad penal empresaria de la República Argentina a fin de determinar su utilidad desde un punto de vista de política criminal y criminológico.

La ley 27.401 ha motivado innumerables trabajos, exposiciones, libros comentados, etc., dado su importancia al establecer concretamente la responsabilidad de los entes ideales en el derecho penal. Se verá que a misma se encuentra limitada a aspectos de corrupción y delitos contra la Administración Pública, circunstancia que denota, desde un punto de vista político, cual es la limitación del daño capaz de producir por parte de las corporaciones, y el que quiere remediarse.

Sin embargo, se verá luego que las actividades empresariales, sobre todo aquellas transnacionales, violan derechos humanos constantemente y ese aspecto parece no tener visibilidad o preocupación por parte del derecho, por lo cual es necesario que la criminología, como disciplina autónoma al derecho, se ocupe de exponer estas criminalidades corporativas, que impactan enormemente en la sociedad.

La metodología de investigación del presente trabajo se basa en recopilación documental de índole bibliográfica, legislativa, jurisprudencial y periodística.

El trabajo se estructura en cuatro capítulos, donde confluyen aspectos de criminología, política criminal, derecho penal, empresas, Estado, derechos humanos y daño social.

Para ilustrar todo lo anterior, en el Capítulo I se efectuará una breve historiografía del pensamiento criminológico, a fin de enmarcar el marco teórico bajo el cual se analizarán las debilidades y fortalezas de la ley 27.401, el cual, se anticipa, se realiza desde un punto de vista crítico.

Seguidamente, en el Capítulo II se exponen los distintos aspectos de la política criminal y del llamado populismo punitivo, en razón de que los mismos serán utilizados a lo largo del trabajo y resulta necesario comprender sus alcances. De esta manera, luego, se podrá comprender con qué objetivos se

sanciona una ley que, cambiando los principios elementales del derecho penal interno, penaliza a un ente ideal.

Asimismo, una perspectiva criminológica crítica y de política criminal resultan necesarios en razón de que bajo tales aspectos se podrá determinar que la ley que penaliza la actuación de las empresas solo tiene un fin simbólico.

Adentrándonos al tema principal, en Capítulo III se desarrollarán los debates que han surgido históricamente respecto a la responsabilidad penal de una persona jurídica, y luego se expondrán los aspectos más relevantes de la ley 27.401. Se podrá visualizar cuáles han sido los fundamentos que han motivado la sanción de esta ley, y exponiendo los tratados internacionales que la Argentina forma parte se podrá concluir que no era necesario y menos, obligatorio, la utilización del derecho penal para cumplir los compromisos internacionales respecto a la lucha contra la Corrupción.

En el Capítulo IV, se pretende dar una mirada de derechos humanos, en vista a que el limitado debate respecto a la atribución de responsabilidad empresarial solo por aspectos de corrupción, limita enormemente el panorama real que expone una realidad preocupante respecto al comportamiento del binomio Estado-Corporación. Ello se ilustrará a través de diversas decisiones que se han tomado en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos (OEA) y en determinadas normas de *soft law* de las Naciones Unidas, en vista a la innegable vinculación existente entre la actividad (o inactividad) estatal y la actuación de las empresas en la vulneración a derechos humanos.

Asimismo, se expondrán algunos casos puntuales que tienen a la Argentina en la lupa por determinados casos extremadamente preocupantes que han producido innumerables muertes y afectaciones al derecho a la salud y derechos laborales que han sido expuestos ante el sistema internacional habida cuenta de la inactividad judicial para dar una solución a los afectados.

En este andarivel, se expone una mirada vinculada al daño social, a fin de que, eventualmente, se pueda analizar, desde un punto de vista de política

criminal, qué tipo de hechos son los que deberían ser sancionados, y si resulta necesario cambiar la mirada del derecho penal en este sentido.

Luego de exponer todo lo anterior, se podrá concluir que la ley de responsabilidad penal empresaria argentina es una herramienta simbólica que no contribuirá a prevenir y/o contrarrestar las consecuencias que sobre la sociedad y los derechos humanos producen las criminalidades corporativas, las cuales no se limitan a aspectos meramente económicos.

De esta manera, se podrá afirmar que la ley de responsabilidad penal empresaria argentina es una herramienta simbólica que no contribuirá a prevenir y/o contrarrestar las consecuencias que sobre la sociedad y los derechos humanos producen las nuevas criminalidades corporativas resulta verdadera.

CAPÍTULO I

Aspectos esenciales de Criminología

I.- Introducción

Uno de los principales objetos del presente trabajo es poder demarcar cuál es la función criminológica en torno a la actividad de las corporaciones, como entes capaces de producir graves daños sociales y vulneraciones a los derechos humanos.

La selectividad que históricamente ha tenido el derecho penal para escoger aquellas conductas que merecen un castigo, ha tenido que sufrir algunas transformaciones habida cuenta de las reales consecuencias dañinas que las actividades y la falta de control y supervisión de las empresas generan en la sociedad.

Cuando se sanciona en concreto una ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos preguntamos por qué resulta necesario utilizar el derecho penal y modificar todo un sistema clásico de punibilidad y si en este sentido la criminología crítica ha podido o no tener que ver con este cambio de paradigma.

Sin perjuicio de lo anterior, la criminología crítica también se pregunta si su tarea debe o no ir de la mano con esta selectividad normativa, o si por el contrario pueden, ente estas nuevas criminalidades, adoptarse medidas conducentes para prevenir el daño, más que para sancionar la producción del mismo.

En este sentido, si bien una ley que utiliza el poder punitivo para enviar un mensaje a las empresas, al sector estatal y a la sociedad respecto a la transparencia entre las relaciones estatales-corporativas, resulta en principio una gran señal como respuesta a las criminalidades corporativas, veremos si el papel de la criminología crítica debiera servir para adoptar una postura trascendiendo la normatividad indicada, en vista a otros crímenes que cometen algunas empresas con la complicidad, aquiescencia u omisión del Estado y que quedan en la impunidad.

Para ello, en el presente capítulo se expondrá la evolución que ha tenido a lo largo de la historia la disciplina, adelantando que el marco teórico con el

cual se abordará el análisis del presente trabajo parte de los postulados de la criminología crítica.

II.- Criminología Clásica

Las primeras teorías sobre el *crimen*, sobre las *penas* y el *derecho penal* surgieron en distintos países de Europa en el siglo XVIII y principios del siglo XIX a partir de la filosofía liberal clásica. Época de “pioneros” como Anselm von Feuerbach (Alemania), Cesare Beccaria (Italia), Romagnosi, Carrara, entre otros¹.

Los distintos teóricos de la llamada “Escuela Clásica” o “Criminología Clásica”, se basaron fundamentalmente en que todos los hombres son iguales, no hay nada que distinga a un hombre delincuente de aquel que no lo es. Por ello, el *crimen* es visto como una irracionalidad, alguien que en uso de su libertad fue llevado por sus pasiones y no ha sabido escoger.

Se interesaron en los modos mediante los cuales el Estado debe reaccionar frente al hecho penal (limitación de proporcionalidad entre las penas y los bienes lesionados).

Para los clásicos, el objeto de análisis no es el derecho positivo, ni el hombre delincuente o la realidad criminal, sino la *imagen* del delito y del hombre delincuente, del castigo y de la justicia, que aporta el *derecho natural* o *la razón*.² Se caracterizó por un concepto abstracto ideal y formal del delito (desligado de la realidad empírica).

El análisis de la Escuela Clásica se centra en el hecho delictivo, y deja en un segundo plano a la persona autora del mismo. El delincuente es solo el sujeto activo del delito. Carece, entonces, de una teoría “etiológica” del crimen. El crimen es *consecuencia* de un mal uso de la libertad por razones circunstanciales: como todos los hombres son libres, todos pueden potencialmente ser delincuentes. Se partía entonces, de la premisa de que el

¹ BARATTA, Alessandro (2004); “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”; Siglo Veintiuno Editores; Pág. 24.

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009); “Tratado de Criminología”, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni; Pág. 379/380.

“delincuente” es dueño y señor absoluto de sus actos. Es por ello que el crimen surge como inexplicable, un misterio o enigma.

Responde al *cuándo, cómo y por qué* se castiga el crimen, y no el *porqué* de la producción del delito. Es por ello que no tiene un análisis etiológico como se indicara anteriormente –es decir, la fundamentación, la legitimación y la delimitación del castigo-, sino más bien que pertenece, por todo lo dicho, más al ámbito de la Penología que al de la Criminología.

CARRARA, uno de sus máximos exponentes, afirmaba que: “(...) *el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico (...) El delito es un ente jurídico porque su esencia debe consistir indeclinablemente en la violación de un derecho*”³. Sin embargo, el derecho al cual hacía referencia *no era el derecho positivo, sino a una “...ley que es absoluta, porque es constitutiva del único orden posible para la humanidad, según las previsiones y la voluntad del Creador*”.⁴

III.- Criminología Tradicional

A partir de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, también en el continente europeo, aparecen las teorías positivistas y donde la Criminología se comienza a desarrollar como una disciplina autónoma. Sus principales exponentes fueron Cesare Lombroso (“El hombre delincuente”), Enrico Ferri (“Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío”, “Sociología criminal”), Raffaele Garófalo (“la Criminología”), todos ellos de la escuela positiva italiana.

La Criminología positivista se concentró sobre el hombre delincuente y provocó una revolución copernicana respecto al objeto de estudio de la Criminología clásica, ya que no tiene propiamente por objeto el delito considerado como concepto jurídico, sino al delincuente como un individuo *diverso* y, en cuanto tal, como clínicamente observable.

Para la escuela positivista, a diferencia de la clásica, el infractor es prisionero de su propia patología (determinismo biológico) o de procesos

³ BARATTA, Alessandro; “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, pág. 29.

⁴ Ídem *ut supra*.

causales ajenos al mismo (determinismo social), es entonces, un animal salvaje y peligroso.

Independientemente de lo que más se resaltara dependiendo el enfoque, biológico, antropológico, o sociológico, la concepción del “fenómeno criminal” era un dato ontológico preconstituido a la reacción social y al derecho penal, por lo cual podía estudiarse, a través de la Criminología, las causas, más allá del estudio del derecho penal y la reacción social⁵.

La principal falencia estructural del análisis positivista, radica en que su método empírico utilizado se concentra básicamente en la estadística, lo cual no permite conocer la criminalidad *real*. En Argentina, por ejemplo, la Criminología como disciplina autónoma o como hipótesis de trabajo, “(...) *quedó relegada (...) a un empleo clínico, de simple técnica clasificatoria de individuos en el campo de la administración de establecimientos penitenciarios, construyendo tipologías de sujetos más o menos peligrosos en el análisis de la población de cárceles y manicomios (...)*”⁶.

IV.- El Funcionalismo

Aparece sin embargo, en el ámbito de las teorías más sociológicas, el pensamiento de Émile Durkheim sobre el funcionalismo, continuador moderno del positivismo. Aquí se pone el acento en la conducta *social* delictiva. Es decir, “(...) *trata de definir el problema desde un punto de vista estrictamente social, dinámico y no estático (...)*”⁷. Lo más particular de esta teoría, es que se afirma que la desviación (o la criminalidad) es un fenómeno *normal* en cualquier tipo de estructura social y solo cuando se han sobrepasado determinados límites esa desviación es negativa. Es por ello entonces que los comportamientos

⁵BARATTA, Alessandro (2004); “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”; Siglo Veintiuno Editores; Pág. 34.

⁶PAVARINI, Massimo (2002); “Control y Dominación”; Siglo veintiuno editores Argentina S.A; Pág. 214.

⁷BERGALLI, Roberto y otros (1983); “El Pensamiento Criminológico I. Un análisis crítico”; Vol. I; Ed. TEMIS S.A; Pág. 20.

criminales son necesarios y útiles para el equilibrio y el desarrollo sociocultural⁸.

Se basa en el concepto de “desviación social” entendido como una desviación a una norma social. Esto ha sido considerado, desde lo metodológico y epistemológico, como un avance respecto del positivismo criminológico por cuanto pretende eliminar una concepción simple de las causas/factores en el origen de la criminalidad. Precursores de esta perspectiva produjeron una gran influencia en la Criminología positivista.

En la segunda mitad del siglo XX aparecen las teorías del marxismo, del interaccionismo simbólico (el “*labeling approach*”) y la teoría del conflicto. Todas ellas se caracterizan por considerar a la criminalidad desde un punto de vista más bien político.

En el último tiempo, la Criminología a consecuencia del Interaccionismo hizo rotar el estudio etiológico del delincuente al paradigma del estudio del *control* como forma de criminalización.⁹ Tuvo una gran repercusión en la Criminología a través de las teorías de la reacción social y del etiquetamiento. A modo de ejemplo, la última teoría mencionada se basó en considerar que la sociedad asigna fórmulas de identificación a las personas. Son las “etiquetas” que pueden ser positivas o negativas, lo cual produce la formulación de estereotipos favorables o estigmatizantes.

Lo importante de esta concepción criminológica, es que pone la atención sobre el sistema/aparato de control y se funda en el proceso de definición. El Interaccionismo cumplió un rol importante al poner en cuestión las tareas que ejerce el sistema de control de la criminalidad, suministrando elementos de juicio para determinar los intereses que están en la base de los *procesos de creación y aplicación de la ley penal*. Este desplazamiento del objeto de conocimiento criminológico representó un salto cualitativo en el desarrollo de la disciplina.

⁸ BARATTA, Alessandro (2004); “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”; Siglo Veintiuno Editores; Pág. 56/57.

⁹ BERGALLI, Roberto y otros (1983); “El Pensamiento Criminológico I. Un análisis crítico”; Vol. I; Ed. TEMIS S.A; Pág. 42/43.

Lo anterior se destaca, independientemente de que adolece de estructuras sociales objetivas, por lo cual tiende a desconocer la existencia de grupos sociales, el proceso de producción y de poder.¹⁰

V.- Criminología Crítica o Radical:

En la década de 1970, se reconoce que la Criminología no puede continuar formulándose desde una teoría del conocimiento y desde una concepción epistemológica que no se ajuste a la realidad que la disciplina debe aprehender.

El “eje” de la explicación criminológica se desplazó desde la construcción social de la realidad y la *criminalización* del comportamiento desviado, hacia la *crítica* de las desigualdades sociales y de clase en el capitalismo y al estudio del funcionamiento de los sistemas penales¹¹.

Debe entonces, entenderse que la Criminología no es una sola, sino que hay muchas “criminologías” dependiendo la posturas/teorías desarrolladas anteriormente (sumado a las distintas escuelas dentro de esas mismas teorías).

Por lo anterior es que el “objeto” de estudio de la Criminología resulta difícil de determinar, por lo cual se comienza a proponer que el estudio de la “cuestión criminal” debiera abandonar la Criminología (siempre etiológica) y ser estudiada desde otras disciplinas, como la sociología jurídico-penal.

VI.- Sociología del Control Penal

La Sociología del Control Penal, que nace principalmente de Alessandro Baratta Franco Bricola y Roberto Bergalli inició la investigación de un “nuevo” objeto de estudio que pasó a denominarse “*cuestión criminal*”. Pusieron de manifiesto que la mirada de los investigadores se desplaza del acto delictivo al proceso de criminalización, es decir, al “¿por qué?”.

¹⁰ Ídem *ut supra*; Pág. 42.

¹¹ BERNAL SARMIENTO, Camilo Ernesto y otros (2012); “Más allá de la Criminología. “Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados”; versión modificada del estudio preliminar de la obra de Wayne Morrison “Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial”; Editorial Anthropos (Morrison, [2006]); pág. 3.

Basada en los conceptos de la relatividad del delito, el paradigma de la definición y la selectividad con que opera el sistema penal, necesariamente apuntó a que el objeto de estudio de esta nueva perspectiva no pudiera desconocer al sistema penal, el cual debe necesariamente ser examinado¹².

Con lo anterior, la Sociología del Control Penal que nace a partir de la postura crítica a la Criminología tradicional, entiende que respecto de objetos que son definidos por normas jurídicas y valoraciones sociales, no puede realizarse una investigación etiológica y valorativa si antes no se efectúa una investigación acerca de los *valores e intereses* que condicionaron e incidieron en la definición de esos objetos.

Es aquí, entonces, donde se produce el desplazamiento definitivo del objeto de estudio, del delito (considerado ontológicamente) a la definición y al control del mismo.

Luego de esta ruptura epistemológica de la disciplina, se aprecian en la historia reciente dos momentos importantes en la discusión epistemológica sobre la cuestión criminal. La primera, como explican BERNAL SARMIENTO Y OTROS¹³ se da a mediados de 1980 donde un debate académico apuntó a las necesarias relaciones entre la criminología y el derecho penal y el rol que estas disciplinas debían cumplir en la investigación y eventual transformación de las formas de control punitivo presentes en las sociedades latinoamericanas.

A fines de los 80', aparece un segundo momento caracterizado, por la aparición e implementación de las propuestas político criminales de dos tendencias de la criminología crítica: el abolicionismo y el derecho penal mínimo o garantismo penal.

Finalmente, habiendo transcurrido treinta años del nacimiento de la Criminología Crítica, el incremento del daño social producido por la globalización económica originó, de la mano de Raúl Zaffaroni, Vincenzo

¹² RIVERA BEIRAS, Iñaki; "Líneas para una investigación en sociología jurídico penal"; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Universitat de Barcelona.

¹³ BERNAL SARMIENTO, Camilo Ernesto y otros (2012); "Más allá de la Criminología. "Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados"; versión modificada del estudio preliminar de la obra de Wayne Morrison "Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial"; Editorial Anthropos (Morrison, [2006]); págs. 2/3.

Ruggiero o Wayne Morrison una ampliación de una criminología crítica de carácter *global*¹⁴: la consideración de los crímenes de Estado, el genocidio y la guerra amplían *hoy* los contornos epistemológicos de la Criminología.

Es así como, ilustradas en forma breve las principales líneas criminológicas, es que aquí se tomarán aspectos de la criminología crítica, en razón de que se pretende ir más allá de la selectividad normativa de la ley de responsabilidad penal empresaria a fin de intentar exponer los valores e intereses que incidieron en su aprobación, y si en definitiva los mismos no resultan endebles, o intrascendentes cuando se aprecian graves violaciones a derechos humanos realizados por las empresas y los estados.

Asimismo, habida cuenta del carácter global de estas últimas vulneraciones, es que en definitiva tomamos como marco teórico una postura criminológica crítica, con estas dos vertientes (sociología del control penal y criminología crítica global), las cuales se estiman compatibles y no contradictorias entre sí.

¹⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki y otros; "Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos"; Pág. 5.

CAPÍTULO II

Política Criminal y Populismo Punitivo

I.- Introducción

¿Por qué un Estado decide sancionar determinadas leyes, crear nuevos tipos penales y sujetos imputables? La pregunta del porqué, los *motivos* que llevaron a la Argentina a sancionar la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta de especial relevancia. Ello así por cuanto no es lo mismo sancionar normas penales en función de la prevención, en función de las obligaciones internacionales del Estado, del “reclamo social”, en función de determinados discursos político-mediáticos cuya finalidad radica en la acaparamiento de votos de la ciudadanía, y con ello, brindar una imagen de transparencia y lucha contra la impunidad, o bien, utilizar al derecho penal como solucionador de los problemas sociales.

Si bien en otro capítulo se abordarán los fundamentos que motivaran la sanción de la ley 27.401 (o bien, aquellos que fueron verbalizados por los parlamentarios al momento de debatir la misma), aquí se pretende desarrollar, para una mejor claridad conceptual cuando se utilicen los términos, qué se entenderá por *política criminal* y a qué se hará referencia, luego, cuando hablamos de *populismo punitivo*.

II.- Aspectos de política criminal

Podemos decir que la realidad social de un Estado es determinante en el diseño de la política criminal del mismo, por diversas circunstancias. Franz von Liszt creó la política criminal como disciplina científica y la concibió como el conjunto de criterios determinantes de una “lucha eficaz contra el delito”. (op. Cit. Derecho Penal, Cecilia Sánchez).

Un concepto más moderno define la política criminal como la política estatal que desarrolla el conjunto de instrumentos idóneos para la prevención

de la criminalidad, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también social, a partir de los valores democráticos que rijan la sociedad¹⁵.

Debe tenerse en cuenta que para comprender el papel que juega la realidad social en el diseño de la política criminal, debe realizarse una consideración respecto al *significado* de “política criminal”, ya que su concepto es complejo y varía de acuerdo al modelo criminológico que se adopte, por ello la importancia de comprender las distintas vertientes criminológicas que fueran abordadas en el capítulo anterior.

En este sentido, conforme lo señala BARATTA, partiendo de un modelo de criminología administrativa, se aplica únicamente al *control* de la criminalidad. En cambio, en los modelos de la criminología etiológica, la política criminal se extiende también a las *consecuencias* de la criminalidad.¹⁶

El concepto se amplía aún más en los modelos de la criminología crítica, donde se efectúa una aplicación práctica de los paradigmas del “etiquetamiento” y el “control social” extendiendo así la finalidad del control a sus *consecuencias*¹⁷.

Para ALBERTO BINDER, la política criminal es una forma de violencia estatal organizada y para DÍEZ RIPOLLÉS, es una especie de las políticas públicas¹⁸.

Si bien la noción de política criminal es amplia y diversa, lo cierto es que generalmente se la asocia al funcionamiento del derecho penal, existiendo en general una coincidencia con la política penal en sus tres niveles, esto es, criminalización primaria (construcción y definición de las normas y estrategias penales), criminalización secundaria (procesos de investigación y

¹⁵ PowerPoint, material del curso; “Fundamentos de Derecho Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal” a cargo del Profesor Olman Alberto Ulate, Maestría en Criminología con énfasis en Seguridad Humana; Universidad para la Cooperación Internacional, 2018/2019.

¹⁶ BARATTA, Alessandro (1997); “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”; Tomado del libro titulado Delito y Seguridad de los Habitantes. México, D.F.: Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029076.pdf>

¹⁷ Ídem *ut supra*.

¹⁸ Observatorio de Política Criminal; Dirección de Política Criminal y Penitenciaria Ministerio de Justicia y del Derecho (2015); “¿Qué es la política criminal?”; Bogotá, Colombia; Pág. 4. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/queespoliticacriminal-lovepdf-compressed.pdf?ver=2017-03-09-180813-317>

judicialización) y criminalización terciaria (la ejecución de las sanciones penales).¹⁹

Es por ello que, partiendo de una concepción criminológica crítica, pueden observarse políticas criminales en su aspecto material, es decir, la determinación de lo que el Estado considera como *delito* mediante el endurecimiento de las normas penales y en la sanción de nuevas leyes penales especiales.

Vale aclarar que la “realidad social” a la que hacemos referencia, es parcializada en la medida en que nos podemos preguntar si la realidad social de algunos ciudadanos es la misma que la de otros dentro de un mismo Estado, o podemos también preguntarnos si la realidad social es aquella que aparece en los medios masivos de comunicación y forma la opinión pública de la mayoría (o bien, ello es lo que los medios dicen, y la sociedad cree). Asimismo, como consecuencia de la globalización y los poderes del mercado, la realidad social parecería, en estos casos, intrascendente, dada las características transfronterizas de los delitos que pueden cometerse a través de estructuras corporativas complejas y multinacionales.

Lo anterior guarda relación, particularmente con el diseño del derecho penal de fondo el que, en los últimos años se ha visto endurecido y en lo sustancial ha incrementado las penas, las leyes especiales y reformas constantes en el Código Penal, generando lo que se conoce como “inflación normativa”.

Por ello cada vez son más las conductas que se consideran delictivas, y pasibles de una pena, repercutiendo en la superpoblación carcelaria cada vez más creciente en la mayoría de los Estados del mundo, por un lado, y en la falta de sistematización y de análisis crítico respecto a la funcionalidad del derecho penal como solucionador de determinados problemas sociales, o globales.

En Argentina se han realizado profundas reformas de *endurecimiento* de normas del Código Penal de la Nación. Como señala BERGALLI²⁰, a

¹⁹ Ídem *ut supra*, pág. 4/5.

continuación se plasman algunas modificaciones relevantes que hacen al “sistema penal estático”, es decir, a la *descripción de aquellas conductas que el Estado define como delito*, o bien desde la sociología del control penal en su primer nivel (creación selectiva de las normas jurídico penales).

Se ha elevado la pena de los homicidios culposos (Art. 84), o la *creación* de nuevas figuras como la del conductor que con su vehículo realizare una carrera y “creare una situación de *peligro* para la vida o la integridad física de las personas” (art. 193 bis). También se ha incorporado el delito de “grooming” o “ciber acoso” (art. 131), caracterizado por ser el primer delito en el cual se penaliza un *acto preparatorio*.

Ahora, en el año 2017 se sanciona la LRPE²¹, en función (a primera vista) de la innegable utilización de las personas jurídicas privadas como medio para cometer actos delictivos no solo en el territorio sino traspasando las fronteras. Veremos más adelante si, desde el punto de vista de la sociología del control penal, esta norma resulta selectiva en función de la actividad que penaliza y a las que deja de lado y si los motivos político criminales se condicen con esta preocupación.

III.- El Populismo Punitivo

Cuando hablamos entonces de la repercusión de la realidad social en las políticas criminales, y aparece entonces que en un Estado cada vez son más las conductas con reproches normativos y más elevados las penas privativas de la libertad, es cuando podemos hacer referencia en cierta medida a la aparición del *populismo punitivo*.

La característica fundamental del populismo punitivo radica en la utilización del derecho penal como respuesta a los problemas sociales (y podría agregarse, globales).

²⁰ BERGALLI, Roberto (2013); “Sistema Penal y Problemas Sociales. Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina - Post-fordismo y control punitivo”; Universita de Barcelona; Disponible en: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2013/11/bergalli-sistema-penal-y-problemas-sociales.pdf>.

²¹ Ley de Responsabilidad Penal Empresaria

El fenómeno criminalista y político denominado *populismo punitivo*, es un término que apareció en 1995 de la mano de A. Bottoms, y fue luego utilizado por autores como Newburn y Jones, Pratt, entre otros.

Se definía a este término como a la “utilización electoralista del Derecho Penal”²². Para entender tal definición, es necesario comprender el término “electoralismo”. Así, un electoralista es aquella persona que no vela por el bien común, sino que solo busca réditos electorales. Es un término de connotación negativa por cuanto un político electoralista solo busca ganar votos y no el bien común de los ciudadanos.

Entendido ello, de acuerdo a la definición de Bottoms, la utilización electoralista del derecho penal surge como una cuestión peligrosa para la convivencia democrática, en tanto utilizar al derecho penal de forma electoralista por los gobernantes para solucionar los problemas indica que las cosas no se están realizando bien. Debe siempre recordarse que el derecho penal es la “*última ratio*”. Tal definición de populismo punitivo ha sido criticado posteriormente por su ambigüedad y por ser, en la práctica, difícil de comprobar que los cambios normativos vinculados al endurecimiento de las normas penales tengan únicamente como finalidad el “ganar votos” para obtener el poder o para perpetuarse en él²³.

Sin perjuicio de ello, otra forma de conceptualizar el término por parte de la asociación de Jueces para la Democracia en 2006 es como: “(...) *la utilización política transversal del derecho penal para dar respuesta inmediata a determinadas problemáticas sociales de gran repercusión mediática (...)*”²⁴.

En términos sencillos, para comprender cómo opera el populismo punitivo en la práctica, partimos de la comisión de un determinado hecho delictivo, el cual tiene características particulares por ejemplo, haber sido

²² ANTÓN-MELLÓN, J. A., Álvarez, G. y Rothstein, P. A. (2017); “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”; Revista Española de Ciencia Política, 43, 13-36. Doi: <https://doi.org/10.21308/recp.43.01>

²³ TAMAYO, F. L. (2016); “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”; Revista Criminalidad; 58 (3): 21-35.

²⁴ ANTÓN-MELLÓN, J. A., Álvarez, G. y Rothstein, P. A. (2017); “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”; Revista Española de Ciencia Política; 43, 13-36. Doi: <https://doi.org/10.21308/recp.43.01>

extremadamente violento, o haber producido una gran cantidad de víctimas. Ahora bien, los medios masivos de comunicación de masas, reproducen este hecho formando a la opinión pública, lo cual ocasiona que la sociedad se conmueva, naturalmente, y se entre en un estado de “alarma social”. Es común en estos casos, que por rentabilidad económica los medios de comunicación otorgan gran cobertura a este tipo de hechos, magnificándolo. Como consecuencia de ello, los miembros de la *élite* gobernante se ven obligados a dar una *respuesta* a esa situación de alarma social.

El populismo punitivo entonces, responde a estas soluciones que dan los gobernantes utilizando al derecho penal como respuesta a los problemas sociales. Sin embargo, los medios masivos de comunicación también realizan una selectividad de los hechos delictivos que transmiten, por ello en innumerables ocasiones otros temas realmente trascendentes no tienen la misma cobertura o producen el mismo impacto social, quedando así muchas veces estigmatizado un determinado sector de la sociedad (por ejemplo, menores de edad, sindicalistas, defensores de derechos humanos, etc.), mientras que los sectores de poder (como las corporaciones) quedan en un “segundo plano”.

No resulta menor que en los últimos tiempos los medios masivos de comunicación en Argentina transmitan constantemente el tema de la corrupción del gobierno anterior vinculado a la obra pública (privatización de servicios públicos) y a los casos internacionales más razonados y que han involucrado a funcionarios Argentinos como el caso *Odebrech*, quedando a un segundo plano el escándalo de las *Off Shore*. El actual presidente como unos de sus ejes de campaña electoral utilizó y utiliza sistemáticamente la “lucha contra la corrupción” y la “transparencia” como ejes principales de su discurso político²⁵.

²⁵ PORTAL LA NACIÓN; “Transcripción completa del discurso de Mauricio Macri”; 10/12/2015. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/transcripcion-completa-del-discurso-de-mauricio-macri-nid1852996>. PORTAL INFOBAE; “El discurso completo del presidente Mauricio Macri”; 03/09/2018. Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2018/09/03/el-discurso-completo-del-presidente-mauricio-macri/>. PORTAL PERFIL; “Mauricio Macri: “La corrupción, nunca más en la historia de los argentinos””; 21/058/2018. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/politica/mauricio-macri-la-corrupcion-nunca-mas-en-la-historia->

Sin embargo, *¿qué es corrupción?, ¿de qué manera se lucha contra ella? ¿Es la ley de responsabilidad penal empresaria una solución y/o promesa electoralista?*

Algunas de estas preguntas se intentarán responder luego del desarrollo de los próximos capítulos y en vista a estos breves ejemplos, con posterioridad al análisis que se realizará de la ley de responsabilidad penal de las empresas, veremos si de sus principales argumentos de puesta en vigencia aparece la realidad social como determinante para fundamentar esta política criminal, en vista a que la realidad social de un Estado en un momento determinado repercute directamente en el diseño de políticas criminales.

CAPITULO III

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

I.- Introducción

En los últimos años ha habido un cambio rotundo en muchos países del mundo, principalmente del continente europeo, que han decidido cambiar las bases teóricas clásicas de imputación penal y disponer que un ente ideal tiene capacidad para delinquir.

Se abordará a continuación uno de los principales temas de debate actual de la Argentina vinculado a la entrada en vigencia de la ley que responsabiliza penalmente a las empresas.

Veremos de qué manera juega la política criminal del Estado en este sentido y si la realidad social argentina ha tenido que ver con este cambio de paradigma desde el punto de vista criminal. Para ello, primero se abordarán los antecedentes normativos, puesto que la LRPE no es “pionera” en la materia en nuestro ordenamiento jurídico interno. Luego, veremos cuáles han sido los principales debates doctrinarios en cuanto a la posibilidad real o aparente de sancionar a una empresa penalmente.

Luego se expondrán los fundamentos políticos criminales que surgen del debate parlamentario de la Cámara de Senadores, para luego ahondar en las principales características de la ley.

Seguidamente, se analizará si las normas internacionales en la materia (corrupción) obligaban o no a adoptar esta decisión normativa, o si por el contrario se desprenden argumentos que denotan populismo punitivo, en el sentido indicado en el capítulo anterior, esto es, no solo mostrar la imagen de transparencia y lucha contra la impunidad con fines electoralistas, sino en la utilización del derecho penal como herramienta principal para solucionar problemas sociales globales.

Finalmente, se expondrán las principales debilidades y fortalezas que la doctrina ha resaltado sobre la LRPE y si ello permita adoptar algunas conclusiones.

II.- Antecedentes normativos

En la Argentina con anterioridad al dictado de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, existía normativa que permitía y establecía taxativamente la responsabilidad penal de los entes ideales.

Así, la Ordenanza de Ley de Aduanas aprobada por Ley 810 en el año 1876 en su art. 1028 establecía la posibilidad de imponer pena de multa a las personas jurídicas²⁶.

ABRALDES efectúa un racconto completo de todas las leyes especiales previas, como ser la ley 11.281 (antigua ley de aduanas), que disponía como sanción a la persona de existencia ideal el retiro de la personería jurídica y/o la cancelación de su inscripción en el Registro Público de Comercio²⁷.

En el mismo sentido, Ley de Vinos (14878); la Ley de Fondos Comunes de Inversión (15885 derogada en 2017), Ley 24.083; ley de Abastecimiento (20.680); el Régimen penal cambiario; o la Ley de Defensa de la Competencia 25.156, que prevé en su art. 46 que las personas físicas como las de existencia ideal que no cumplieren la ley son pasibles de sanciones tales como multas, disolución, liquidación o división de las empresas, entre otros. En particular respecto a las personas jurídicas establece que son imputables por las conductas de las personas humanas que hubiesen actuado en su nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona moral (art. 47). También la Ley penal tributaria (23771) y la Ley de prevención y represión de violencia en espectáculos deportivos (24769 y 24192)²⁸, entre muchas otras.

Por su parte, el Código Aduanero establece expresamente en sus artículos 887 y 888 la responsabilidad de las personas de existencia ideal. El primero de ellos determina que son responsables en forma solidaria con sus

²⁶ PRADO, Carolina; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas – Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401-“; pág. 3. Disponible en: <http://www.bolsacba.com.ar/img0/ijje/040420180005034d584618.pdf>

²⁷ ABRALDES, Sandro (2018); “La responsabilidad Penal de las personas jurídicas privadas”; Ed. Rubinzal-Culzoni; pág. 38.

²⁸ PRADO, Carolina (2019); “Cuestiones procesales de la imputación penal a las personas jurídicas, a propósito de la Ley 27.401”; Cuadernos de Derechos Penal N° 5; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Penales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales; pág. 81. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47752.pdf>

dependientes, por las penas pecuniarias que les correspondiere a ellos por los delitos aduaneros que cometieren en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. Sobre el punto, es necesario puntualizar que no podrá condenarse penalmente a la persona jurídica en aquellos supuestos donde se prevé pena privativa de la libertad.

El art. 888 establece que en caso de que la persona de existencia ideal, intimada que fuera al pago de la pena pecuniaria, no fuere satisfecha, serán ilimitadamente responsables a su pago los directores, administradores y socios.

Por último, y no por ello menos importante, el propio Código Penal establece en forma específica la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el año 2011, cuando mediante Ley 26.683 se agregó todo un capítulo destinado a los delitos contra el orden económico y financiero.

El art. 304, incorporado por la ley, estableció que “...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:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
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. Cancelación 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...”

Como veremos a continuación, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ciertos aspectos, resulta una copia-ampliación del

presente artículo, no habiéndose en aquélla oportunidad (ocho años atrás) discutido con tanto énfasis el cambio radical que supone en nuestro ordenamiento jurídico interno imputar penalmente a un ente ideal.

III.- Debates doctrinarios

El debate en torno a la posibilidad de imputar penalmente a una persona de existencia ideal ha sido arduo y en el presente acápite se pretende ilustrar estas distintas posturas.

Señala VITOLO²⁹, citando a BAJO FERNÁNDEZ y MUÑOZ CONDE, que la tesis negativa, postula la imposibilidad de poder imputar a un ente ideal un hecho delictivo. Esta postura negativa se basa principalmente en los siguientes fundamentos:

1. La falta de capacidad de acción, de imputabilidad y de pena que tienen los entes ideales de conformidad a los principios clásicos del Derecho Penal
2. Existencia del principio tradicional *societas delinquere non postest*, cuyo principal precursor fue SAVIGNY, quien sostenía que se transgredía el principio de identidad entre el delincuente y el condenado. Construyó así la teoría de la ficción, donde los únicos que pueden ser pasibles de cometer delitos y ser sancionados penalmente son las personas humanas dentro de ella³⁰.
3. La ausencia de voluntad, entendida como la capacidad psíquica de la persona física
4. Actúan a través de acciones naturales de otros sujetos (persona humana)
5. En la actualidad, ZAFFARONI y SLOKAR sostienen que continuar debatiendo esta posibilidad resulta inútil, en tanto nada impide responsabilizar penalmente a las personas físicas que cometieron los

²⁹ VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada”; Ed. Rubinzal-Culzoni; Pág. 22/23.

³⁰ GONZÁLEZ SIERRA, Gonzalo (2012); “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”; Tesis Doctoral; Universidad de Granada; España; Pág. 115. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf

delitos, y al mismo tiempo sancionar administrativamente a la empresa³¹.

Por otra parte, muchos consideran que los entes ideales pueden, en forma autónoma, cometer delitos, tendencia que en la actualidad va dominando cada vez más distintos países del mundo.

JAKOBS aparece como uno de los grandes referentes respecto a esta posibilidad, por cuanto ha dicho que los entes ideales, contrariamente, si tienen capacidad de acción y de culpabilidad.

En líneas generales, los principales fundamentos a esta posibilidad se sustentan en:

1. De conformidad a la teoría organicista de GIERKE, la responsabilidad resulta innegable en razón de que por su realidad social no pueden explicarse sus acciones en forma individual. BACIGALUPO también sostiene que el hombre tiene una doble naturaleza que puede ser vista desde el punto de vista del derecho individual y del derecho social³².
2. Que se vinculan principalmente a los delitos económicos³³.
3. En la prevención general y especial.
4. Las personas jurídicas son sujeto de derecho, y por ello no existiría impedimento, como sujeto susceptible de contraer derechos y obligaciones, de cometer delitos (CEREZO MIR).
5. Cuestiones de política criminal
6. Otorgarle a la acción y a la culpabilidad un sentido de índole sociológico³⁴.

³¹ VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada”; Ed. Rubinzal-Culzoni; Pág. 34/35.

³² Ídem *ut supra*; pág. 116.

³³ VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada”; Ed. Rubinzal-Culzoni; Pág. 29.

³⁴ Citados por GONZÁLEZ SIERRA, Gonzalo (2012); “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”; Tesis Doctoral; Universidad de Granada; España; Pág. 128. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf

Los Tribunales Argentinos no han sido ajenos a este debate, por cuanto si bien las leyes anteriores con claridad establecían ya sanciones penales a las personas jurídicas, no ha sido pacífica la jurisprudencia al respecto, si bien generalmente se aceptó la posibilidad de condenar en el ámbito penal aduanero a una persona de existencia ideal.

La doctrina es conteste en citar como referencia al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 cuando en el marco de la causa “*Fly Machine SRL*”, donde al rechazar el recurso de queja, dejó firme el fallo de la instancia de grado donde en concreto se había rechazado un requerimiento fiscal de instrucción en base al delito de contrabando en tentativa, en términos generales, por entender que la persona jurídica (en este caso, la empresa) no podía ser sujeto pasible de responsabilidad penal.

En la sentencia, el Juez Zaffaroni en su voto, dejó de manifiesto los principales inconvenientes, los cuales tienen que ver con la ausencia de regulaciones procesales que fijen de qué manera una persona jurídica puede ser llevada a proceso, y por contravenir la propia Constitución Nacional de la República.³⁵

En particular, respecto a principios fundamentales del derecho penal, dijo: “*Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el nullum crimen sine conducta*”³⁶.

35 El precedente es citado por VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada”; Ed. Rubinzal-Culzoni; pág. 53/54, por PRADO, Carolina; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas – Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401-“. Disponible en: <http://www.bolsacba.com.ar/img0/ijje/040420180005034d584618.pdf> , entre otros.

36 CSJN; “Fly Machine SRL”; Argentina; disidencia Juez Zaffaroni, párr. 5°. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fly-machine-srl-recurso-extraordinario-fa06000077-2006-05-30/123456789-770-0006-0ots-eupmocsollaf>

Respecto a los principios constitucionales afectados, establecidos en el art. 18, 19 y 75 inc. 22 (tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional), dijo que: *“la operatividad de la máxima constitucional nulla in iuria sine actione impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio societas delinquere non potest (o universitas delinquere nequit); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena.”*³⁷

IV.- Debate parlamentario: principales fundamentos a la sanción de la ley

Para comprender los aspectos político criminales que llevaron tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo a dictar la ley motivo de análisis, resulta importante exponer cuáles fueron los principales fundamentos que motivaron su entrada en vigencia.

Como se hubiera dicho en capítulos previos, la política criminal es aquella política estatal que desarrolla el conjunto de instrumentos idóneos para la prevención de la criminalidad, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también social. Por tanto, a continuación se resaltan los principales argumentos que se desprenden de la versión taquigráfica del Senado de la Nación.

Tanto en la introducción del debate como a lo largo de las distintas intervenciones realizadas por los parlamentarios, quedó expuesto por un lado que el proyecto original remitido por el Poder Ejecutivo proponía 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 (Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos y Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales firmada en el ámbito de la OCDE).

³⁷ Ídem *ut supra*, párr. 8.

Asimismo, que la OCDE analizó el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo y efectuó determinadas *observaciones*, como la falsedad contable, la armonización de un único sistema penal que abarcara todos los casos punibles, eliminarse la vaguedad existente en la tipificación –vigente en el art. 258 bis del CP- de soborno o cohecho internacional, promover la implementación de programas de integridad “*corporate compliance*”, ente otros.

Los principales temas que fueron motivo de largo debate tanto en las Comisiones especiales del Congreso, como en la Cámara de Diputados, fue respecto a los siguientes temas puntuales:

- a. Los delitos a imputar: Diputados quería aplicar la responsabilidad empresarial a todos los delitos del CP, ello se consideró un error y quedó limitado a 5 delitos.
- b. Sistema de imputación adecuado para nuestro régimen penal: por un lado se hizo referencia al Sistema por defecto o deficit de organización, sistema de imputación vigente en Australia, Letonia, México, Holanda, Nueva Zelanda, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y Reino Unido. Por otra parte, el Sistema objetivo (vicarial) de imputación, el cual se consideró el más adecuado, al ya encontrarse previsto en el art. 304 del CP. Los países que aplican este sistema son Bélgica, Brasil, Bulgaria, China, Colombia, Dinamarca, Estonia, Francia, Islandia, Israel, Irlanda, Italia, Japón, Corea del Sur, Luxemburgo, Noruega, Rusia, Sudáfrica, Turquía y Estados Unidos. Finalmente se hizo mención a la existencia del sistema mixto, vigente en Austria, Canadá, República Checa, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría y Portugal.
- c. Imprescriptibilidad: posibilidad altamente criticada por lo cual fue descartada.
- d. Pena de multa: se debatió si era conveniente establecer un porcentaje en función de los ingresos brutos de la empresa, o bien una suma fija en función al beneficio indebido obtenido o que pudiera haber obtenido, escogiéndose la última opción.

e. El proyecto remitido por la Cámara de Diputados exceptuaba a las pequeñas y medianas empresas de la ley (PyMEs), circunstancia que finalmente fue rechazada por la mayoría de la Cámara de Senadores, estableciéndose en consecuencia que todas las personas jurídicas privadas son susceptibles de responsabilidad penal.

En relación a determinados comentarios efectuados que pueden ilustrar los motivos político criminales de la sanción de la ley, se destaca que la senadora ELÍAS DE PÉREZ señaló la importancia de la reforma en función de la transparencia de la relación entre el sector público y el privado; estimó que la corrupción afecta negativamente la gestión empresarial generando menos inversiones y competencia desleal, entendiendo en definitiva que la ley cumple una función política de *prevención* contra la corrupción.

Por su parte, el senador PAIS destacó que la Ley es un mensaje a la sociedad civil, a los funcionarios públicos y a los contratistas del Estado y que la Argentina al formar parte de la Convención para la Lucha contra la Corrupción firmada en el ámbito de la ONU, estaba obligada a tomar medidas civiles, administrativas y penales respecto de las personas jurídicas. La senadora FERNÁNDEZ SAGASTI remarcó la necesidad de que la ley no se convirtiera en una herramienta facilitadora o “válvula de escape” para que las personas físicas eludieran su responsabilidad, que sirva de impunidad encubierta.

Como otros fundamentos, la senadora Sandra GIMÉNEZ hizo referencia a la *paz social*, y que el *pueblo* reclama transparencia y acciones concretas en tanto el Poder Judicial Federal no aplica las normas ya vigentes sobre corrupción, remarcando en su discurso el paradigmático caso de la empresa Odebrecht, la cual “infectó” a toda Latinoamérica.

V.- La Ley 27.401

a. Aspectos sustanciales:

Adentrándonos ahora en el texto de la ley, el primer artículo de la ley fija como sujetos imputables a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal. Como ya se hubiera indicado, la misma no distingue entre empresas multinacionales o en pequeñas y medianas empresas, por lo cual todas las personas jurídicas privadas pueden ser objeto de investigación.

El mismo art.1° establece que las personas jurídicas serán investigadas por los delitos de Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional. Cabe destacar que la ley no crea nuevos delitos penales, sino que hace una remisión expresa a los delitos ya establecidos en el Código Penal. En este caso, se efectúa una remisión a los arts. 258 y 258 bis.

También son posibles de ser condenadas penalmente por el delito de Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del CP); Concusión (art. 268 del CP); Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts 268 (1) y (2) del CP) y por Balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del CP).

En relación al *sistema de imputación de la responsabilidad*, está establecido en los arts. 2° y 3° de la ley. El primero de ellos establece que las personas jurídicas (en adelante “las empresas”, “la corporación”), son responsables por los delitos indicados anteriormente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Asimismo se agrega que también será responsable en caso en que la empresa hubiere ratificado (aun en forma tácita) la gestión realizada por un tercero sin atribuciones para actuar en nombre de ella pero que lo hubiera actuado en su beneficio o interés.

Debe puntualizarse que no existe unanimidad en la doctrina respecto a cuál es finalmente el sistema de imputación que se desprende de la ley, puesto que hay quienes sostienen que se ha adoptado un sistema vicarial, mientras otros estiman que se trata de un sistema mixto.

Por su parte, el art. 3° agrega que en 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, subsistiendo además la responsabilidad de la empresa cuando en forma encubierta o aparente continúe con su actividad económica y se “...mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos...”. Esta decisión normativa ha sido cuestionada por VÍTOLO, cuando al comentar la ley expresa que esta decisión quiebra el principio de personalidad de las penas³⁸.

Los artículos 4, 5 y 6 se encargan de definir cuestiones clave en lo que hace a la *acción penal*. Se establece que la extinción de la acción penal contra las personas jurídicas se podrá extinguir por los supuestos previstos en los incisos 2 y 3 del art. 59 del CP. Dichos supuestos son la amnistía y la prescripción. En el artículo siguiente se establece el plazo de seis (6) años para que opere la prescripción contra las personas jurídicas, plazo que comienza a partir de la comisión del delito. Asimismo se hace una remisión a los mismos supuestos de suspensión e interrupción del plazo de prescripción que se establecen en el Código Penal.

La ley hace una expresa distinción en relación a la persecución de los delitos de la persona jurídica y de las personas físicas. En concreto expresa que si se extinguiera la acción penal respecto de las personas humanas (autoras o partícipes) del hecho delictivo, ello no afectará la vigencia de la acción contra la persona de existencia ideal.

Establece que la persona jurídica puede ser condenada aun cuando no haya podido identificar o juzgar a la o las personas humanas que intervinieron “...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”.

³⁸ VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada”; Ed. Rubinzal-Culzoni; pág. 349.

El art. 7° enuncia las *penas* posibles a aplicar a la persona jurídica, las cuales son:

1) Multa: de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener. Respecto a este tipo de pena, se deja a salvo en el art. 8 que el juez pueda disponer el pago fraccionado (en un periodo máximo de cinco años) de la misma, cuando por el monto su cumplimiento pudiese poner en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

2) Suspensión: total o parcial de actividades. En este caso se prevé que la suspensión nunca podrá exceder el plazo de diez (10) años. Esta sanción no será aplicable cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular.

3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado (límite de diez (10) años como el supuesto anterior).

4) Disolución y liquidación de la personería: este supuesto se prevé únicamente para los casos en que la persona jurídica hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o dichos actos delictivos constituyan la principal actividad de la empresa. Esta pena tampoco será aplicable, como en el caso del supuesto de suspensión, cuando fuere indispensable mantener a la empresa operativa.

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

En lo relativo a supuestos de exención de pena, el artículo 3° *in fine* establece un supuesto de exención de pena de la persona jurídica en los casos en que se demuestre que la persona física actuó en su propio beneficio y sin generar provecho alguno a empresa.

Asimismo, el art. 9° establece no solo la exención de pena, sino de responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cuando se de en forma simultanea lo siguiente: cuando en forma espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de

detección e investigación interna; cuando hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado (“Programa de Integridad” o “Corporate Compliance”), con *anterioridad* al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y además hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Cabe agregar que en el art. 10 se establece que en *todos* los casos se aplicarán las normas relativas al decomiso establecidas en el Código Penal. Sobre el punto, el art. 23 del CP establece parámetros concretos en relación a los bienes y/u objetos utilizados para la comisión del delito o ganancias que son el producto o el provecho del mismo, como por ejemplo que serán decomisados en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Existe un apartado en particular que hace referencia a los casos en que los autores o partícipes hubieren actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, que dispone que el comiso se pronunciará contra éstos. Sobre el punto pareciera que en estos supuestos donde la persona jurídica es la condenada, no podría ser aplicable este supuesto en tanto la acción penal, como se hubiera indicado, resulta alternativa e independiente de las personas físicas que hubieren actuado.

El art. 8° establece que habrá *reincidencia* cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior.

b. Aspectos procesales:

La ley define cuestiones procesales importantes, habida cuenta que con anterioridad, debido a la ausencia de las mismas existían amplios debates sobre la manera en la que la persona jurídica participaba del proceso. Reacuérdesse que, desde el ya citado caso “Fly Machina SRL”, ZAFFARONI

cuestionaba este punto en particular. Así, se definen cuestiones importantes como sus derechos procesales y su representación en juicio.

En concreto, se afirma que la persona jurídica tiene los derechos y obligaciones previstas para el imputado en cuanto ello les sea aplicable. Se establecen pautas para las notificaciones a cursar a la persona jurídica, y en relación a su representación legal el artículo 13 establece que puede ser representada por cualquier persona con poder especial para el caso, debiéndose en cualquier caso designar un defensor público. Asimismo, se prevé que en caso de conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante, se intimará a la persona jurídica para que lo sustituya.

Asimismo, la persona jurídica puede ser declarada en rebeldía en caso de no comparecer a la citación, resolución que será informada por el juez a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia.

Por otra parte, en lo que hace a la apreciación judicial al momento de imponer la pena, se establecen pautas especiales de ponderación que abarcan aspectos como 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, entre otros.

c.- Acuerdo de colaboración eficaz:

La ley prevé la posibilidad de que la persona jurídica pueda celebrar un acuerdo (de carácter confidencial) con el Ministerio Público Fiscal, donde se obligue a cooperar revelando 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.

Sin embargo, solo se podrá realizar el acuerdo si se cumplen con los requisitos del art. 18, el cual fija como condiciones obligatorias: a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7° inciso 1) 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.

El acuerdo debe ser presentado al juez para el control de legalidad pertinente y decidirá si lo aprueba o lo rechaza. Las pruebas que hayan surgido del acuerdo no aprobado o que no haya prosperado pese a la aprobación, deberán ser devueltas o destruidas y no podrán ser empleadas judicialmente, salvo que el Agente Fiscal hubiere tenido conocimiento de las mismas o las obtuviera por el propio curso de la investigación anterior al acuerdo.

El artículo 21 establece el plazo de un año para que el Juez y el Fiscal corroboren la verosimilitud y utilidad de la información brindada por la persona jurídica, y en caso positivo, en la eventual sentencia de condena el juez deberá respetar las pautas de la pena a imponer fijadas en el acuerdo; caso contrario el Juez dejará sin efecto el acuerdo y continuara el proceso normalmente.

c. Programa de Integridad (“*Corporate Compliance*”):

El programa de integridad se encuentra establecido en los arts. 22 y 23 de la ley. Se dispone que las personas jurídicas que se encuentran comprendidas en la ley “*podrán*” implementar programas de integridad con el fin de prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. Ello, a través de mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, de supervisión y de control.

Se deja a salvo que el programa debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la empresa y su dimensión y capacidad económica.

El PI deberá contener (obligatoriamente) 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 o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; 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; la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Asimismo se sugiere que pueden contener, entre otros, los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; 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; 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;

Finalmente, la ley establece que cualquier empresa privada deberá tener un programa de integridad para poder contratar con el Estado (art. 24°).

VI.- Debilidades

A continuación, se expondrán cuáles son las críticas que ha merecido la ley por parte de la doctrina. Cabe reiterar aquí que el presente trabajo no pretende comentar cada uno de los artículos de la ley, sino exponer las debilidades y fortalezas desde el punto de vista político criminal y criminológico crítico.

En primer lugar, el problema vinculado a la técnica legislativa, es el de continuar legislando en materia penal fuera del Código Penal a través de leyes especiales. Ello tiene como principal fundamento la circunstancia de que mediante decreto 103/2017 se nombró una Comisión para la Reforma del Código Penal (proyecto de Código ya presentado al parlamento al año 2019).

Es por ello que se plantea si era justificado o no el tratamiento anticipado de esta ley cuando podría haberse tratado en la Comisión³⁹.

Asimismo, y a consecuencia de lo anterior, la ausencia de sistematización en normas aplicables a la materia⁴⁰.

En otro orden, se plantea la falta de previsión de excepción para las pequeñas y medianas empresas (PyMEs). CESANO destaca la dificultad que estas empresas tendrán para aplicar un programa de integridad. Apela a la propia OCDE, quien destacó que los países que forman parte del Organismo tienen entre el 70 y 90 % de sus empleados en empresas de este tipo⁴¹.

ROMERO BASURCO expone la posibilidad de que, en la práctica, la ley estimule que los superiores jerárquicos en la empresa puedan utilizar a subordinados como “chivos expiatorios”, dándose a entender que dicha persona se benefició burlando los mecanismos de prevención, por cuanto el art. 2° de la ley exime de responsabilidad a la persona jurídica en caso en que la persona física hubiese actuado en su propio beneficio⁴².

³⁹ CESANO, José Daniel; “De pasea por las Cámaras...(observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)”; Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Económico; “Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) –VI)”; Rubinzal-Culzoni; pág. 49. En el mismo sentido LESCANO, Carlos Julio; “El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional en el debate parlamentario de 2017”; Estudios de Derecho Empresario; ISSN 2346-9404; Pág. 137/138.

⁴⁰ Ídem *ut supra*. De la misma forma se expresó en el debate parlamentario de la ley el Senador MERA, quien textualmente dijo: “...lo central para la seguridad jurídica y para los principios de conocimiento de la ley en que se basa nuestro sistema jurídico por parte de cada uno de los individuos es que, habiendo tantos juristas en este Senado, habiendo tantos senadores que son conocedores de nuestro sistema penal, nos pongamos a trabajar también en el ordenamiento de tantas leyes que hemos aprobado a efectos de poder sistematizarlas, dando así seguridad jurídica a nuestra sociedad y a cada uno de sus individuos.”.

⁴¹ CESANO, José Daniel; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político criminales de la ley n| 27.401”; Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad; ISSN: 2531-1565; 2018; Pág. 14. En el mismo sentido se expresa LESCANO, Carlos Julio; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401”; Relato efectuado en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; Córdoba, Argentina; 21/08/2018; pág. 11, citando a José Daniel Cesano y a Laura LAVIA; Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-compliance-en-la-ley-27.401>

⁴² ROMERO BASURCO, Davis Gustavo; “La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su efectividad para incentivar la implementación del ‘criminal compliance’”; Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho y Economía; 11/10/2018. Pág. 7. En similar sentido CESANO, José Daniel; “La responsabilidad penal de las

Se resalta la posibilidad de que la empresa sea responsabilizada penalmente asumiendo todo el costo por el delito ajeno de las personas físicas que cometieron en concreto los hechos, quedando estos últimos impunes, en razón de la independencia de las acciones penales entre la empresa y la persona establecida en el art. 4⁴³.

Por otra parte, las sanciones consistentes en suspensión de actividades, disolución o liquidación de la empresa, aparejaran grandes conflictos y perjuicios para los trabajadores y acreedores de las mismas⁴⁴. Respecto a este último punto, en su Boletín trimestral de Responsabilidad legal empresarial del año 2019, la Business and Human Rights Resource Center, ha destacado los casos donde los propios accionistas demandan a la empresa. Si bien son casos vinculados al cambio climático, como por ejemplo el caso “*Exxon Mobil Corporation*” (Exxon), donde en 2016 fue demandada por daños y perjuicios por sus accionistas por una supuesta falta de una adecuada difusión sobre riesgo climático. El caso fue desestimado, pero permitió la aparición de números litigios en Estados Unidos de acciones de grupo de esta naturaleza.

Así, en el estado de California en el año 2018 los accionistas de “*Edison International*” demandaron por fraude a la empresa por proporcionar información engañosa sobre medidas mitigantes adoptadas en relación al cambio climático⁴⁵.

Estos son solo ejemplos de carácter internacional que permiten apreciar la posibilidad cierta de que las empresas no solo sean denunciadas penalmente por actos de sus miembros, sino que los propios accionistas puedan demandar además a la empresa como consecuencia de estas actividades, generando así mayor litigiosidad y la posibilidad cierta de vaciar

personas jurídicas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político criminales de la ley n° 27.401”; Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad; ISSN:2531-1565; 2018; Pág. 14/15.

⁴³ Ídem *ut supra*, pág. 7/8.

⁴⁴ Ídem *ut supra*, pág. 8vta.

⁴⁵ Business and Human Rights Resource Center Boletín Trimestral de Responsabilidad Legal Empresarial; Número 31; junio de 2019. Disponible en: <https://us3.campaign-archive.com/?u=bdd1a6a40ffad39c8719632f&id=dd3f602863>

económicamente a la persona jurídica perjudicando así a los trabajadores que forman parte de la misma.

Asimismo, se enfatiza que en verdad se trata de una *ley express*, dictada por instancias perentorias internacionales y una manifestación de un derecho penal puramente simbólico⁴⁶. Finalmente, la falencia normativa de no aclarar y/o disponer quién estará a cargo de controlar y supervisar los Programas de Integridad, es decir, ¿quién controla a los controladores?⁴⁷, es otro de los puntos endebles de la legislación.

VII.- Fortalezas:

CESANO destaca como algo favorable la circunstancia de flexibilización de las penas a imponer a las personas jurídicas, en tanto se prevé, como se hubiera dicho, que el Juez podrá imponer multa (pena pecuniaria) de entre otras penas posibles.

La individualización de la pena de multa, proporcional al beneficio obtenido o que hubiese podido obtener la empresa y la posibilidad de fraccional la multa en el tiempo cuando por su monto pusiere en peligro la supervivencia de la persona moral o el mantenimiento de puestos de trabajo (CESANO, pág. 50/51).

La implementación del “programa de integridad” o “*compliance*” permite poder detectar en forma oportuna la comisión de actos delictivos en perjuicio de la empresa, mejora su imagen y percepción y sirve como mecanismo para poder sustentar la defensa técnica de la persona jurídica ante actos ilícitos que se cometieran dentro de su estructura sorteando las barreras preventivas y de monitoreo, lo cual permitiría además eximir de responsabilidad penal a la empresa⁴⁸.

⁴⁶ CESANO, José Daniel; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político criminales de la ley n° 27.401”; Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad; ISSN:2531-1565; 2018; Pág. 15.

⁴⁷ LESCANO, Carlos Julio; “El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por cohecho trasnacional en el debate parlamentario de 2017”; Estudios de Derecho Empresario; ISSN 2346-9404; Pág. 141.

⁴⁸ Ídem *ut supra*; pág. 9.

La ley constituye una evolución legislativa y adaptación al resto de las legislaciones de otros países, principalmente del continente europeo, en tanto hasta su sanción era una deuda de la Argentina que solo establecía responsabilidad penal para las personas físicas⁴⁹.

Finalmente, que constituye una adaptación del sistema penal nacional en materia de corrupción y delitos contra la administración pública y soborno transnacional a los estándares internacionales vigentes y a los que la Argentina se había obligado al adherirse a la Convención sobre la lucha contra el Cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

VIII.- Normas internacionales vinculadas a la Corrupción

De acuerdo a lo desarrollado hasta aquí, donde se pone de manifiesto que los principales fundamentos políticos criminales expuestos para la sanción de la norma, fueron los tratados internacionales de los cuales la Argentina forma parte, a continuación se exponen cuáles son esos instrumentos y si resulta correcto afirmar que la Argentina *debía* sancionar la LRPE.

En el ámbito del sistema interamericano, la Argentina ha ratificado la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, vigente desde 1997.

En este caso solo cuando se hace referencia a la tipificación del delito de *soborno transnacional* se hace alusión a las empresas, donde se pone énfasis en que con sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico interno, el Estado debe prohibir y sancionar el acto de “... *ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros*

⁴⁹ ALVERO, José Luis; “Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública. ¿un nuevo sujeto en el Derecho Penal? ¿Fin del principio Societas Delinquere Non Potests?”; Pág. 38. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46960.pdf> .En el mismo sentido LESCANO, Carlos Julio; “El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional en el debate parlamentario de 2017”; Estudios de Derecho Empresario; ISSN 2346-9404; Pág. 141.

beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omite cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...” (art. 8).

Sin embargo, ninguna obligación surge en lo que hace a la imputación penal de una persona de existencia ideal, menos aún en la adecuación del derecho penal interno en este sentido.

En el marco del sistema universal, el Estado Argentino aprobó la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, mediante ley 25.319 en el año 2000. Dicho tratado define que debe entenderse por delito de cohecho internacional, y ordena a los Estados signatarios a tipificar dicho delito. Ahora bien, en lo referente a la responsabilidad de los entes ideales su artículo 2 dispone que los Estados deban tomar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un funcionario extranjero, circunstancia que puede ser entendida como un mandato a imputar penalmente a las mismas.⁵⁰

Sin embargo, la cuestión queda zanjada cuando se establece que las empresas que hubiesen “participado” en el hecho ilícito, conforme lo establece en el art. 3.2, si en el ordenamiento jurídico interno del país, la responsabilidad penal no se aplica a las personas ideales, el Estado debe dar las garantías para que “...*las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros.*”

Asimismo, se encuentra la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” la cual adquirió fuerza de ley en el territorio Argentino en el año 2003 mediante Ley dictada por el Congreso de la Nación, n° 26.097.

El artículo 1° de la misma, refiere que las tres finalidades de la Convención son promover y fortalecer medidas para prevenir y combatir de

⁵⁰ AMANDI, Víctor R.; “Los tratados internacionales sobre corrupción”; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM; pág. 189/190. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/8.pdf>

forma más eficaz y eficiente la corrupción; la cooperación internacional y asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción (incluido la recuperación de activos) y promover la integridad, integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

En lo que hace a las empresas, o mejor dicho, el sector privado, señala LÓPEZ, que la innovación de esta Convención es que señala, en forma concreta, cuáles son las medidas que deben adoptar los países para identificar y responsabilizar al sector privado que interviene en este tipo de hechos. Esta Convención toma en consideración tanto los hechos que se producen entre el sector privado y el gobierno, como las que ocurren entre las mismas empresas o dentro de las mismas⁵¹.

Se pone de relieve que en ninguno de sus artículos se obliga al Estado a sancionar penalmente a las personas jurídicas. Únicamente se invita a adoptar medidas normativas de conformidad a los principios del derecho interno del Estado, cuando fuere procedente, “...prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas...”⁵²

Asimismo, el art. 26 establece respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos de corrupción (peculado, malversación de caudales públicos, cohecho y tráfico de influencias, blanqueo de capitales de origen ilícito, etc.), que la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa y que la misma existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas físicas que hayan cometido los delitos.

Como puede observarse hasta aquí, ningún artículo de la presente Convención, como de ninguna otra, *obliga* al Estado signatario a responsabilizar penalmente a una empresa.

⁵¹ LÓPEZ, Jaime; “Normas y políticas internacionales contra la corrupción”; Ed. Probidad; 1era Edición; 2003; Pág. 19. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_repdom_normas.pdf

⁵²Ley 26.097; “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”; Argentina; 2006; Art. 12. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116954/norma.htm>

CAPÍTULO VI

Estado, Empresas y Derechos Humanos

I.- Introducción

Hace tiempo la comunidad internacional ha puesto la lupa en las vulneraciones a los derechos humanos generados por personas de existencia ideal.

Independientemente de los tratados internacionales vinculados a la corrupción, y como ya se hubiere indicado en capítulos anteriores, el dictado de innumerables instrumentos internacionales que compelen a los Estados a adecuar su legislación interna a fin de sancionar en forma administrativa, civil o penal a aquellas entidades que coadyuven a la comisión de delitos de esa índole, la responsabilidad de las personas jurídicas parece ir más allá cuando se observan a través de los años y en diversas partes del mundo innumerables casos donde las empresas afectan en forma directa o indirecta los derechos humanos.

Es por ello que, a primera vista, se aprecia que la ley de responsabilidad penal de las empresas en la Argentina no ha previsto ni procurado prever este tipo de casos.

Desde esta perspectiva, cualquier empresa podría provocar o contribuir a provocar un impacto negativo sobre *cualquier* derecho humano internacionalmente reconocido⁵³, y no únicamente a aquellos vinculados con sus trabajadores o consumidores finales, o bien a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto que en muchos casos se afectan derechos civiles como la vida, la integridad física, la propiedad, entre otros.

Comentábamos anteriormente que el Estado Argentino, desde una mirada de política criminal, eliminó esta posibilidad que estaba prevista en el proyecto de ley debatida en la Cámara de Diputados, que había ampliado la responsabilidad penal de los entes ideales a todo el catálogo de delitos contenidos en el Código Penal.

⁵³ “Marco para el informe de los principios rectores de las Naciones Unidas”; Pág. 16. Disponible en: https://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/UNGPRF_SP-Dec2017.pdf

Si bien con ello no quiere decirse que el derecho penal sea lo adecuado, lo que sí queda de manifiesto es la selectividad político criminal concordante con la política penal de casos de criminalidad corporativa por parte de la Argentina, limitado a delitos contra las arcas del Estado, y no contra las personas que forman parte del mismo y sufren afectaciones a sus derechos individuales y colectivos.

A continuación se abordará en concreto cuáles son las normas internacionales que intentan regular la responsabilidad de las empresas en función de las vulneraciones a los derechos humanos, y en las disposiciones y/o resoluciones internacionales y fundamentalmente interamericanas que poco a poco van fijando estándares en la materia a fin de que los Estados, y en este caso, la Argentina, pueda visualizar de qué manera las normas internas pueden prevenir la responsabilidad internacional del Estado (directa) y de las empresas (indirecta, por el momento) por la violación a sus derechos humanos.

II.- Normas internacionales

Tanto en el sistema universal (ONU) como en el sistema regional de protección de derechos humanos, se han adoptado distintas resoluciones que vinculan a las empresas y a la protección a los derechos humanos.

En el año 2010 como consecuencia de la 10ª Conferencia Bienal de la Alianza Global para Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (conocida como GANHRI, por sus siglas en inglés) se abordó la cuestión de las empresas y los derechos humanos, lo cual derivó en la adopción de la Declaración de Edimburgo. La misma considera formas en las que las INDH pueden participar en temas de empresas y derechos humanos, incluyendo una mayor protección contra violaciones a los derechos humanos vinculados a la actividad de la empresa, mayor responsabilidad y respeto a los derechos humanos por parte de las mismas, y el acceso a la justicia y el establecimiento de planteamientos de las partes

En el año 2011, se adoptaron los *“Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los Derechos Humanos”*, incluidos en el informe final

presentado ante el Consejo de Derechos Humanos por el Representante Especial de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, John Ruggie, nombrado en el año 2005⁵⁴.

Si bien dicho documento, y su creador, han sido pasibles de severas críticas, por cuanto se estima que el instrumento nada agrega a lo existente; reitera y enfatiza la responsabilidad del Estado en el deber de respeto y garantía de los derechos humanos; y compele al Estado a *invitar* a las empresas de su territorio a respetar los derechos humanos, y en lo atinente a Ruggie por ser, previo a su nombramiento, uno de los principales arquitectos del Global Compact como asesor principal del Secretario General Kofi Annan⁵⁵, lo cierto es que resulta el primer documento internacional adoptado por las Naciones Unidas sobre la temática puntual.⁵⁶

Sin perjuicio de lo apuntado precedentemente, los Principios Rectores se basan en tres pilares:

- a. El deber de los Estados de *proteger* contra los abusos a los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas;
- b. La responsabilidad empresarial de *respetar* los derechos humanos, mediante medidas de debida diligencia en materia de derechos humanos; y
- c. El acceso a la justicia y a la reparación para las víctimas

En el marco del instrumento internacional, además, se creó el Grupo de Trabajo Intergubernamental al que se hubiera hecho mención en párrafos

⁵⁴ Business & Human Rights Resource Centre; “Empresas y Derechos Humanos – Breve Introducción”; pág. 3. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas-y-derechos-humanos-breve-introducci%C3%B3n> (26/06/2019).

⁵⁵ ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2011); “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?»; Anuario Español de Derecho Internacional; Vol. 27; Pág. 322. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2559/2432>

⁵⁶ GONZÁLEZ, Erika y otros; “De qué va el tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos”; CADTM; 25/10/2018. Disponible en: <http://www.cadtm.org/De-que-va-el-tratado-de-la-ONU-sobre-empresas-y-derechos-humanos> (28/06/2019).

precedentes, y además el Foro Anual de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, el cual se considera la reunión más relevante en el mundo respecto a esta temática.

A su turno, la Unión Europea ha impulsado el desarrollo de los Planes de Acción Nacionales (PAN) a fin de que los Estados puedan realizar un seguimiento de los principios de las Naciones Unidas sobre empresas. En lo que hace al continente Americano, 3 estados tienen PAN (Colombia, Chile, y los Estados Unidos), y 4 en proceso de desarrollo (Argentina, Perú, Honduras, México)⁵⁷.

Por otra parte, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), existen las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, del año 2011, las cuales constituyen, de conformidad al propio prólogo de las mismas, recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Los principios y normas no son vinculantes para las empresas, y sus directrices “(...) *constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover.*”⁵⁸

Finalmente, ha de agregarse que, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, desde los principios sobre las empresas y los derechos humanos ha ido dictando distintas resoluciones vinculadas a su interpretación y aplicación en función de los informes presentados por el Grupo de Trabajo creado en el marco de los mismos.

Por ejemplo, el 12 de julio de 2019 en el marco del 41er período de sesiones, se dictó la resolución vinculada a las dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, donde se pone de relieve los efectos desproporcionados de las actividades empresarias en relación a los niños y a las mujeres, y se proponen en consecuencia

⁵⁷ Ídem ut supra, pág. 8/9.

⁵⁸ OCDE (2013); “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”; OECD Publishing; Pág. 3. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

directrices de género específicos a cada uno de los principios, debiendo las empresas y los Estados tener en cuenta las mismas.

III.- Jurisprudencia Interamericana: responsabilidad del Estado ¿y de las empresas?

En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de los años han ido delineando parámetros, directrices respecto a la responsabilidad internacional del Estado derivada del accionar de particulares (incluidas las empresas privadas) por la vulneración a derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

Así, los primeros casos que han analizado el accionar empresarial han tenido vinculación con la afectación a distintos derechos de las comunidades indígenas de la región.

A modo de ejemplo, la CortelDH en el caso “*Sarayaku*” en relación al derecho humano a la consulta previa, expresó que “...*la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.*”⁵⁹.

En líneas generales, la jurisprudencia y/o recomendaciones interamericanas vinculadas a las empresas, el Estado y los pueblos indígenas guardan relación con empresas de negocios⁶⁰, a empresas extractivas o de proyectos turísticos⁶¹.

Cabe poner de resalto que en el marco del sistema interamericano, siendo que los Estados son quienes deben garantizar los derechos humanos

⁵⁹CortelDH; “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones”;27/06/2012; Cons. 187.

⁶⁰ CortelDH; “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”; 31/08/2011. CIDH; “Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo vs. Belice”; 12/10/2004.

⁶¹ CortelDH; “Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”; 08/10/2015.

de sus habitantes, la responsabilidad de las empresas no puede ser considerada en vista a la propia competencia *rationae materiae* del sistema interamericano.

En el caso “*Cantos vs. Argentina*”, la CorteIDH no hizo lugar al planteo del Estado relativo a que las personas jurídicas no se encontraban incluidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conforme lo puntualiza PRADO, “...señaló que los derechos y obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derecho y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación...”⁶².

Otro caso vinculado a una empresa privada (clínica), es el “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, del año 2006, donde se responsabilizó al estado brasilero por el incumplimiento a su deber de prevenir que la empresa privada violara derechos humanos de los pacientes, en particular el derecho a la vida, integridad personal y derecho a la salud.

Concretamente dijo que la responsabilidad del Estado “...también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales...”⁶³

Asimismo, respecto a las personas que se encontraban recibiendo atención médica la CorteIDH refirió que “...dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. (...) La falta del deber de

⁶² PRADO, Carolina; “Cuestiones procesales de la imputación penal a las personas jurídicas, a propósito de la Ley 27.401”; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; Instituto de Ciencias Penales; Cuadernos de Derecho Penal N° 5; Córdoba, Argentina; mayo 2019; Pág. 86. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47752.pdf>

⁶³ CorteIDH; “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”; 04/07/2006; párr. 85.

*regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las **entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal**, así como actos de terceros, **cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos...***⁶⁴.

Otro ejemplo vinculado a los derechos laborales y a la responsabilidad del Estado por las actividades privadas, es el de la Opinión Consultiva 18/03 relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. En este supuesto la CorteIDH refirió que en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de *respeto* de los derechos humanos entre particulares.

En la misma se estableció que los Estados no deben permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

En razón de ello el Tribunal interamericano estableció que un Estado no solo es responsable internacionalmente (en el supuesto planteado) cuando los derechos humanos del trabajador migrante indocumentado sean violados por las autoridades nacionales, sino también por las empresas. Asimismo, se dijo que los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros (empresas) que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de *discriminación*⁶⁵.

El caso “*Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*” resulta sumamente relevante por cuanto es el primer caso donde la CorteIDH hace referencia a los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos de la ONU.

⁶⁴ Ídem *ut supra*; párr. 86 y 90.

⁶⁵ CorteIDH; “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”; Opinión Consultiva OC-18; 17/09/2003, párr.140 y 148.

Aquí, se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Surinam por no contar con un marco normativo que reconociera la propiedad colectiva y personalidad jurídica de los pueblos, y por haber otorgado concesiones mineras vulnerando el derecho a la consulta previa⁶⁶.

En particular, dijo que: *“...la Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.”*⁶⁷

Por otra parte, recientemente la CorteIDH ha dictado la Opinión Consultiva OP-23/17, solicitada por el Estado Colombiana, sobre el medio ambiente y los derechos humanos. Dentro de los aspectos más relevantes, más allá de establecer que el derecho a un ambiente sano es un derecho humano, es que *“(...) Sin perjuicio de la obligación de los Estados de supervisar y fiscalizar las actividades que pudieran causar daños significativos al medio ambiente, la Corte toma nota que, conforme a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos...”*⁶⁸.

⁶⁶ CorteIDH; “Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam”; 25/11/ 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

⁶⁷ Ídem *ut supra*; Párr. 224/225.

⁶⁸ CorteIDH; Opinión Consultiva OC-23/17; “Medio Ambiente y Derechos Humanos”; 15/11/2017; párr. 155.

Por otro lado, respecto a algunas decisiones ilustrativas resueltas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, podemos ejemplificar con el informe de admisibilidad del año 2006 respecto a la petición de “*Los trabajadores miembros de la Asociación de “Trabajadores de la Empresa de Fertilizantes de Centroamérica” (FERTICA) vs. Costa Rica*” donde se alegó que la empresa “Fertilizantes de Centroamérica” los despidió y llevó a cabo actos abusivos contra la Asociación de Trabajadores, actos que motivaron reclamos de índole administrativo y judicial sin ningún tipo de respuesta por parte del Estado de Costa Rica desde el año 1996.

La empresa era una empresa pública al momento en que los peticionarios presentaron su denuncia ante la Comisión. Se declaró admisible respecto a la vulneración de los derechos a la protección judicial, garantías judiciales y la libertad de asociación. La importancia de este caso, radica en el abuso empresarial en materia de derechos de asociación y de negociaciones colectivas de los trabajadores.

En el año 2007 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 65 residentes de la ciudad de La Oroya en Perú. Quienes solicitaron la medida cautelar alegaron ante el organismo que padecían distintos problemas de salud causados por los altos niveles de plomo y otras partículas metálicas en el aire, el suelo y el agua contaminada en el comunidad de La Oroya, como resultado de las actividades de la empresa “*Doe Run*”⁶⁹.

Asimismo, en el año 2008 la Comisión otorgó medidas cautelares para proteger a 38 niños en El Salvador, cuya salud y vida estaban amenazadas como resultado de la contaminación ocasionada por altos niveles de plomo. Los beneficiarios solicitaron el cierre definitivo de la empresa productora de baterías.⁷⁰

En el año 2015, se resolvió la admisibilidad de la petición en el caso de “*Emiliano Romero Bendezú y otros (trabajadores mineros con silicosis) vs. Perú*”. El mismo se trata de 6 trabajadores que, debido a las enfermedades

Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

⁶⁹ CIDH; “Comunidad La Oroya vs. Perú”; 31/08/2007

⁷⁰ CIDH; “El Niño vs. El Salvador” MC; 02/01/2008.

padecidas por la actividad minera, demandaron al Estado por violación a las garantías judiciales y al derecho a la seguridad social, debido a que la empresa no les reconocía una jubilación que pudiera cubrir los elevados gastos de sus enfermedades (caso que se encuentra bajo análisis).

Por otra parte, en el año 2017 la CIDH ordenó al Estado del Perú, en el marco de la medida cautelar “Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios”, brindara la protección necesaria a fin de garantizar la vida e integridad de los miembros de la Comunidad, por cuanto según los solicitantes, se encontrarían en una situación de grave riesgo debido a la falta de atención médica efectiva, integral y continua frente a la presencia de mercurio en sus organismos, y en sus fuentes de agua y suelo debido a la presencia de concesiones mineras en su territorio⁷¹.

Asimismo, en el marco de la Medida Cautelar No. 120-16, hizo lugar a la solicitud en protección de los derechos de la población de un grupo de comunidades del Estado Peruano, en razón del riesgo a sus derechos que se habría ocasionado como resultado de derrames de petróleo crudo en la Amazonia peruana, en diversos tramos del Oleoducto Norperuano por cuanto según los solicitantes, los consecuentes derrames de petróleo crudo pondrían en una situación de riesgo la salud, vida e integridad personal de la población⁷².

En otro orden de ideas, Se publicó en el año 2016 el informe temático sobre los Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, el cual en forma específica hace referencia a resalta que diversas actividades extractivas, de explotación y/o de desarrollo afectan el efectivo goce de los derechos humanos, como ser “...*al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, y comunidades afrodescendientes sobre sus tierras, territorios y recursos naturales; al derecho*

⁷¹ CIDH; “Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios respecto de Perú”; Medida cautelar No. 113-16; 1/09/2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/38-17MC113-16-PE.pdf>

⁷² CIDH; “Pobladores de la Comunidad de Cuninico y otra respecto de Perú”; Medida cautelar No. 120-16; 12/12/2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/52-17MC120-16-PE.pdf>

a la identidad cultural y libertad religiosa; a la vida; a la salud, integridad personal y a un medio ambiente sano; a derechos económicos y sociales vinculados con la alimentación, acceso al agua y derechos laborales; al derecho a la libertad personal y la protesta social; y a la protección frente al desplazamiento forzado".⁷³

En el año 2018 en el seno de la CIDH se creó la segunda relatoría especial existente en el organismo, sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), la cual entre sus funciones tiene la de crear el primer informe de la región vinculado a las empresas y a los derechos humanos.

IV.- Algunos casos de actividades empresariales que violan derechos humanos en Argentina

Como se ha visto hasta aquí, las actividades de las empresas dentro de los Estados afectan directamente a los individuos en muchas ocasiones, quienes ante la producción de daños deben acudir a la justicia a fin de obtener alguna reparación. La ausencia de políticas preventivas y muchas veces la falencia de los tribunales quienes, ante casos tan complejos que vinculan actividades productivas complejas y de conocimiento especializado (minería, agroquímicos, licitaciones públicas, etc.), esos casos quedan impunes, generándose así, vulneraciones a otros derechos como el acceso a la justicia y a las garantías judiciales.

A continuación se expondrán algunos casos que han sido llevados ante los órganos internacionales habida cuenta de la desidia de los distintos estamentos del estado argentino ante las actividades empresariales.

a. Petrolera "Shell CAPSA" en la Provincia de Neuquén

La holandesa Royal Dutch Shell, junto a otras empresas, participa en un proyecto de extracción de gas y petróleo no convencionales en la provincia

⁷³ CIDH; "Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes, Industrias Extractivas"; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15; 31/12/2015; pág. 11. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

Neuquén, Argentina. La filial argentina, Shell CAPSA, participó en la perforación de pozos en las inmediaciones del área natural protegida Auca Mahuida, violando la legislación de protectora del medio ambiente. Tampoco se tuvo en cuenta la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, como las comunidades mapuches afectadas, y su derecho al territorio consagrado en la Constitución Nacional.

Como consecuencia de ello, distintas organizaciones de la sociedad civil presentaron una declaración conjunta al Comité de Derechos Humanos de la ONU y al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en los años 2016 y 2017 respectivamente.⁷⁴.

b.- “Bajo Alumbraera”

En el año 2016 se presentó ante el Grupo de Trabajo de la ONU de empresas y derechos humanos, el caso de Bajo Alumbraera, explotación megaminera que se asentó hace 20 años en el territorio argentino y cuenta con un pronto cierre sin certezas sobre el mismo. Se expusieron los diversos procesos judiciales abiertos vinculados a la empresa los cuales abarcan: desobediencia judicial, contaminación de agua, contrabando y estafa al estado nacional⁷⁵.

La minera Alumbraera, es parte de Glencore, que es la mayor multinacional de materias primas del mundo y acumula denuncias por violación de derechos humanos, contaminación, lavado de dinero y corrupción, pero aún así mantiene un perfil bajo y está lejos de la condena pública⁷⁶.

c.- Empresa “Barrick Gold” y la mina Veladero en la Provincia de San Juan

⁷⁴ Publicación de ÁLVAREZ, Yago; “Cinco violaciones de derechos humanos por multinacionales europeas que hacen necesario un tratado vinculante”; en el Portal CADTM; 16/10/2018; . Disponible en: <http://www.cadtm.org/Cinco-violaciones-de-derechos-humanos-por-multinacionales-europeas-que-hacen>

⁷⁵ Portal La tinta; “Bajo La Alumbraera frente a la ONU”; 31/10/2016. Disponible en: <https://latinta.com.ar/2016/10/bajo-la-alumbraera-frente-a-la-onu/>

⁷⁶ ARANDA, Darío; “El impacto de la multinacional”; publicado en el Portal Página12; 08/04/2018. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/105541-el-impacto-de-la-multinacional>

En el año 2016, un grupo de abogados presentó una denuncia contra el Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a los derechos humanos y ambientales en la mina Veladero. El caso se vincula a la empresa “Barrick Gold”, que en el último año registró dos incidentes ambientales vinculados con el derrame de más de un millón de litros de agua cianurada⁷⁷. La demanda busca en concreto el cese definitivo e inmediato a los daños *ambientales* y los ya provocados en la *salud* de las personas afectadas.

d.- Fábrica “Atanor”

En el año 2018, un grupo de vecinos junto a FOMEA (Foro Ambiental de San Nicolás) denunciaron a la Argentina ante el sistema interamericano por su *inacción judicial* ante un reclamo de hace muchos años vinculado a la contaminación ambiental que produce la fábrica “Atanor” (una de las más grandes compañías de agroquímicos del país). A través de un censo casero, se relevaron 200 muertes en seis cuadras del vecindario de San Nicolás de los Arroyos⁷⁸.

Sin perjuicio de mencionar los casos anteriores, lo cierto es que las distintas actividades desarrolladas por empresas sin el debido control por parte de los Estados vulneran los derechos humanos. En Argentina en los últimos años han comenzado a aparecer casos concretos de denuncias penales por las actividades ilegales de las fumigadoras y sus consecuencias en la salud en la provincia de Santa Fe⁷⁹.

También, la muerte en el año 2018 de Fabián Tomasi, quien al poco tiempo de ingresar a trabajar en el reabastecimiento de los aviones

⁷⁷ ORIGLIA, Gabriela; “Denuncian al Estado argentino por violación a los derechos humanos y ambientales en la mina Veladero”; publicado en el Portal La Nación;10/11/2016. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/denuncian-al-estado-argentino-por-violacion-a-los-derechos-humanos-y-ambientales-en-la-mina-veladero-nid1955054>

⁷⁸ PORTAL LAVACA; “Atanor: vidas y muertes en la denuncia contra el Estado ante la CIDH por contaminación”; 07/12/2018. Disponible en: <https://www.lavaca.org/notas/atanor-vidas-y-muertes-en-la-denuncia-contra-el-estado-ante-la-cidh-por-contaminacion/>

⁷⁹ Portal Airedigital; “Avanza en Tribunales una denuncia por fumigaciones ilegales en Arroyo Leyes” 13/03/2018. Disponible en: <https://www.airedesantafe.com.ar/noticias-regionales-santa-fe/avanza-tribunales-una-denuncia-fumigaciones-ilegales-arroyo-leyes/>

fumigadores de una empresa agrícola le diagnosticaron "polineuropatía tóxica metabólica severa" y falleció a causa de una neumonía (los dueños de la empresa en la que trabajaba murieron de cáncer), es otra muestra de las enormes violaciones a los derechos humanos (individuales, colectivos y medioambientales) que las empresas y el Estado producen y siguen produciendo todos los días⁸⁰.

V.- Estado y corporaciones: daño social y vulneración de derechos

Los ejemplos indicados anteriormente son solo algunos de los muchos que se replican no solo en la Argentina sino en todo el continente americano y en el resto del mundo.

Asimismo, tampoco es novedoso este tipo de casos donde las actividades empresariales y la complicidad y/u omisión del Estado, en vista a réditos directos por las distintas actividades de las corporaciones aparecen. Desde hace años se han denunciado estos casos y la preocupación internacional se ha ido consolidando en la medida en que el Estado no cumple y no ha cumplido su deber de garantizar el respeto a los derechos fundamentales y a la inexistencia de normas y procesos judiciales que permitan a las víctimas de estas vulneraciones poder tener justicia y reparación de los daños ocasionados.

Es en este contexto que en el ámbito de la ONU se debate la posibilidad de realizar un tratado vinculante para las empresas y su responsabilidad por violaciones a los derechos humanos. Este tema trae aparejados innumerables interrogantes, relacionados a la competencia jurisdiccional, las conductas a regular, el sujeto obligado, los conflictos, la jerarquía normativa, entre otros⁸¹.

Como hemos podido ver hasta aquí, en la actualidad, el rol de las empresas privadas ha sido objeto de diversos planteos y reformulaciones, ya

⁸⁰ PARRILLA, Juan; "Murió Fabián Tomasi, un símbolo de los estragos que provocan los agroquímicos en el cuerpo"; publicado en el Portal Infobae; 07/09/2018. Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2018/09/07/murio-fabian-tomasi-un-simbolo-de-los-estragos-que-provocan-los-agroquimicos-en-el-cuerpo/>

⁸¹ CANTÚ RIVERA, Humberto (2016); "¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta"; Anuario mexicano de derecho internacional; Vol. 16; Pág. 4.

que, debido al poder que poseen, es innegable la mayor responsabilidad social que tienen y mientras más grande y globalizada sea la función asignada a la empresa, mayor su poder social. Esta nueva forma de encarar el tema si bien aparecería como contrario a la libertad comercial, la necesaria e innegable vinculación con lo público refuerza la idea de que las corporaciones y/u organizaciones empresarias no escapan a los problemas o realidades humanas⁸².

Es por ello que al adentrarnos en el daño que puede ocasionarse por la actividad misma de la empresa y/o el actuar de quienes forman parte de ella, surge la pregunta de *qué* es lo que lo ha ocasionado, el *porqué* de la producción del mismo.

Si bien analizar en profundidad los alcances del término y de las formas de cuantificación del daño social que pueden producir el binomio Estado-corporación, (por la omisión o aquiescencia del primero, y las actividades del segundo), excedería ampliamente los objetivos del presente trabajo, podemos decir que existen diferentes definiciones y alcances del daño social, pero conceptualizándolo en palabras de PEMBERTON Y YAR decimos que es la "(...) amenaza y un ataque a los seres humanos llevado a cabo por estructuras y procesos externos a ellos, pero dentro de los cuales están inmersos. (...) "⁸³.

En base a ello, y reiterando que existen opiniones dispares respecto a las pautas que permitan cuantificar el daño de manera terminante, siguiendo en este punto a PADDY HILLYARD Y STEVE TOMBS⁸⁴, han identificado cuatro dimensiones del daño social: los "daños físicos" (es decir, la vulneración a los derechos a la integridad física, la salud, la vida), los "daños financieros/económicos" (por ejemplo, en caso de desvío de fondos públicos asignados a alguna empresa por el Estado –privatización de servicios públicos), el "daño emocional y psicológico" (que sufren las víctimas o sus

⁸² VÍTOLO, Daniel Roque (2018); "Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas"; Ed. Rubinzal-Culzoni; Buenos Aires, Argentina; Pág. 309/310.

⁸³ GARSIDE, Richard (2013); "Abordar el daño social: ¿mejor regulación o transformación social?"; Revista Crítica Penal y Poder; nº 5; número especial; septiembre (pp. 225-246) OSPDH; Universidad de Barcelona; Pág. 235.

⁸⁴ Ídem *ut supra*; Pág. 227.

familiares), sumado al esfuerzo emocional de transitar durante años los procesos judiciales nacionales o internacionales en busca de justicia y reparación.

Como se observa, las dimensiones del daño social apuntadas guardan relación con las *consecuencias y efectos* del proceso que en cada caso ocasione el daño social, mas ello no explica las *causas* que dan origen al daño⁸⁵.

Asimismo, y como también expone GERSIDE, centrarse exclusivamente en los efectos de estos procesos, es decir, en los índices del daño social, es “(...) *participar en un acto de reificación: la aceptación de la apariencia superficial como real, en lugar de entenderlos como una serie de ejemplos específicos de los procesos sociales subyacentes que dan lugar a esos efectos. (...)*”⁸⁶.

Cuando hacemos un retroceso a las *causas* y no a las consecuencias, cobra especial relevancia lo expuesto por FERRAJOLI respecto a que no se ha elaborado una teoría del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales del ciudadano que guarden relación con los poderes privados, lo cual en la práctica ocasiona, entre otras cosas, la falta de sujeción a la ley por parte de muchas empresas⁸⁷.

Sobre este punto, y vinculado al tipo de daño que merece protección por parte del derecho, vemos con los casos que han sido expuestos previamente (tanto internacionales como nacionales), que se pone en el tapete la falencia en ponderar las necesidades básicas de los ciudadanos que merecen especial protección por parte del Estado.

En los casos ilustrados, como en los casos de corrupción, el propio Estado y el sector privado son quienes atentan contra derechos elementales de los ciudadanos, como ser el de respeto a la vida y a la integridad.

⁸⁵ Ídem *ut supra*; Pág. 228.

⁸⁶ Ídem *ut supra*; Pág. 237.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi (2001); “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México; pág. 105/106.

Cuando nos encontramos frente a la desidia y omisión del Estado en brindar servicios públicos óptimos a sus ciudadanos, necesariamente se concluye que el rol del derecho debió estar encaminado a reforzar la *prevención* de este tipo de accidentes y no en tolerar la posibilidad cierta de que se eliminen gran cantidad de vidas humanas, por delegar servicios a un conglomerado empresario privado, y actuar únicamente *ex post facto*.

Por otra parte, parece más relevante que las investigaciones se encaminen a brindar una respuesta a los ciudadanos que son directamente afectados por estas actividades, por cuanto para las víctimas el juzgamiento y la sanción de los responsables constituye en sí mismo una forma de reparación.

En este punto del análisis, se pone de resalto que en estos casos donde desde el punto de vista cuantitativo, son hechos que generan grandes daños y cuyo impacto es mucho más fuerte, el derecho penal debería concentrarse en esto, puesto que afecta bienes jurídicos muy relevantes, como la vida, la salud, la integridad psíquica, física entre otros. Pero el derecho penal debe ser la *última ratio* y debe concentrarse en estos crímenes y no en los otros de escasa afectación, es decir, debe abogarse por un cambio en la “balanza”.

Así, este tipo de casos deben servir como disparador para luchar contra la impunidad donde el Estado y las empresas privadas son partícipes de hechos que afectan a un elevado porcentaje de ciudadanos, pero debe entenderse que más allá de identificar quienes fueron responsables en forma individual, hay una división de funciones y con ello una responsabilidad *colectiva*, y si bien desde el punto de vista del derecho penal existen casos donde puede ser más sencillo individualizar a los responsables, no debe olvidarse que existen innumerables situaciones donde las responsabilidades son más difusas y complejas de comprobar, y es allí donde aparece la posibilidad de responsabilizar a la empresa.

En Argentina ello es posible a partir de la sanción de la ley N° Ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria del año 2017, que si bien se vincula con delitos contra la administración pública, lo cierto es que desde el punto de vista político criminal este tipo de decisión resulta peligrosa o débil, al dejar como

mensaje que las responsabilidades individuales no se pueden precisar motivo por el cual se responsabiliza a la persona jurídica. Más ello no significa que tenga un gran contenido de tipo simbólico como modo de poner sobre el tapete el olvido que ha tenido durante tantos años las actividades “permitidas” por el Estado a las distintas corporaciones y que han afectado en forma exponencial a los derechos individuales de los ciudadanos.

Más allá de los aspectos vinculados al derecho y a un necesario cambio de enfoque en la política criminal del Estado para priorizar este tipo de casos donde el daño social producido es muy grande por sobre otros de escasa trascendencia y daño individual, es necesario que la criminología adopte una posición crítica y *externa* al derecho penal, como dice LUIGI FERRAJOLI, a fin de que se exponga la doble vía que hace hoy a la justicia penal extremadamente clasista y poner más en el tapete la innegable relación de complicidad existente que une a las distintas formas de criminalidad del poder: los poderes públicos, la corrupción, la delincuencia organizada, “(...) que han creado uno de los sectores más florecientes, globalizados y productivos de la economía, infectando y contaminando los poderes legales, tanto políticos como económicos. (...)”⁸⁸.

Sobre este tema, y partiendo de la premisa de que, por lo dicho hasta aquí el *poder* no está concentrado únicamente en el “Estado soberano”, si no fragmentado a distintas esferas, es que surge la necesidad de generar alternativas que permitan organizar un sistema de pesos y contrapesos, para que el daño producto de estos poderes no afecte los derechos humanos de los ciudadanos.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi (2013); “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”; Revista Crítica Penal y Poder; n° 4, (pp.224); Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos; Universidad de Barcelona; Pág. 10.

Conclusión

Como conclusión a lo expuesto en el desarrollo del presente trabajo, en primer término se observa que la Criminología Crítica ha logrado re-definir el objeto y los términos de la cuestión criminal. Como señala BARATTA, el pensamiento tradicional, dejaba fuera de reflexión las normas jurídicas o sociales, la acción de las instancias oficiales, la reacción social respectiva y los mecanismos institucionales y sociales a través de los cuales se realiza la definición de ciertos comportamientos calificados como “criminales⁸⁹”.

Es por ello que ha resultado un cambio trascendental para la criminología moderna este cambio de paradigma, y ha permitido además, retomar y apuntar, en la actualidad, la posibilidad de presentarla de una manera global como disciplina que intente determinar los aspectos que han permitido, y continúan permitiendo, la comisión de crímenes de Estado y corporativos.

En el presente trabajo se ha procurado ilustrar el contenido de la actual ley vigente en Argentina de responsabilidad penal de las empresas.

Se ha hecho notar que, sin perjuicio de la existencia previa de normas y jurisprudencia nacional que reconocía que las empresas podían ser sujetos pasibles de responsabilidad penal, el debate parlamentario referido a esta ley en concreto puso en evidencia que los principales motivos político criminales para sancionar la misma, han tenido más que ver con adaptar la normativa interna a los estándares internacionales y en cumplir directrices y sugerencias de algunas organizaciones internacionales más que en una real preocupación respecto al gran daño social que día a día se comete por las actividades empresariales y la flexibilización estatal en el control de las mismas que violan sistemáticamente derechos humanos.

Se observa la utilización del derecho penal como respuesta a los problemas sociales, en particular, al problema de la corrupción que vinculan a la Administración Pública, por un lado, y a su utilización como respuesta a

⁸⁹ BARATTA, Alessandro Baratta (2004); "Criminología crítica y crítica del derecho penal"; Siglo veintiuno editores Argentina; Pág. 223.

reclamos “globales”, por lo cual se puede concluir la injerencia del populismo punitivo en el tratamiento de la misma.

Asimismo, en razón de los estándares internacionales tanto universales como interamericanos, y los casos ilustrados, la criminología contemporánea necesariamente debe involucrarse en el estudio profundizado de estas violaciones sistemáticas y globales a los derechos humanos, los cuales trascienden las fronteras. Ello solo podrá hacerse, dado la complejidad de las nuevas criminalidades que fueron ilustradas, desde un punto de vista crítico o sociológico jurídico penal, por cuanto la ley penal muchas veces, como en el caso, es selectiva y solo tiene un fin simbólico, debiendo entonces realizarse estudios que trasciendan al binomio crimen-delito penal.

También ha quedado evidenciado que desde hace años las empresas no solo han sido y son utilizadas para hechos de corrupción, sino que se vulneran derechos humanos todos los días. Tanto civiles, políticos, como económicos, sociales, culturales y ambientales. Innumerables pronunciamientos en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos han puesto de manifiesto la responsabilidad del Estado por el actuar de las empresas, tanto públicas como privadas, lo cual denota que la ley de responsabilidad penal empresaria no solo resulta criticable desde el punto de vista penal, por los motivos indicados en los párrafos precedentes, sino en la limitada visión respecto a las innumerables responsabilidades que derivan del actuar corporativo y la ausencia de regulación y control interno por parte de los Estados.

En este sentido, debiera analizarse además la posibilidad de reformular el sistema de responsabilidad internacional interamericano, en la medida en que como se hubiera visto, todo el sistema está estructurado para responsabilizar directamente al Estado y no así a las empresas. Así, quizás debiera replantearse la posibilidad de crearse un procedimiento especial para peticionar en contra de una empresa en el sistema interamericano.

Asimismo, se observa que la ley deja abierta la plausible posibilidad de que las personas físicas que en verdad cometan hechos de corrupción puedan quedar impunes, en tanto se prevé la divisibilidad de la acción penal.

Dado todo lo expuesto, puede afirmarse que la hipótesis del presente trabajo es positiva, en tanto la ley 27.401 tiene solo una finalidad simbólica y poco práctica, que en nada evita la impunidad de hechos de corrupción y mucho menos la previsión, control y respeto de los derechos humanos de los habitantes de la república.

A fin de no ser pesimistas, por cuanto se observa que el propio Estado forma parte del daño ocasionado a los ciudadanos por la falta de control en las actividades empresariales, ello no puede disminuir la confianza en el rol del derecho, dentro de un estado constitucional democrático, que procure limitar el poder de entes corporativos en resguardo del respeto y garantía a los derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales de las personas.

Es por ello que la exigencia de imponer normas al sector privado empresario, para garantizar estos derechos elementales y prevenir violaciones a derechos humanos por el abandono y la corrupción deben ser medidas previas, administrativas y no penales que busquen cambios estructurales sobre la manera en la que hasta este momento, prevalecen los derechos de los sectores económicos por sobre el de los ciudadanos.

Bibliografía

- ABRALDES, Sandro (2018); “*La responsabilidad Penal de las personas jurídicas privadas*”; Ed. Rubinzal-Culzoni.
- ÁLVAREZ, Yago; “*Cinco violaciones de derechos humanos por multinacionales europeas que hacen necesario un tratado vinculante*”; en el Portal CADTM; 16/10/2018. Disponible en: <http://www.cadtm.org/Cinco-violaciones-de-derechos-humanos-por-multinacionales-europeas-que-hacen>
- AMANDI, Víctor R.; “*Los tratados internacionales sobre corrupción*”; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/8.pdf>
- ANTÓN-MELLÓN, J. A., Álvarez, G. y Rothstein, P. A. (2017); “*Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas*”; Revista Española de Ciencia Política; 43, 13-36. Doi: <https://doi.org/10.21308/recp.43.01>
- ALVERO, José Luis; “*Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública. ¿un nuevo sujeto en el Derecho Penal? ¿Fin del principio Societas Delinquere Non Potests?*”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46960.pdf>
- ARANDA, Darío; “*El impacto de la multinacional*”; publicado en el Portal Página12; 08/04/2018. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/105541-el-impacto-de-la-multinacional>
- BARATTA, Alessandro (2004); “*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*”; Siglo Veintiuno Editores.
- BARATTA, Alessandro (1997); “*Política criminal: entre la política de seguridad y la política social*”; Tomado del libro titulado Delito y Seguridad de los Habitantes. México, D.F.: Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029076.pdf>
- BERGALLI, Roberto y otros (1983); “*El Pensamiento Criminológico I. Un análisis crítico*”; Vol. I; Ed. TEMIS S.A.
- BERGALLI, Roberto (2013); “*Sistema Penal y Problemas Sociales. Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina - Post-fordismo y control punitivo*”; Universita de Barcelona; Disponible en: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2013/11/bergalli-sistema-penal-y-problemas-sociales.pdf>.
- BERNAL SARMIENTO, Camilo Ernesto y otros (2012); “*Más allá de la Criminología. “Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados*”; versión modificada del estudio preliminar de la obra de Wayne Morrison

“Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial”; Editorial Anthropos (Morrison, [2006]).

- Business & Human Rights Resource Center Boletín Trimestral de Responsabilidad Legal Empresarial; Número 31; junio de 2019. Disponible en: <https://us3.campaign-archive.com/?u=bdd1a6a40ffad39c8719632f&id=dd3f602863>
- Business & Human Rights Resource Centre; “Empresas y Derechos Humanos – Breve Introducción”. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/empresas-y-derechos-humanos-breve-introducci%C3%B3n> (26/06/2019).
- CANTÚ RIVERA, Humberto (2016); “¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta”; Anuario mexicano de derecho internacional; Vol. 16.
- CESANO, José Daniel (2018); “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político criminales de la ley n° 27.401”; Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad; ISSN:2531-1565.
- CESANO, José Daniel; “De pasea por las Cámaras...(observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresarial aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)”; Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Económico; “Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) –VI”; Rubinzal-Culzoni.
- CIDH; “Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo vs. Belice”; 12/10/2004.
- CIDH; “Comunidad La Oroya vs. Perú”; 31/08/2007
- CIDH; “Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios respecto de Perú”; Medida cautelar No. 113-16; 1/09/2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/38-17MC113-16-PE.pdf>
- CIDH; “El Niño vs. El Salvador” MC; 02/01/2008.
- CIDH; “Pobladores de la Comunidad de Cuninico y otra respecto de Perú”; Medida cautelar No. 120-16; 12/12/2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/52-17MC120-16-PE.pdf>
- CIDH; “Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes, Industrias Extractivas”; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15; 31/12/2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- Código Aduanero de la República Argentina
- Código Penal de la República Argentina
- Constitución Nacional de la República Argentina
- CortelDH; “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”; 31/08/2011.
- CortelDH; “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”; Opinión Consultiva OC-18; 17/09/2003

- CortelDH; Opinión Consultiva OC-23/17; “Medio Ambiente y Derechos Humanos”; 15/11/2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- CortelDH; “Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”; 08/10/2015.
- CortelDH; “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones”; 27/06/2012.
- CortelDH; “Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam”; 25/11/2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf
- CortelDH; “Ximenes Lopes vs. Brasil”; 04/07/2006.
- CSJN; “Fly Machine SRL”; Argentina; disidencia Juez Zaffaroni, párr. 5°. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fly-machine-srl-recurso-extraordinario-fa06000077-2006-05-30/123456789-770-0006-0ots-eupmocsollaf>
- ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2011); “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?»; Anuario Español de Derecho Internacional; Vol. 27. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2559/2432>
- FERRAJOLI, Luigi (2001); “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- FERRAJOLI, Luigi (2013); “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”; Revista Crítica Penal y Poder; nº 4, (pp.224); Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos; Universidad de Barcelona
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009); “Tratado de Criminología”, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni.
- GARSIDE, Richard (2013); “Abordar el daño social: ¿mejor regulación o transformación social?»; Revista Crítica Penal y Poder; nº 5; número especial; septiembre (pp. 225-246) OSPDH; Universidad de Barcelona; Pág. 235.
- GONZÁLEZ, Erika y otros; “De qué va el tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos”; CADTM; 25/10/2018. Disponible en: <http://www.cadtm.org/De-que-va-el-tratado-de-la-ONU-sobre-empresas-y-derechos-humanos> (28/06/2019).
- GONZÁLEZ SIERRA, Gonzalo (2012); “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”; Tesis Doctoral; Universidad de Granada; España. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf

- LESCANO, Carlos Julio; “*El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por cohecho trasnacional en el debate parlamentario de 2017*”; Estudios de Derecho Empresario; ISSN 2346-9404.
- LESCANO, Carlos Julio (2018); “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en la ley 27.401*”; Relato efectuado en sesión ordinaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; Córdoba, Argentina. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-compliance-en-la-ley-27.401>
- Ley 26.097 (2006); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116954/norma.htm>
- Ley 27.401 (2017)
- LÓPEZ, Jaime; “*Normas y políticas internacionales contra la corrupción*”; Ed. Probidad; 1era Edición; 2003; Pág. 19. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_repdom_normas.pdf
- “Marco para el informe de los principios rectores de las Naciones Unidas”; Pág. 16. Disponible en: https://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/UNGPRF_SP-Dec2017.pdf
- OCDE (2013); “*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”; OECD Publishing; Pág. 3. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- Observatorio de Política Criminal; Dirección de Política Criminal y Penitenciaria Ministerio de Justicia y del Derecho (2015); “*¿Qué es la política criminal?*”; Bogotá, Colombia; Pág. 4. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/queespoliticacriminal-ilovepdf-compressed.pdf?ver=2017-03-09-180813-317>
- ORIGLIA, Gabriela; “Denuncian al Estado argentino por violación a los derechos humanos y ambientales en la mina Veladero”; publicado en el Portal La Nación; 10/11/2016. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/denuncian-al-estado-argentino-por-violacion-a-los-derechos-humanos-y-ambientales-en-la-mina-veladero-nid1955054>
- PARRILLA, Juan; “Murió Fabián Tomasi, un símbolo de los estragos que provocan los agroquímicos en el cuerpo”; publicado en el Portal Infobae; 07/09/2018. Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2018/09/07/murio-fabian-tomasi-un-simbolo-de-los-estragos-que-provocan-los-agroquimicos-en-el-cuerpo/>
- PAVARINI, Massimo (2002); “*Control y Dominación*”; Siglo veintiuno editores Argentina S.A.
- Portal Airedigital; “Avanza en Tribunales una denuncia por fumigaciones ilegales en Arroyo Leyes”; 13/03/2018. Disponible en: <https://www.airedesantafe.com.ar/noticias-regionales-santa-fe/avanza-tribunales-una-denuncia-fumigaciones-ilegales-arroyo-leyes/>

- PORTAL INFOBAE; “*El discurso completo del presidente Mauricio Macri*”; 03/09/2018. Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2018/09/03/el-discurso-completo-del-presidente-mauricio-macri/>.
- PORTAL LA NACIÓN; “*Transcripción completa del discurso de Mauricio Macri*”; 10/12/2015. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/transcripcion-completa-del-discurso-de-mauricio-macri-nid1852996>.
- PORTAL LA TINTA; “*Bajo La Alumbraera frente a la ONU*”; 31/10/2016. Disponible en: <https://latinta.com.ar/2016/10/bajo-la-alumbraera-frente-a-la-onu/>
- PORTAL LAVACA; “*Atanor: vidas y muertes en la denuncia contra el Estado ante la CIDH por contaminación*”; 07/12/2018. Disponible en: <https://www.lavaca.org/notas/atanor-vidas-y-muertes-en-la-denuncia-contra-el-estado-ante-la-cidh-por-contaminacion/>
- PORTAL LAISQUIERZADIARIO; “*“Macri: “Más verdades y menos relato”*”. Disponible en: <https://www.laizquierdadiario.com/Macri-Mas-verdades-y-menos-relato>
- PORTAL PERFIL; “*Mauricio Macri: “La corrupción, nunca más en la historia de los argentinos”*”; 21/05/2018. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/politica/mauricio-macri-la-corrupcion-nunca-mas-en-la-historia-de-los-argentinos.phtml>
- PowerPoint, material del curso; “*Fundamentos de Derecho Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal*” a cargo del Profesor Olman Alberto Ulate, Maestría en Criminología con énfasis en Seguridad Humana; Universidad para la Cooperación Internacional, 2018/2019.
- PRADO, Carolina; “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas – Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401-*”. Disponible en: <http://www.bolsacba.com.ar/img0/iiije/040420180005034d584618.pdf>
- PRADO, Carolina (2019); “*Cuestiones procesales de la imputación penal a las personas jurídicas, a propósito de la Ley 27.401*”; Cuadernos de Derechos Penal N° 5; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Penales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales; pág. 81. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina4775_2.pdf
- RIVERA BEIRAS, Iñaki y otros; “*Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*”.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki; “*Líneas para una investigación en sociología jurídico penal*”; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Universitat de Barcelona.
- ROMERO BASURCO, Davis Gustavo; “*La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su efectividad para incentivar la implementación del ‘criminal compliance’*”; Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho y Economía; 11/10/2018.

- TAMAYO, F. L. (2016); “*La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano*”; *Revista Criminalidad*; 58 (3): 21-35.
- VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas”; Ed. Rubinzal-Culzoni; Buenos Aires, Argentina;
- VÍTOLO, Daniel Roque (2018); “*Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada*”; Ed. Rubinzal-Culzoni.

Anexos

I.- Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Ley 27401

Objeto y alcance.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

ARTÍCULO 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 artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;
- c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;
- d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

ARTÍCULO 2º.- 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.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 4°.- Extinción de la acción. La acción penal contra la persona jurídica sólo se extinguirá por las causales enumeradas en los incisos 2 y 3 del artículo 59 del Código Penal.

La extinción de la acción penal contra las personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica.

ARTÍCULO 5°.- Prescripción de la acción. La acción penal respecto de las personas jurídicas prescribe a los seis (6) años de la comisión del delito.

A tal fin serán aplicables las reglas de suspensión e interrupción de la acción penal que prevé el Código Penal.

ARTÍCULO 6°.- Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aún 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.

ARTÍCULO 7°.- Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes:

- 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.

ARTÍCULO 8°.- Graduación de la pena. Para graduar las penas previstas en el artículo 7° 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.

Se entenderá que hay reincidencia cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 7° de la presente ley.

El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

No será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal.

ARTÍCULO 9°.- Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren 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 artículos 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;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

ARTÍCULO 10.- Decomiso. En todos los casos previstos en esta ley serán de aplicación las normas relativas al decomiso establecidas en el Código Penal.

ARTÍCULO 11.- Situación procesal de la persona jurídica. 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.

ARTÍCULO 12.- Notificaciones. Cuando la persona jurídica no se hubiera presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán al domicilio legal, que tendrá carácter de domicilio constituido. Sin perjuicio de ello, se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio que se conozca.

ARTÍCULO 13.- Representación. La persona jurídica será representada 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 abogado defensor. En caso de no hacerlo se le designará el defensor público que por turno corresponda.

El representante deberá informar el domicilio de la entidad y constituir domicilio procesal en la primera presentación. A partir de entonces, las notificaciones a la persona jurídica se cursarán a ese domicilio procesal.

En cualquier momento del proceso la persona jurídica podrá sustituir a su representante. Si la sustitución tuviere lugar una vez iniciada la audiencia de juicio, deberá ser motivada, y podrá interrumpir el proceso dentro del límite de los plazos procesales correspondientes.

La sustitución no perjudicará la eficacia de los actos cumplidos por su anterior representante.

Las facultades, número e intervención de los defensores que la asistan se regirán por las disposiciones procesales correspondientes.

ARTÍCULO 14.- Rebeldía. En caso de incomparecencia a la citación, la persona jurídica será declarada rebelde por el juez, a requerimiento del fiscal.

El juez que disponga la rebeldía deberá informar dicha resolución a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos.

Además, deberá disponer de inmediato todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la oportuna continuación y finalidad del proceso, de conformidad con el último párrafo del artículo 23 del Código Penal.

ARTÍCULO 15.- Conflicto de intereses. Abandono de la representación. Si se detectare la existencia de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante, se intimará a aquella para que lo sustituya.

ARTÍCULO 16.- Acuerdo de Colaboración Eficaz. La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por 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 artículo 18 de la presente ley.

El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio.

ARTÍCULO 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 Código Penal.

ARTÍCULO 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 artículo 7° inciso 1) 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 artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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;

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.

ARTÍCULO 24.- Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de 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 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

ARTÍCULO 25.- Registro Nacional de Reincidencia. El Registro Nacional de Reincidencia dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación registrará las condenas que recayeran por los delitos previstos en la presente ley.

ARTÍCULO 26.- Competencia. El juez competente para entender en la aplicación de penas a las personas jurídicas será el competente para entender en el delito por cuya comisión sea imputable la persona humana.

ARTÍCULO 27.- Aplicación complementaria. La presente ley es complementaria del Código Penal.

ARTÍCULO 28.- Aplicación supletoria. En los casos de competencia nacional y federal alcanzados por la presente ley, será de aplicación supletoria el Código Procesal Penal de la Nación.

Invítase a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adecuar sus legislaciones a los lineamientos de la presente ley.

ARTÍCULO 29.- Sustitúyese el artículo 1° del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 1°: Este Código se aplicará:

1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, 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 el territorio argentino.

ARTÍCULO 30.- Sustitúyese el artículo 258 bis del Código Penal por el siguiente:

Artículo 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, prometiére 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.

ARTÍCULO 31.- Incorpórase como artículo 259 bis del Código Penal el siguiente:

Artículo 259 bis: Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

ARTÍCULO 32.- Sustitúyese el artículo 265 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 265: Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el 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.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

ARTÍCULO 33.- Sustitúyese el artículo 266 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 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.

ARTÍCULO 34.- Sustitúyese el artículo 268 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 268: Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

ARTÍCULO 35.- Incorpórase como segundo párrafo al artículo 268 (1) del Código Penal el siguiente texto:

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido.

ARTÍCULO 36.- Modifícase el primer párrafo del artículo 268 (2) del Código Penal, que quedará redactado de la siguiente manera:

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el 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.

ARTÍCULO 37.- Incorpórase como artículo 300 bis del Código Penal el siguiente:

Artículo 300 bis: Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 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.

ARTÍCULO 38.- Sustitúyese el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, por el siguiente:

Artículo 33: El juez federal conocerá:

1) En la instrucción de los siguientes delitos:

a) Los cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros;

b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos;

c) Los cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben o falseen la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso;

d) Los de toda especie que se cometan en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, con excepción de aquellos que por esta ley quedan sometidos a la jurisdicción ordinaria de los jueces de instrucción de la Capital;

e) Los delitos previstos por los artículos 41 quinquies, 142 bis, 142 ter, 145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis, 258 bis y 306 del Código Penal.

2) En el juzgamiento en instancia única de aquellos delitos señalados en el párrafo anterior que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de tres (3) años.

ARTÍCULO 39.- Entrada en vigencia. La presente ley entrará en vigencia a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

ARTÍCULO 40.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, EL OCHO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE.

— REGISTRADO BAJO EL N° 27401 —

MARTA G. MICHETTI. — EMILIO MONZO. — Eugenio Inchausti. — Juan P. Tunessi.

e. 01/12/2017 N° 93803/17 v. 01/12/2017

II.- Versión taquigráfica debate Cámara de Senadores

ABAL MEDINA, Juan Manuel
AGUILAR, Eduardo Alberto
AGUIRRE DE SORIA, Hilda Clelia
ALMIRÓN, Ana Claudia
ALPEROVICH, José Jorge
BARRIONUEVO, Walter Basilio
BASUALDO, Roberto Gustavo
BLAS, Inés Imelda
BOYADJIAN, Miriam Ruth
CABRAL ARRECHEA, Salvador
CASERIO, Carlos
CASTILLO, Oscar Aníbal
CATALÁN MAGNI, Julio César
CREXELL, Carmen Lucila
DE ANGELI, Alfredo
DURANGO, Norma
ELÍAS DE PEREZ, Silvia Beatriz
FELLNER, Liliana Beatriz
FERNÁNDEZ SAGASTI, Anabel
FIORE VIÑUALES, María Cristina del Valle
FUENTES, Marcelo Jorge
GARCÍA, Virginia María
GARCÍA LARRABURU, Silvina Marcela
GIACOPPO, Silvia del Rosario
GIMÉNEZ, Sandra Daniela
Godoy, Ruperto Eduardo
GONZÁLEZ, María Teresa Margarita
GONZÁLEZ, Nancy Susana
GUASTAVINO, Pedro Guillermo Ángel
IRRAZÁBAL, Juan Manuel
ITURREZ DE CAPPELLINI, Ada R. del Valle
KUNATH, Sigrid Elisabeth
LABADO, María Esther
LEGUIZAMÓN, María Laura
LINARES, Jaime
LOVERA, Daniel
LUENZO, Alfredo
LUNA, Mirtha María Teresita
MARINO, Juan Carlos
MARTÍNEZ, Alfredo Anselmo
MARTÍNEZ, Ernesto Félix
MAYANS, José Miguel Ángel
MERA, Dalmacio
MIRKIN, Beatriz
MONTENEGRO, Gerardo Antenor

NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita
ODARDA, María Magdalena
OJEDA, José Antonio
PAIS, Juan Mario
PEREYRA, Guillermo Juan
PEROTTI, Omar Ángel
PÉRSICO, Daniel Raúl
PETCOFF NAIDENOFF, Luis Carlos
PICHETTO, Miguel Ángel
PILATTI VERGARA, María Inés
PINEDO, Federico
REUTEMANN, Carlos Alberto
RIOFRÍO, Marina Raquel
RODRÍGUEZ MACHADO, Laura
ROZAS, Ángel
SACNUN, María de los Ángeles
SOLANAS, Fernando Ezequiel
URTUBEY, Rodolfo Julio
VARELA, Marta Lucía
VERASAY, Pamela Fernanda
ZAMORA, Gerardo
AUSENTES, CON AVISO:
BRAILLARD POCCARD, Néstor
ESPÍNOLA, Carlos
MENEM, Carlos Saúl
RODRÍGUEZ SAÁ, Adolfo
ROMERO, Juan Carlos
EN COMISIÓN:
COBOS, Julio César Cleto
SUMARIO

(...)

11. Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas. (O.D. N° 560/17.)

(...)

- En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las 14 y 44 del miércoles 27 de septiembre de 2017: Sr. Presidente (Pinedo).- La sesión especial está abierta.

(...)

11. Régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas (O.D. N° 560/17.)

Sr. Presidente (Pinedo).- Corresponde proponer la consideración del orden del día que por Secretaría se enunciará.

Sr. Secretario (Tunessi).- Orden del Día N° 560/17. Dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales en el proyecto de ley venido en revisión por el que se establece un régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por cohecho trasnacional. (C.D.- 16/17)

Sr. Presidente (Pinedo).- Tiene la palabra el señor senador Guastavino.

Sr. Guastavino.- Señor presidente: como bien decía el secretario en su informe, vamos a darle tratamiento al proyecto de ley que vino de la Cámara de Diputados, que es el C.D.-16/17 y también al C.D.-17/17, que es una especie de fe de erratas de la Cámara de Diputados con referencia a la doble votación contradictoria entre sí del artículo 258 bis del Código Penal.

Este tema, como lo sabemos, ha sido ampliamente debatido y discutido en el ámbito de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, donde hemos dado participación en seis jornadas –largas jornadas– de debate y discusión a más de 30 expositores. Para ser exacto, 39 expositores fueron los que participaron dándonos su opinión con referencia a esta sanción que provenía de la Cámara de Diputados. Vinieron fiscales, jueces y profesores de derecho penal de distintas universidades; también lo hicieron las cámaras empresariales.

Antes de comenzar con el tratamiento del orden del día quiero referirme al origen del proyecto, cómo fue trabajado en la Cámara de Diputados, al estudio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico que denominó Fase 3 bis y el trabajo que hemos realizado en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales. Y el tratamiento, obviamente, del texto al que arribamos, que vamos a considerar hoy y al que después me voy a referir porque va a haber algunas pequeñas modificaciones.

El proyecto del Poder Ejecutivo que envía la Cámara de Diputados proponía 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 República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos y Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. La convención firmada en el ámbito de la OCDE se dio el 17 de diciembre de 1997 y posteriormente el Congreso de la Nación, por la ley 25.319, le dio respaldo y entró en vigencia en la República Argentina a partir del 9 de abril de 2001. Como principal compromiso derivado de esta convención, se requirió que los Estados parte tipificaran como delito penal la figura del soborno transnacional activo, actualmente previsto y reprimido por el artículo 258 bis del Código Penal.

Ahora bien, además de la tipificación expresa del delito señalado, la convención de la OCDE presenta una serie de medidas relacionadas que permite la aplicación efectiva de la figura y la eficacia de los sistemas de investigación, enjuiciamiento, sanción y prevención. A saber: sanciones efectivas proporcionales y disuasivas, la posibilidad de establecer la jurisdicción de los tribunales nacionales para juzgar hechos cometidos en el extranjero y la necesidad de contar con la definición legal de funcionario público extranjero o funcionario de organizaciones internacionales.

Respecto del trámite parlamentario en la Cámara de Diputados, el proyecto ingresó en la Cámara de Diputados el 21/10/2016 bajo el expediente del Poder Ejecutivo 31/16. Tuvo despacho de comisión el 15 de junio de 2017. Se citó a sesión especial el 28 de junio para comenzar el tratamiento.

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a pedir silencio, por favor, para oír al orador.

Sr. Guastavino.- Decía que se citó a sesión especial en la Cámara de Diputados el 28 de junio para comenzar el tratamiento. Ese mismo día se aprobó en general y, en el debate en particular, se rechazó el artículo 1º. Paradójicamente, el artículo 1º era el objeto de la ley. Y tras una moción de cuarto intermedio negativa, se intentó una segunda moción de cuarto intermedio, que fue votada positivamente y se postergó el debate una semana. El 5 de julio continuó la consideración y se comenzó a realizar modificaciones, en particular del artículo 1º en adelante. Imagínense ustedes: si nosotros tenemos dificultades importantes cuando se trata de lograr consensos en los dictámenes de nuestra comisión, lo que es en el recinto de la Cámara de Diputados modificar en particular este extenso proyecto de ley. Y vemos los hechos: estamos tratando dos expedientes, como dije al principio, el C.D.-16/17 y el C.D.-17/17, que es algo así –como dije– como una modificación, como una fe de erratas, por lo que le informaba de la doble modificación del 258 bis. Ustedes recordarán que 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 1º, 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. Me gustaría acá hacer un pequeño paréntesis para informar qué fue este asunto del informe Fase 3 bis de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que fue efectuado en marzo de este año y que evaluó la implementación en la Argentina de la Convención Antisoborno. El proyecto de ley de responsabilidad penal de personas jurídicas, 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 artículo 258 bis del Código Penal.

También, según la OCDE, debía eliminarse la vaguedad de la tipificación del artículo

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.

Por último, en el final del reporte de la Fase 3 Bis de la OCDE se reitera la recomendación para que la Argentina siga promoviendo la implementación de programas de cumplimiento, conocidos como corporate compliance, controles internos y códigos de ética para prevenir hechos de corrupción internacional, incluidas las pequeñas y medianas empresas que actúan internacionalmente.

Aquí debo aclarar que el proyecto del Poder Ejecutivo ya lo preveía, pero el Senado lo ha reforzado al ponerlo como condición para contratar en el Estado.

Establecimos en el artículo 1º del dictamen el objeto de la ley, ya que en la sanción de la Cámara de Diputados se desvirtuó el espíritu original del proyecto al establecer que las personas jurídicas podían resultar responsables por todos los delitos del Código Penal. Quedó claro a lo largo de las diversas jornadas que se trataba de un error que fue totalmente criticado. De ahí que en el dictamen se prevén los siguientes delitos: cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, previsto en el artículo 258 y 258 bis del Código Penal; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto en el artículo 265 del Código Penal; concusión, previsto en el artículo 268 del Código Penal; enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto en el artículo 268, incisos 1 y 2 del Código Penal y balances e informes falsos agravados, previstos por el artículo 300 bis del Código Penal. También trabajamos sobre el sistema de imputación, que es otro tema que debía definir y que llevó un largo debate hasta último momento. Me refiero a qué sistema de imputación para las personas jurídicas era el más adecuado para nuestro régimen penal.

La discusión estaba centrada entre el sistema por defecto de organización, tomado del proyecto original del gobierno, y el sistema objetivo –también llamado vicarial–, que fue, en definitiva, el que adoptó el proyecto sancionado por la Cámara de Diputados.

Como decía, esto fue motivo de un largo debate. Finalmente, se llegó al acuerdo de que lo mejor para nuestro sistema penal era el sistema de atribución de responsabilidad objetiva, el cual, a su vez, ya está contemplado –así lo remarcábamos– en el artículo 304 del Código Penal, que incorporamos al legislar los delitos contra el orden económico y financiero.

Tengo algunas estadísticas para graficar los distintos regímenes adoptados por los diversos países que componen la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Los que han adoptado el sistema de atribución vicarial fueron veinte países, el 50 por ciento de los países que integran la OCDE. Son Bélgica, Brasil, Bulgaria, China, Colombia, Dinamarca, Estonia, Francia, Islandia, Israel,

Irlanda, Italia, Japón, Corea del Sur, Luxemburgo, Noruega, Rusia, Sudáfrica, Turquía y los Estados Unidos.

El sistema de atribución por déficit de organización fue adoptado por doce países: Australia, Letonia, México, Holanda, Nueva Zelanda, Polonia, Eslovaquia,

Eslovenia, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Y los que han adoptado el sistema de atribución mixto son ocho países: Austria, Canadá, República Checa, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría y Portugal.

En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, que estaba plasmado en la media sanción, diría que fue altamente criticado y fue contundente la oposición de todos los que expusieron y también el espíritu de todos los señores senadores con referencia a la imprescriptibilidad. Comparar o equiparar a los delitos de corrupción con los delitos de lesa humanidad a todos les pareció una barbaridad. La ofensa a la humanidad de los delitos de lesa humanidad hace que se transformen en imprescriptibles. De manera que esa figura fue eliminada del texto en consideración.

En cuanto a las multas, había que definir si se mantenía lo planteado por la Cámara de Diputados, que establecía un porcentaje con relación a los ingresos brutos de las empresas, o se buscaba un sistema alternativo.

Esto también fue duramente debatido y criticado en la jornada de expositores. Por esta razón, en el dictamen en tratamiento se fija una multa de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.

En cuanto a las pymes, la Cámara de Diputados estableció en su sanción exceptuarlas del régimen penal. Pero como lo señalan los expertos, no había razones para que una pyme que comete un delito de los contemplados en la ley no fuera sancionada por su actuar ilícito.

En la propuesta en análisis, todas las personas jurídicas privadas, conforme lo define el Código Civil y Comercial, son susceptibles de responsabilidad penal.

En conclusión, señor presidente, 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.

Seguramente, con posterioridad algún señor senador va a plantear alguna modificación acordada y ya el secretario tiene en su poder una cuestión formal donde se menciona un capítulo y, en realidad, corresponde mencionar otro.

Eso es todo, señor presidente. Gracias.

Sr. Presidente (Pinedo).-Gracias, señor senador.

Tiene la palabra la señora senadora Elías de Perez.

Sra. Elías de Perez.- Señor presidente: antes de hacer una pequeña consideración sobre el proyecto en cuestión, quiero hacer un reconocimiento al señor senador Guastavino, presidente de la comisión que ha llevado adelante el tratamiento del proyecto, porque lo ha hecho con una enorme

responsabilidad. Ha generado cinco audiencias en donde se ha escuchado a las personas que han deseado venir, además de las invitadas, que son las que más saben sobre esta cuestión.

Esto hace que el proyecto en consideración, lejos de ser solamente una iniciativa del Poder Ejecutivo, sea una iniciativa de todos los bloques, una iniciativa de todos los argentinos. Hay una gran cantidad de reformas respecto de lo remitido por el Poder Ejecutivo elaboradas por la Cámara de Diputados y ahora otra gran cantidad realizadas por el Senado de la Nación, todo lo cual, sin ninguna duda, me hace decir que lo que hoy se va a votar es una norma equilibrada y que, de verdad, va a permitir dar un paso más a favor de la transparencia de la relación entre el Estado y la gestión privada.

Y cuando hablamos de que lo que vamos a tratar hoy es este tema, en realidad, de lo que se trata es de un cambio de época. Los empresarios saben que la corrupción sistémica afecta negativamente su gestión empresarial, lo cual lleva a que disminuya la inversión y a que exista una competencia totalmente sucia y una competencia que hace que quienes corrompen terminen estando un paso adelante de quienes hacen el trabajo como corresponde. Por eso, el objetivo principal de este proyecto de ley que estamos por votar es extender la responsabilidad penal a las empresas en los delitos contra la administración pública, principalmente el cohecho, el tráfico de influencias – tanto nacional como transnacional– y las negociaciones incompatibles, entre nosotros.

La iniciativa, señor presidente, promueve también políticas de prevención de la lucha contra la corrupción –esto no es menor, sino muy importante– y las prevé en los dos extremos: tanto en lo privado como en lo público.

Todos los programas de integridad que se sugieren y ponen para que lleven adelante las empresas y también el propio Estado son importantes, porque lo que estamos haciendo es ir un paso antes de que la corrupción se lleve a cabo. No queremos solamente que después se encuentren culpables y que estemos en juicios eternos, lo que queremos es que no haya más corrupción en la Argentina.

También es necesario aclarar, presidente, que, lejos de ser una ley con nombre y apellido, como se ha dicho por ahí o como los medios han tratado de reflejar; lejos de tener el nombre y apellido de una empresa, esta ley tiene otros nombres y apellidos: el nombre y apellido es transparencia, el nombre y apellido de esta ley es creación de confianza, es credibilidad, es fortalecimiento institucional, es permitir que nuestro país realmente siga dando los pasos que nos van a llevar a un crecimiento definitivo.

Por eso, hoy celebro que estemos considerando este proyecto, que trata de brindar un marco normativo para seguir transparentando la relación entre el sector público y el privado –como decíamos al inicio–, completando otros pasos que ya hemos dado, como las licitaciones públicas a través de la web, transparentes, ágiles; como la ley de acceso a la información pública, que hemos votado también en este honorable cuerpo.

Por eso, presidente, hoy es un día para celebrar. Esto es un cambio cultural en la relación entre el Estado y las empresas que contratan con él para realizar obra pública: el objetivo es que siempre sea a favor del pueblo argentino.

Gracias, presidente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, senadora.

Tiene la palabra el senador Pais.

Sr. Pais.- Gracias, presidente.

Esta es una norma necesaria e importante que implica un claro mensaje desde el Congreso de la Nación a la sociedad civil, a los funcionarios públicos y a los contratistas del Estado.

En las largas jornadas a las que hacía referencia el miembro informante, senador Guastavino, hemos recibido innumerables aportes y hemos recibido innumerables críticas de un proyecto venido de Diputados que entendemos que –con buena fe, pero tal vez con demasiado apuro– contenía graves errores e incongruencias, hasta un mismo artículo del Código Penal con dos textos diferentes en la misma norma. Verdaderamente un bochorno institucional desde el punto de vista de los antecedentes parlamentarios. El apuro siempre es mal consejero. Entonces, meritar realmente las necesidades de una ley y sancionarla debe ser un acto de responsabilidad política e institucional y es lo que estamos haciendo en el Congreso.

Mire, presidente: nosotros hemos tomado los antecedentes de la necesidad – porque hoy los sujetos del sector privado y los funcionarios públicos tienen responsabilidad en los delitos contra la corrupción– de atribuir responsabilidades también a las personas jurídicas.

Mire, presidente: hemos tomado no solo los antecedentes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –más conocida como la OCDE–, de la ley 25.319, sino que, fundamentalmente, acá no debemos olvidar que tenemos una convención de las Naciones Unidas ratificada por la República Argentina que nos obliga a meritar, analizar y avanzar sobre la responsabilidad civil, administrativa y penal de las personas jurídicas: la ley 26.097 del año 2006.

Nosotros hemos ratificado la Convención para la Lucha Contra la Corrupción y esta también nos obliga en su artículo 26 a que consideremos políticas activas para reprimir las prácticas aun del sector privado y aun de las personas jurídicas.

Hemos tomado los antecedentes –como bien dijimos– de la doble forma de atribución de responsabilidad: la vicarial y la de por defecto de organización. Algunos hemos defendido y creemos que es más eficiente la responsabilidad por defecto de organización para las personas jurídicas. Hemos entendido que debe existir congruencia respecto del sistema penal argentino. De allí que, a esta vinculación entre el sujeto persona física y el obrar de la persona jurídica por el que se obtiene un beneficio importante indebido fruto de un acto de corrupción con el Estado nacional, también debe caberle esta responsabilidad en términos objetivos.

Pero hemos incorporado algunos aportes importantes, incluso a la iniciativa del Poder Ejecutivo. Queremos establecer a través de esta vía de negociación la obligatoriedad del programa de integridad –el compliance– a todo contratista del Estado, pero no establecerlo indiscriminadamente como para que sea una letra muerta y que a lo mejor se la quieran hacer aplicar a un pequeño comercio, sociedad anónima o a un pequeño restorán y pase sin aplicarse a

una gran empresa contratista. También debemos acotarlo. Por eso, incluso en la redacción del proyecto al que se le dio dictamen queremos establecer que lo que estamos buscando es que el programa de integridad tenga efectiva aplicación en los grandes contratos del Estado, en los contratos por cuyos montos tengan que actuar a nivel de ministro o superior, fundamentalmente en el marco del decreto delegado 1.023/01 de contrataciones del Estado y de las leyes de obras públicas, de concesiones de servicios públicos y de la ley público privada. La idea es que en las grandes obras y en los contratos importantes que suscriba el Estado, fundamentalmente en licitaciones públicas o en licitaciones privadas de montos superiores, las personas jurídicas tengan que tener un programa de integridad. En esos casos este programa de integridad es obligatorio y debe tener pautas mínimas que garanticen, fundamentalmente, los extremos de la propia persona jurídica para el mejor control de sus funcionarios, de sus empleados, de sus directivos, de sus representantes, no incurrir en prácticas delictuales, en prácticas de corrupción. Si no hacemos así, esta ley entrará en letra muerta.

También queremos que el derecho penal sea sancionatorio de estas prácticas de corrupción de las personas jurídicas y que sea sancionatorio en términos claros, en términos económicos en función del beneficio obtenido –en la proporcionalidad– e, incluso, en términos administrativos que hoy se sancionan: pueden perder su autorización para actuar y su propia inscripción como personas jurídicas, entre un cúmulo de sanciones que van desde lo económico hasta lo institucional de la persona jurídica.

Y, fundamentalmente, señor presidente, queremos establecer que el programa de integridad sea proporcional, relacionado con la envergadura de la empresa. Esto quiere decir que una pequeña y mediana empresa, que a lo mejor tiene contratos importantes en la administración con el sector público nacional y que tiene 200, 300 o 400 empleados, debe también implementar un programa acorde a su envergadura económica, como una gran empresa. Ese programa tiene que ser eficiente, no puede ser declamado. Por eso, hemos insistido en que no se le pueden establecer pautas meramente facultativas o descriptivas, sino, fundamentalmente, un mínimo inderogable de la calidad institucional de este programa de integridad para que sea eficiente, sea efectivo y que, además, sea agravante en el caso de un incumplimiento. Seamos claros: si hay delitos de corrupción es porque este programa ha sido deficientemente implementado por la empresa que ha contratado con el Estado.

Yo creo que es importante, que esto es un avance en la calidad institucional y que la Cámara de Senadores ha atendido fundamentalmente los aportes de los ámbitos judiciales, de los ámbitos del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y doctrinarios. Han sido largas jornadas y se ha hecho un análisis exhaustivo.

Seguramente cualquier iniciativa legislativa es superadora y puede ser mejorable, aun esta, pero esto es producto de un estudio, de un consenso y viene a llenar un vacío institucional de la República Argentina no solo en relación al tratado de la OCDE, sino, fundamentalmente, con la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Si no, sigue siendo letra muerta.

Nada más, presidente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, señor senador.

Tiene la palabra la senadora Negre de Alonso.

Sra. Negre de Alonso.- Gracias, presidente.

Efectivamente, los miembros de la comisión y otros senadores hemos compartido largas sesiones donde escuchamos y abordamos esta temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, como comentamos varias veces en la comisión, para la República Argentina no es nueva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque el régimen penal cambiario de la ley 19.359 ya contemplaba la sanción a las personas jurídicas; la Ley de Abastecimiento 20.680 también contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, incluso en forma solidaria con sus dependientes; la Ley de Defensa de la Competencia -la anterior es del año 74-, la 25.156, contemplaba esto; la Ley Penal Tributaria; la Ley de Delitos Bursátiles; la Ley de Residuos Peligrosos y, también, en el anteproyecto del Código Penal, que fue elaborado en su oportunidad, estaba comprendida la responsabilidad de las personas jurídicas.

Esto hace a una cuestión que mencionaban los senadores preopinantes respecto de la transparencia. O sea, la persona jurídica, finalmente, tiene que tener la responsabilidad y no ser un instrumento de evasión de responsabilidades penales que usan para delinquir. Muy por el contrario, de esta forma no solo cumplimos con la convención -como ha dicho el miembro preopinante, como ha dicho el senador Pais-, no solamente nos permitirá ingresar a la OCDE, como se ha dicho desde el gobierno, sino que en realidad esto es mucho más que el simple cumplimiento de una convención.

Es, definitivamente, empezar a transitar un camino de transparencia. Se trata de terminar con qué socios o accionistas de distintas personas de existencia ideal, qué controladores internos o externos -porque también está previsto el control dentro del proyecto que estamos analizando- usen a terceras personas o sociedades para delinquir, terminando finalmente en la insolvencia -tema que tampoco podemos marginar- y dejando a innumerables trabajadores en la calle. O sea, esto es toda una complementación. Nada es casualidad. Nada ocurre solamente desde el punto de vista penal. Todo tiene un impacto, también, en el mundo de la producción.

Bueno, acá ya se habló de la acotación de los delitos. Se habló acerca de a quién estaba dirigido y también se habló del programa de integridad. Creo que lo que debemos resaltar es que hemos incorporado a las pymes, que no figuraban en el proyecto inicial.

Digo esto porque es una realidad que en la República Argentina la mayor parte de las empresas son pymes, así como también es una realidad que las multinacionales y las grandes empresas tienen su proyecto de integración o compliance, como referenciaron acá.

Como bien comentó recién el senador Pais -aquí nos lo han hecho llegar-, hay una flexibilización para no dejar afuera a las pymes, pero proporcional a su dimensión, lo mismo que con las sanciones. En efecto, tal cual venía el texto de la Cámara de Diputados, una sanción sobre un ingreso bruto, donde el ingreso bruto es previo descuento del IVA y va destinado a solventar los costos fijos de

una unidad productiva, de una empresa -que incluye los sueldos del personal-, directamente podía llevar a una empresa a la insolvencia y provocar un efecto bumerán en la economía de nuestro país.

Así que yo creo que, en ese sentido, se ha logrado un equilibrio: un equilibrio en las sanciones, un equilibrio en los delitos que están comprendidos, un equilibrio en los programas de integridad y una nueva cultura. O sea, tener un programa de integridad por ahí suena medio raro, pero tenemos que cambiar la cultura y pensar que cuando nos organizamos empresarialmente para producir bienes y servicios y esa producción de bienes y servicios significa una rentabilidad, también tenemos obligaciones que exceden a las personas humanas.

Si se logra sancionar esta norma ahora, tendrá repercusión en las personas jurídicas, o sea, que hay una responsabilidad mayor. Entonces, con esto, creo que acotamos los límites del delito: prevenimos y sancionamos.

Por supuesto, vamos a acompañar la aprobación y voy a acompañar también la reforma propuesta. Gracias, presidente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, señora senadora.

Senadora Fernández Sagasti: tiene la palabra.

Sra. Fernández Sagasti.- Gracias, señor presidente.

Quería manifestar mi acompañamiento a esta iniciativa. Entiendo que puede llegar a ser beneficiosa una normativa sancionatoria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en determinados delitos, como son el cohecho, el tráfico de influencias, la corrupción, etcétera. No obstante, entiendo que para que esto ocurra deben darse simultáneamente varias circunstancias, partiendo de la base de la complejidad que existe, en cierta forma, sobre atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. ¿Por qué? Porque representan, de cierta manera, algunos entramados organizativos y, en determinadas situaciones o en determinados casos, esos entramados se han hecho casi exclusivamente para violar la ley. Sin embargo, otorgar responsabilidad penal a las personas jurídicas no invalida la persecución a las personas humanas que hayan cometido estos delitos. Estamos hablando de directores, gerentes, socios de negocios, terceros, etcétera, etcétera, etcétera. Por esto, digo y afirmo que entre esas circunstancias que deben darse está el rol fundamental que debe tener la administración de la Justicia a efectos de que esta ley no facilite una válvula de escape para eludir la responsabilidad de las personas humanas que hayan practicado la conducta delictiva.

Pido permiso para leer, por si no me acuerdo bien del ejemplo. Uno de los expositores dio un ejemplo que me parece que es muy ilustrativo para esto que estoy diciendo. El expositor -que si recuerdo bien es el doctor Cruzmencionaba que en la realidad de los hechos se crea un programa de integridad, se piden los informes habituales a los directores, pero, así y todo, la maniobra delictiva acontece. Muchas veces, a pesar de tener el programa de integridad, la maniobra fraudulenta acontece. Y lo grave es que los directores trasladan sus responsabilidades a otros agentes -por supuesto, siempre a gerentes que están bajo su órbita- a quienes les dicen: "Quedate tranquilo que, si detectan esta maniobra, vas a tener a todos los abogados de la empresa a disposición, vas a tener un bono, vas a tener un seguro". Entonces, el riesgo lo

asume el gerente –alguien de menor jerarquía– y el directorio queda a salvo, a sabiendas de la maniobra fraudulenta y a pesar de tener un programa de integridad.

Entonces, lo que anhelo con esta iniciativa -y por eso hablo de lo esencial que son los operadores de derecho para la aplicación de esta normativa- es que no sirva como una forma de impunidad encubierta a las personas humanas que llevaron a cabo la maniobra delictiva con el velo de la persona jurídica. Más allá de esto, por si algún distraído no siguió cómo fue el hilo de la construcción de este proyecto de ley, quiero recordar cómo nace, en qué coyuntura política nace este proyecto de ley.

Más allá de lo que todos sabemos, como decía la senadora, se habló mucho de tener nombre y apellido. Se mencionó Odebrecht. Se habló de esas negociaciones sospechosas que se hicieron a través del gobierno nacional y la empresa. Esto tiene mucho que ver con reuniones del gobierno nacional y representantes de una misión de alto nivel del grupo de trabajo de la OCDE.

Es del caso mencionar, por si no lo saben, que la OCDE no es un organismo encargado del combate a la corrupción, sino una organización para la cooperación y desarrollo económico. Ahora bien, esto se encontraba en la agenda del gobierno nacional. Vinieron aquí el año pasado, hicieron un informe y se juntaron con gente del Ministerio de Justicia, gente del Ministerio de Relaciones Exteriores e, incluso, gente del Congreso. Obviamente, el gobierno nacional tiene mucho interés en pasar a integrar este grupo selecto, global, cuyo leitmotiv es la articulación de políticas macroeconómicas a las características del Fondo Monetario Internacional. Por supuesto, tiene sus propias normas, que imponen a los países para lavar su cara. Se trata de maniobras para países emergentes, por supuesto, llevadas a cabo vulnerando la soberanía política y la independencia económica. No sé si nos suena esto a los argentinos, pero creo que ya lo hemos vivido en varias ocasiones en nuestro país.

Lo que quiero señalar con esto es que este proyecto de ley, que vamos a acompañar, implica definir el marco jurídico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero, atrás de esto, se vienen nuevas imposiciones que quedaron escritas en el informe que dejó la OCDE cuando visitó en mayo de 2016 la Argentina. Allí, además de este proyecto de ley que hoy estamos sancionando, recomiendan un conjunto de recetas –pienso que se imaginan de qué estamos hablando– que ya han fracasado en la

Argentina, en Europa y en todas las partes del mundo en las que se ha intentado proponer. Por ejemplo, apertura indiscriminada de la economía, reducción del gasto público y reducción del peso de las jubilaciones, de cara al futuro, en el presupuesto nacional. El resultado de estas políticas ya lo sabemos: despidos, ajustes de los trabajadores y pérdida de poder adquisitivo. Entonces, el tema de fondo de este paquete de medidas es la flexibilización laboral, el ajuste –nuevamente– a nuestros jubilados, que ya están sufriendo, y por supuesto todo lleva a la reducción del gasto público.

Creo que tenemos que estar muy atentos a esta propuesta del gobierno nacional.

Debemos visualizar lo que se viene, luego de las imposiciones de la OCDE, para pertenecer a este grupo selecto; grupo que, insisto, no tiene como leitmotiv la lucha contra la corrupción, sino la imposición a países emergentes de políticas macroeconómicas para poder lavarse la cara.

Con respecto al proyecto de ley, tengo ciertas consideraciones sobre algunos artículos. Quiero plantear algunas cuestiones, por ejemplo, en el artículo 9º. Creo que el artículo 9º va en contra del espíritu de la ley. Creo que puede llegar a garantizar la impunidad de las personas jurídicas –de las empresas grandes, sobre todo– y hacer zafar también a personas humanas que tienen la responsabilidad de dirigir las maniobras fraudulentas en las que se encuentran las personas jurídicas.

Luego, debo mencionar los artículos 16 a 21 y el acuerdo de colaboración. Creo que este articulado también conlleva un alto riesgo de posibilidad de impunidad. Tiene una regulación muy laxa. Existirían posibilidades de naturalización del fin que persigue nuevamente esta ley, que es la lucha contra la corrupción y la penalidad de las personas jurídicas. Por lo menos, debería haber contemplado que sea un representante de la empresa el que haga el acuerdo de colaboración: que declare bajo juramento o bajo expresa promesa o juramento de decir la verdad y que no decir la verdad conlleve, por supuesto, el delito penal de falso testimonio o delito de encubrimiento. De hecho, sabemos que puede dilatar o desviar la investigación y encauzarla hacia lugares que no tienen absolutamente nada que ver con la verdad objetiva que se plantea en el proceso judicial.

Luego, tenía otras observaciones acerca de los artículos 23 y 24, pero creo que con la propuesta del senador Pais han sido bien guiadas.

El tema de las pymes era una de las preocupaciones que teníamos y no solo en cuanto a la contratación con el Estado nacional, sino respecto de la contratación privada entre las propias empresas. Lo cierto es que, si yo soy una gran empresa, tengo un sistema de integridad y quiero contratar con una pyme, le voy a pedir que tenga esa misma legislación para poder resguardar mi responsabilidad respecto de las contrataciones que quiera hacer.

Entiendo que esto es una normativa que avanza, que hace avanzar el derecho penal argentino, pero creo que tenemos que estar atentos a lo que conlleva esta voluntad del Ejecutivo nacional en el sentido de pertenecer a este grupo selecto de países de la OCDE y todo lo que pueda venir tras las elecciones.

Muchas gracias.

Sr. Presidente (Pinedo).- Muchas gracias, senadora.

Senador Solanas: tiene la palabra... ¿Pidió la palabra, senador Solanas? Me dijeron eso.

Entonces, tiene la palabra la senadora Sandra Giménez.

Sra. Giménez.- Gracias, señor presidente.

La verdad, creo que este es un camino que va en la dirección de la responsabilidad que tiene el Estado argentino de darse a sí mismo las mejores normativas y marcos jurídicos que permitan la paz social, así como la construcción permanente de la confianza entre argentinos y argentinas. Indudablemente nosotros, el Congreso Nacional, somos los que tenemos la responsabilidad de ser representantes del pueblo por la Constitución y, por

ende, de escuchar lo que el pueblo reclama. El pueblo reclama transparencia, el pueblo reclama acciones concretas y la República Argentina las viene encarando desde hace muchísimo tiempo.

La senadora Negre de Alonso hoy bien citaba otras normativas anticorrupción que están vigentes en la Argentina y que no son usadas por los señores jueces de la República –los jueces federales– en un montón de expedientes y de denuncias sobre corrupción en nuestra propia historia institucional.

Por eso, viene bien adaptarse a los tiempos y saber que las mafias se perfeccionan permanentemente, que corrompen y hacen sucumbir a las personas, a las organizaciones y a los Estados. De eso nosotros no estamos exentos. ¿Por qué estaríamos exentos nosotros si hablamos, justamente, de convenios transnacionales, de lucha contra el delito? Hablamos de Italia de 2000 y de todo lo que nos invade como una gran red.

Por eso, bien vale la pena esta discusión y bien vale la pena el esfuerzo que ha hecho el Senado argentino a través de su Comisión de Asuntos Penales para llevar adelante con mayor transparencia las audiencias públicas y la convocatoria de todo lo que explicaba hoy su presidente, el senador Guastavino, para hacerlo de la mejor manera.

Permítanme una dosis de esperanza y una dosis de pesimismo: sobre la ley, las mafias se siguen perfeccionando y, por eso, tenemos que estar alertas permanentemente.

También, en esa instancia, poner blanco sobre negro, porque tiene que ver con estas cuestiones de las que no se habla en este recinto durante este tratamiento:

Latinoamérica infectada; Latinoamérica infectada por una empresa llamada Odebrecht, que está en todos los países corrompiendo, declarando..., que empieza con Brasil dando sus aseveraciones y costándole por esa causa la titularidad a una presidenta de la

Nación. ¡Grave, señor presidente! Creo que no podemos ser tan suaves al momento de nuestra intervención, por lo menos, en lo que a mí respecta.

Tenemos que hablar claro, porque la protección de la Argentina es nuestra responsabilidad, no es sólo del presidente Macri, y las normas que dictemos en consecuencia protegen a los más de 40 millones de argentinos.

Por eso, quiero agradecer la responsabilidad con la que trabajó la comisión y todos los juristas que asesoran. Lo hicimos lo mejor que pudimos.

Acompañamos esta sanción, invocando a Dios para que siga protegiendo a la Argentina y nos lleve por el mejor camino posible.

¡Argentina: miranos con buenos ojos, si lo hacemos diferente!

Muchísimas gracias.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, señora senadora.

Senadora Odarda, tiene la palabra.

Sra. Odarda.- Gracias, señor presidente.

Compartiendo las palabras de algunos de los senadores que me han precedido en esta intervención, yo voy a hacer mención a que, si bien consideramos un paso hacia adelante este proyecto que viene en revisión desde la Cámara de Diputados, hay artículos que entiendo eran más abarcadores en la redacción original del proyecto de Diputados, por ejemplo, el artículo 1º, que resume a

cinco delitos nada más la responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas. Entendemos que hay delitos que quedan afuera de estos cinco delitos tipificados y que, seguramente, algunas personas jurídicas pueden llegar a beneficiarse con los delitos que expresamente se han excluido.

Respecto del artículo 5º, debo decir que es una bandera de nuestro espacio político plantear la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Yo comparto y entiendo los posicionamientos de los senadores, pero es cierto también que gran parte de la responsabilidad de la pobreza en la Argentina es de la corrupción. La corrupción mata, siempre lo decimos.

Respecto del artículo 8º, que habla sobre la graduación de las penas, en uno de los párrafos establece el texto que estamos tratando que se entenderá que hay reincidencia cuando las personas jurídicas sean sancionadas por un delito cometido dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior. También lo consideramos un privilegio respecto de lo que establece el Código Penal en cuanto a la reincidencia.

Y el artículo 9º, que habla de exención de las penas, en el inciso c) establece que queda eximida de la pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica cuando concurren simultáneamente dichas circunstancias. Una de las circunstancias es devolver el beneficio indebidamente obtenido. Por ejemplo, una persona que ha recibido una coima, si la devuelve, se interpreta que queda exenta de pena, cosa que no nos parece correcta.

Más allá de esas observaciones, que vamos a discutir en el tratamiento en particular, nosotros adelantamos el apoyo al proyecto en tratamiento.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, señora senadora.

Senador Mera, tiene la palabra.

Sr. Mera.- Gracias, presidente.

Quiero hacer una breve consideración felicitando a la comisión por el trabajo desarrollado, por haber “emprolijado” y sistematizado, de acuerdo con el orden jurídico existente, este proyecto en revisión que viene al Senado de la Nación, entendiendo que el delito y el crimen organizado cada vez tienen un sentido más interjurisdiccional y transnacional. Entonces, todas estas medidas y este tipo de leyes se vuelven eficaces para ser combatidos, sobre todo cuando se trata de la corrupción. Todo ello, entendiendo también los estándares internacionales que debe lograr la Argentina ante diversos organismos y los diferentes requerimientos que se hacen desde ellos para cumplir con esos estándares. Pero no por ello podemos dejar de ver que el objeto de cualquier legislación que emana del Congreso de la Nación tiene al individuo como centro de su acción. Simplemente, quiero dejar esta reflexión y la consideración.

Hemos aprobado muchas leyes a lo largo de estos dos años que, de alguna manera, van emparchando nuestro Código Penal, pero lo central para la seguridad jurídica y para los principios de conocimiento de la ley en que se basa nuestro sistema jurídico por parte de cada uno de los individuos es que, habiendo tantos juristas en este

Senado, habiendo tantos senadores que son conocedores de nuestro sistema penal, nos pongamos a trabajar también en el ordenamiento de tantas leyes

que hemos aprobado a efectos de poder sistematizarlas, dando así seguridad jurídica a nuestra sociedad y a cada uno de sus individuos.

Gracias, señor presidente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, señor senador.

Senador Urtubey, tiene la palabra.

Sr. Urtubey.- Gracias, señor presidente.

En primer lugar, quiero sumarme a todo lo que se ha dicho, desde la exposición muy completa del presidente de la comisión hasta los aportes hechos por los restantes oradores.

Aunque parezca reiterativo, quiero destacar una vez más el trabajo de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, que ha adoptado un método excelente de participación, de debate y de consulta con expertos. Creo que este es el método que ha funcionado. Frente a ese tipo de metodología, un poco ceden las visiones partidarias.

Uno empieza a ver el problema tal como es. Hay análisis que son objetivos. Hay experiencias que son internacionales. Y esas visiones un poco nos hacen entender, en este tipo de discusiones, que lo principal está por encima de lo accesorio y que lo principal es la lucha contra la corrupción, señor presidente.

Ahora, esta lucha contra la corrupción, sobre todo cuando la corrupción es sistémica, no se aborda exactamente como la lucha contra la corrupción entendido el delito como un hecho individual. Cuando el delito es un hecho individual, la prueba está vinculada a ese hecho individual, el castigo es individual y, digamos, resuelto el castigo, que finalmente siempre llega tarde, se termina el tema del delito individual. Cuando el delito es sistémico, cuando la corrupción es sistémica, uno habla de funcionamientos corruptos. Entonces, la captura ocasional de algún responsable de estos sistemas de corrupción en realidad no altera el sistema de corrupción.

Nuestro sistema penal –bastante deficiente y tardío en este tipo de persecuciones– cada tanto toma alguna de las personas que, sin duda, son responsables y, con eso, parece que se valida el sistema. En realidad, esto no resuelve el tema de la corrupción y el mundo demuestra que no hay forma de resolverlo si no se obtiene también la colaboración de las organizaciones en las cuales se realiza esta corrupción.

Este sistema de concebir la persecución penal creo que va avanzando en el mundo.

Nosotros ya teníamos este tipo de formas, por ejemplo, con el tema del lavado de dinero. Evidentemente, va costando que en la Argentina los juristas –los operadores–entiendan estos sistemas, pero ya nosotros teníamos varias expresiones bastante parciales de cómo es este modelo de persecución penal que requiere de la colaboración del perseguido, por así decirlo. ¿Por qué? Porque en este tipo de delitos no vale el castigo como venganza pública dado que, en realidad, siempre sucede después. El daño económico se produce, el perjuicio a determinada economía se produce y, por supuesto, el perjuicio a la honorabilidad y a la credibilidad del sistema político también.

Entonces, de esto se trata este sistema. Por eso cuesta entender, a veces, la importancia de un programa de integridad; cuesta entender, a veces, de qué manera tiene que obtenerse la colaboración eficaz de la persona investigada o

de la persona jurídica investigada. Esto es lo que hemos establecido en esta ley y la verdad es que creo que lo hemos hecho con mucho trabajo y con mucha tolerancia mutua, porque a veces cada uno tiene su librito. En ese sentido, los juristas son muy especiales también en el tema de enamorarse de sus propias soluciones jurídicas.

Reitero: con mucha tolerancia, con mucha apertura, creo que hemos hecho una norma muy buena, que mejora sustancialmente lo realizado por la Cámara de Diputados.

El senador Pais anticipó algunas de las reformas que se iban a hacer. Por una cuestión de sistematización y de la versión taquigráfica y porque estamos modificando una norma importante, le hemos acercado al señor secretario una propuesta de reforma de los artículos 22, 23 y 24 del dictamen firmado. Entonces, para una mayor comprensión, pido si pueden ser leídas por el secretario parlamentario, así sabemos exactamente las modificaciones al dictamen ya firmado.

Muchas gracias, señor presidente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Gracias, señor senador.

Para cerrar el debate, tiene la palabra el senador Ernesto Martínez. Después, el señor secretario leerá la propuesta del senador Urtubey.

Sr. Martínez (E. F.).- Indudablemente, estos temas de técnica penal son tediosos y aburridos. Es lo que ocurre, entonces, si los restantes senadores...

Sr. Presidente (Pinedo).- No está obligado, señor senador, a aburrirnos. Puede ser

breve y entretenido. (Risas.)

Sr. Martínez (E. F.).- Quedo habilitado a intentar ser entretenido. Gracias, presidente.

No soy un cómico, pero voy a intentar justificar la ley con razones jurídicas y que no sean tan áridas como para que puedan ser escuchadas por todos. Aun por algunos hombres hoscos, de trajes oscuros y ansiosos perennes, que frente a estos temas no tienen mayor interés. No me refiero, desde luego, a senadoras que siempre son juveniles en su actitud mental y su apertura. Societas delinquere non potest, y perdónenme la pronunciación. Para salir de esto, a ciertos adultos realmente hay que romperles la cabeza. Para pensar que una empresa puede delinquir por sí misma, que puede tener capacidad de acción, que puede llegar a una responsabilidad subjetiva y no a las personas que la integran, hay que llegar a un nivel de avance o de ubicación mental que, por lo menos para nuestra generación, es absolutamente difícil. Pero las exigencias del ahora, no simplemente de un organismo internacional, y la comprobación de la realidad social nos llevan a adecuarnos a lo que viene ocurriendo.

En tal sentido, reconozco el inmenso esfuerzo de la comisión para imbricar el proyecto del Poder Ejecutivo que había pasado por Diputados dentro de la dogmática del Código Penal Argentino, evitando entrelazar entonces la necesidad de tener esta ley –a lo cual ya se hizo referencia– con teorías extrañas a nuestro sistema criminal.

Entendimos que la sanción tal cual venía de Diputados, por su desorden sistemático, ya que mezclaba responsabilidad penal indiscriminada de las

personas jurídicas con el agravamiento de las escalas penales en los delitos contra la administración pública y la imprescriptibilidad de las acciones, no merecía ser sancionada en modo alguno como ley de la Nación. Al igual que lo vimos al tiempo de tratar, a nivel de comisión, la sanción sobre extinción de dominio, entendemos que ese despacho debe ser tratado cuando prime la sensatez.

Realmente, no hay que justificar el almanaque, no hay que responder a premuras; no se puede legislar a las apuradas. Soy de aquellos que creen que se tarda lo mismo legislando bien o mal, que se tarda el mismo tiempo. Entonces, tratemos de hacerlo bien, aun cuando nos tomemos un poco más de tiempo. Por hacerlo rápidamente, muchas veces se incurre en errores de los que después es difícil volver.

Por nuestro lado, no creemos en los consensos forzados en la legislación penal.

Al respecto, el trabajo de la comisión no ha transitado por ese camino, a punto tal que en todas las exposiciones he escuchado la premonición de una unanimidad prácticamente al tiempo de votar esta ley.

No puede tratarse el despacho del proyecto de un término medio de aportes o de que todas las ocurrencias se contemplen, pues no todo da lo mismo en materia penal.

Hay que generar un sistema conceptual, general y proporcional. Hay que evitar la casuística o los artículos con nombre y apellido, como bien se dijo acá. Cuando se quiere legislar o dar un imperio de ley con nombre y apellido, para eso está el indulto, que es potestad del Ejecutivo. El Congreso no sanciona leyes con nombre y apellido, sino normas generales. Por eso ya se había descartado una situación en Diputados, la cual se repitió acá.

Vale todo lo dicho para entrar directamente en las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que es un organismo de las Naciones Unidas, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con lo cual, damos ingreso incipiente en nuestro catálogo criminal a dicho aspecto, evitando generalizaciones –como las que venían en el artículo 1º de la media sanción– para incriminar simplemente en punto a ilícitos específicos, donde las personas jurídicas pueden verse comprometidas en actuación criminal que perjudique la vida económica del Estado en su normal y sano desenvolvimiento, en especial de la administración pública.

Entiendo que ese es el bien jurídico protegido por esta ley que pretendemos hoy sancionar. Y se hizo lo más práctico: proceder al listado de los delitos a los que se aplicará esta ley, se cometan dentro o fuera del país y aun por funcionarios públicos extranjeros, porque el principio general en la aplicación de la ley penal es el territorial; lo demás es de excepción. Pero como esta ley es especial, por el bien jurídico que está en juego y porque atañe al interés nacional, entonces la idea es que la actuación de la Justicia argentina se extienda a los delitos cometidos en el exterior y que tengan reflejo sobre el bien jurídico que se protege.

Un cambio de estas características que nos ha costado mucho, o que le ha costado en su momento a las generaciones precedentes, se dio cuando se

introdujo la responsabilidad objetiva en el derecho civil y, posteriormente, en el derecho laboral. Ya para la década del 30, por labor jurisprudencial, el riesgo creado o riesgo de la cosa se introducía, insisto, mediante los fallos, en la resolución de los casos civiles en la Argentina. Luego pasó a la legislación laboral. Posteriormente, por ley 17.711 se incorpora en el artículo 1.113 del Código Civil y, por último, al Código Civil que nos viene rigiendo desde 2014.

Pienso que un tembladeral similar en orden a la forma de pensar debe haber ocurrido en ese momento. En este caso, que pasamos de una responsabilidad absolutamente subjetiva e individual al nivel de responsabilidad empresaria que nos cuesta imaginar, entiendo que va a ocurrir lo mismo. Pero aun cuando ocurra lo mismo, tanto la doctrina como el actuar de los jueces y fiscales determinarán e impondrán límites precisos a aquello que estamos por sancionar.

Como dije, se procuró en el articulado categorías adaptables a las personas jurídicas que permitan considerarlas sujeto de imputación, que es otro de los problemas penales con los cuales habíamos chocado, porque el mundo jurídico argentino, en general, al negarle capacidad de acción y posibilidad de pena – desde el punto de vista penal, no de la sanción administrativa, que es otra cosa– a las personas jurídicas, negaba entonces la consideración como sujeto de imputación. No hace falta nombrar los autores, son absolutamente todos los clásicos argentinos: desde Soler y Ricardo Núñez hasta Zaffaroni.

Admitida la responsabilidad penal de la persona jurídica y saliendo del ámbito del derecho administrativo sancionatorio –extensamente recogido en la legislación anterior–, resta fundamentar acerca de la naturaleza jurídica de aquella responsabilidad criminal. La comisión –no sumando aportes de un modo aluvional, sino por una cuestión de racionalidad y lógica– entiendo que dirime la cuestión mediante un sistema mixto, donde lo más importante, lo esencial, es actuar por la persona jurídica o accionar en su favor, lo que se conoce como responsabilidad vicarial y está recogido en el artículo 2º de este despacho con los límites del elenco de delitos que introduce el artículo 1º, es decir, aquellos adaptables a la responsabilidad de las personas jurídicas, para no ingresar –ya lo vengo diciendo– en la objeción de la falta de capacidad de acción.

Entonces, hay un modo de responsabilidad, ya sea por los dependientes o por quienes parecen serlo o por quienes se hacen pasar por ese carácter generando una responsabilidad objetiva. Es la columna vertebral del despacho el sistema vicarial recogido en el artículo 2º.

Pero, a su vez, esta suerte de exigencia, que fue leída también en sus límites de incorporación de un programa de integridad y que se recoge en los artículos 22, 23 y 24 del despacho, incorpora una responsabilidad subjetiva de la persona jurídica, porque cuando por falta de programa no se prevalecen de él para los beneficios que la misma ley prevé, por acuerdo de colaboración o por exención de pena, incurrir en su propia conducta que va en su agravio, que va en su desmedro.

De modo tal, entonces, que los aspectos subjetivos de la cuestión, que fueron insistentemente levantados por el señor senador Urtubey, han sido

contemplados con las reformas que se sugieren en la redacción final del despacho.

Si este programa o compliance o programa de integridad –que, por supuesto, nosotros tratamos de no llevarlo a las pequeñas empresas atento a su costo y complejidad– en las grandes empresas –que es donde al gusto del modo de expresarse, que en muchos casos yo coincido, son aquellas empresas de la economía concentrada, si les parece bien– no es lo suficientemente seguro o no es confiable o puede ser violado sin mayor esfuerzo, tendrán lo que se conoce como defecto de organización y su responsabilidad subjetiva con la carga penal consecuente.

Hay algo que las ata de manos: en este caso, si no tienen tal programa, no pueden contratar con el Estado, que es la reforma propuesta sobre tablas para el artículo 24 del proyecto. Por lo que hacen, en suma, los órganos de dirección y los agentes de las personas jurídicas existe responsabilidad vicarial por las prevenciones que debe asumir la persona jurídica para ese defecto de organización o responsabilidad subjetiva.

Termina siendo un proyecto de un contenido local que ha tenido en consideración todos los antecedentes internacionales, que ya fueron bien relacionados por el presidente de la comisión miembro informante, pero tiene una sustancia absolutamente nacional.

Me permito finalmente citar a Martín Paulo Antonio, quien ha estudiado especialmente nuestra ley 26.733, de 2012, en Derecho penal y mercado financiero, Editorial Abeledo Perrot, página 312: “Se parte de la transferencia de responsabilidad como criterio de imputación, pero la sanción se impone considerando la culpabilidad de la empresa”. Considero esto una definición que sintetiza lo que la comisión ha pretendido lograr.

Por supuesto, se podrá decir lo que se quiera, pero no se podrá tildar a la comisión de incorporar sin más y sin análisis modelos extranjeros. Ha saldado por un modelo propio.

Les queda a los doctrinarios, como siempre, escribir ríos de tinta sobre esta cuestión y a los jueces elaborar sus decisiones en orden a las razones jurídicas que venimos respondiendo. Pero lo cierto es que hoy, aquí y ahora, tienen el instrumento, ya sea con las objeciones de conciencia o con los llamados a lavar la cara que correspondan o que se consideren, pero es una ley que los jueces deben utilizar.

Por último, habiendo visto no el largo, porque ha sido corto en el tiempo, pero sí el arduo trabajo de la comisión, la sanción de las leyes como parte de la política también entroncan, a mi modo de ver y modestamente, en el arte de lo posible. Pero las leyes penales además de consensos extendidos reclaman coherencia argumental.

La Comisión de Justicia y Asuntos Penales ha intentado dotar al despacho de suficiente fundamentación jurídica, que podrá ser criticada, como todo, pero de ningún modo tacharse de extraviada, disparatada o inexistente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Ha cumplido bastante bien con su compromiso de no aburrirnos en exceso.

Señor secretario, ¿puede leer las reformas propuesta a los artículos 17, 22, 23 y 24?

Sr. Secretario (Tunessi).- Reformas al texto del Orden del Día N° 560/17 propuestas por varios señores senadores.

El artículo 17 quedará redactado de la siguiente manera: “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 esta 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 Código Penal”.

El artículo 22 quedará redactado de esta manera: “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 debe 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.”

Artículo 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:

”1. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad.

”2. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.

”3. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos.

”4. Una política de protección de denunciantes contra represalias.

”5. 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.

”6. 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.

"7. 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.

"8. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad.

9. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad.

10. 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 artículo 24 quedará redactado así: "Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un programa de integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23 será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional en el marco de los contratos que:

"a) Según la normativa vigente, por su monto, deban ser aprobados por autoridad competente con rango no menor a ministro;

"b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4º del decreto delegado 1.023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos."

Sr. Presidente (Pinedo).- Señor senador Guastavino: ¿la comisión acepta las modificaciones?

Sr. Guastavino.- Sí.

Sr. Presidente (Pinedo).- Bueno.

POSICIÓN DEL SEÑOR SENADOR DE ANGELI

Señor presidente:

Estamos frente a la oportunidad de sancionar una nueva ley que va en sintonía con lo que es esta gestión de gobierno de nuestro presidente Mauricio Macri, que ya ha demostrado tener un fuerte compromiso con la transparencia y la lucha contra todo tipo de corrupción. Lo ha demostrado, por ejemplo, cuando el año pasado sancionamos la ley de acceso a la información pública, demostrando que no tenemos desde este gobierno nacional nada que ocultarle a la sociedad. También cuando sancionamos desde el Senado la ley de regulación de la publicidad oficial, que lamentablemente aún la Cámara de Diputados no ha tratado. Estas leyes demuestran que queremos y tenemos un gobierno y una gestión transparente.

Mucho daño se le ha hecho a la República con gobiernos que de la regulación o la imposición o la discrecionalidad hicieron una forma de gobernar. Debemos ser claros: algunos sectores empresariales tuvieron con estas formas de gobierno oportunidades que representaron ganancias extraordinarias para unos pocos y quienes se mantuvieron firmes en su conducta y honestidad no tuvieron lugar en la vinculación con el Estado. Por todo esto, esta ley es un mojón en la lucha contra la corrupción para que podamos tener un país serio de una vez por todas.

Esta iniciativa es una gran herramienta más para que nuestra Justicia pueda actuar en consecuencia y para que veamos por una Justicia independiente para tener una Nación libre, con justicia social y en la cual el dinero de los

impuestos sea bien administrado a través de la transparencia para que puedan ser volcados en la educación, la salud y la seguridad de todos los argentinos.

Somos de los pocos países que no contaba con una ley de este tipo y con esto estamos cumpliendo con todo lo que dispone la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–.

Señor presidente: queremos un país serio, donde quienes se beneficiaron con prácticas mal habidas tengan que responder ante la Justicia. Adelanto mi voto positivo y espero que prontamente esta iniciativa, que debe volver a la Cámara que le dio origen, sea sancionada por el pleno de la Cámara de Diputados.

POSICIÓN DEL SEÑOR SENADOR LOVERA

Señor presidente:

Nos encontramos analizando en revisión el proyecto de ley sancionado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación respecto del régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que se sustancia en el expediente C.D.-16/17.

El proyecto mencionado tuvo su origen en una iniciativa del Poder Ejecutivo nacional y ha tenido en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de este Honorable Senado de la Nación un profundo y amplio estudio, en el que se consultaron las opiniones y planteos de diversos juristas y de organizaciones no gubernamentales sobre la materia, que han coadyuvado a esclarecer sus diversos aspectos legales y, de este modo, se introdujeron importantes modificaciones a la sanción que ha venido en revisión.

Sin perjuicio de ello, se pudo advertir en las reuniones convocadas por la comisión que, incluso entre los juristas consultados, existe cierta disparidad de criterios en relación con el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sentido de que, para unos, más bien sería competencia del derecho administrativo sancionador y, para otros, de competencia penal.

Señor presidente: en ese orden de ideas y aclarado ello, resulta claro y necesario decir que la sociedad demanda y que nuestro país también necesita tomar medidas innovadoras y permanentes para luchar y combatir, tanto en el orden público como en el privado, contra el flagelo de la corrupción, como así también contra el poder económico de ciertas empresas y de sus funcionarios – sean públicos o privados– que vulneran el prestigio, la honestidad y la honorabilidad que deben reinar en sus respectivas funciones y en el desarrollo de cualquier actividad política y económica.

A esta altura de la exposición destacamos que nuestra legislación penal solo permite sancionar a las personas de existencia física en estos tipos de delitos y, respecto de las jurídicas, con sanciones de tipo administrativas, como multas, clausuras, etcétera; aunque resulta necesario resaltar la existencia de normas legales que autorizan a sancionar a personas jurídicas respecto de delitos tributarios.

En ese orden de ideas, en el año 2011 se le introdujeron modificaciones al Código Penal orientadas a permitir aplicar multas, suspensiones parciales o totales de actividades y cancelación de la personería legal, entre otras sanciones, a aquellas empresas involucradas en delitos contra el orden económico y financiero –artículos 304 y 313 del Código Penal–.

Entonces, señor presidente, el proyecto en análisis no hace más que avanzar, generar y perfeccionar con más profundidad en establecer una responsabilidad mayor a las empresas que intervengan en delitos de corrupción.

Es que, para que exista la figura penal del cohecho, además de un funcionario público corrupto debe existir una empresa o persona física dispuesta a pagar para obtener beneficios ilícitos.

El trabajo de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales ha sido ejemplar, profundo y muy responsable. Es por ello que las modificaciones realizadas por esta Honorable Cámara tornan más claro, preciso, real y simple el texto del proyecto que, de convertirse en ley, los señores jueces –que son en definitiva quienes deberán aplicar esta novedosa normativa que integrará el sistema penal argentino–, ante el sistema tradicional de responsabilidad subjetiva vigente desde siempre en nuestra legislación en la materia, contarán con esta otra herramienta.

Honorable cuerpo: el proyecto que estamos debatiendo implica un cambio profundo en la regulación de la anticorrupción en el ámbito de nuestro país, como también del sistema penal en su conjunto, al penalizar a las personas jurídicas, además de a las personas físicas.

En resumen: el proyecto de ley en revisión que nos encontramos debatiendo establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.

A diferencia de lo previsto por el texto que obtuvo media sanción de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se ha circunscripto el número de delitos en los que este régimen resulta aplicable.

Es decir:

- a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el artículo 265 del Código Penal;
- c) Concusión, previsto por el artículo 268 del Código Penal;
- d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previstos por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Luego de un intenso y gran debate, se ha optado por un factor de atribución de responsabilidad objetivo o vicarial, por el cual la persona jurídica es responsable cuando los delitos señalados hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

En materia de prescripción de la acción se ha fijado en un plazo uniforme de seis años, contados desde la comisión del delito, siguiendo el criterio del último anteproyecto de Código Penal de la Nación.

Asimismo, se han readecuado las penas y su cuántum:

1. Multa de dos a cinco veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;

2. Suspensión parcial o total de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez 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 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.

La exención de pena está prevista únicamente en el supuesto de que se den simultáneamente tres circunstancias:

- a) Denuncia espontánea del ilícito;
- b) Existencia de sistema de control y supervisión adecuado, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y
- c) Devolución del beneficio indebido obtenido

Por su parte, se ha precisado el alcance del acuerdo de colaboración eficaz que pueden celebrar la persona jurídica y el Ministerio Público. A través de ese acuerdo la persona jurídica se obliga a cooperar revelando información o datos para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de los autores o la recuperación del producto o ganancia.

El acuerdo exige que la persona jurídica pague el equivalente a la mitad del mínimo de la pena de multa que mencionamos anteriormente, así como la restitución de las cosas o ganancias producto del delito y el abandono a favor del Estado de los bienes que serían decomisados si recayere condena.

El juez evaluará la legalidad y decidirá su aprobación, observación o rechazo. Si es aprobado, durante el plazo de un año se corroborará la verosimilitud de la información aportada y, de ser así, se dictará sentencia, que no podrá imponer otras penas que las incluidas en el acuerdo.

Caso contrario, el juez dejará sin efecto el acuerdo y el proceso continuará conforme a las reglas generales.

En cuanto al programa de integridad, los artículos 22 y 23 lo definen y detallan su contenido.

Este dictamen ha agregado que, para contratar con el Estado nacional, será requisito para las

personas jurídicas contar con el programa de integridad.

Por último, se han realizado las adaptaciones que corresponden al articulado del Código Penal, incorporando la pena de multa a aquellos delitos contenidos en el plexo de esta ley que no la tenían.

Para finalizar, señor presidente, de sancionarse este proyecto, el país cumple con los estándares internacionales en materia de delitos de corrupción y soborno transnacional fijados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–.

Asimismo, al restringirse la responsabilidad penal empresarial solo a los delitos de corrupción y no a todo el régimen del Código Penal, creemos que estamos

siendo más coherentes con la instauración definitiva de este tipo de responsabilidad penal objetiva en el ámbito de nuestro Código Penal.

Señor presidente: debo manifestar que confío en el minucioso y profundo trabajo llevado a cabo en el seno de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de este honorable cuerpo y, en especial, en cada uno de los colegas que la integran, y la colaboración prestada por numerosos juristas y entidades no gubernamentales, que nos han orientado para arribar a la redacción consensuada del dictamen en análisis:

Por lo expuesto, el bloque PJ-La Pampa dará su voto afirmativo a esta iniciativa.

Sr. Presidente (Pinedo).- Se va a votar en general...

Sr. Fuentes.- Pido la palabra.

Sr. Presidente (Pinedo).- Senador Fuentes: tiene la palabra.

Sr. Fuentes.- Quiero hacer una propuesta para la votación.

A los efectos de asegurar la unanimidad o al menos lo que son las mayorías calificadas de los dos tercios, propongo dividir la votación, en general y en particular, en un bloque aparte, que son los artículos 8º –que fue mencionado– en el párrafo que hace al régimen de la reincidencia; el 9º, que establece el privilegio de la no pena, y el capítulo que repugna la igualdad ante la ley, que es el convenio de colaboración o delación premiada.

Es decir, menciono entonces los artículos que deberían quedar aparte de la votación en particular: el artículo 8º, en el párrafo mencionado; el artículo 9º y los artículos 16 hasta el 21, inclusive. Eso, pido votarlo aparte para que quienes estamos en contra podamos votar.

Sr. Presidente (Pinedo).- En consideración la propuesta del senador Fuentes.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

- Se practica la votación a mano alzada.

Sr. Presidente (Pinedo).- Aprobada.

Ahora se va a votar en general, de acuerdo con el texto del dictamen, con las modificaciones aprobadas por la comisión que han sido leídas por Secretaría.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Para la votación en general del Orden del Día Nº 560/17 resultaron 65 votos afirmativos, cero negativos y cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.10

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación en particular primero el artículo 1º, porque tenía una observación de la senadora Odarda. Se vota. Senadora García: tiene que identificarse. La senadora Labado va a votar negativamente.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

10 Ver el Apéndice.

11 Ver el Apéndice.

12 Ver el Apéndice.

13 Ver el Apéndice.

14 Ver el Apéndice.

Sr. Secretario (Tunessi).- Para el artículo 1º resultaron 64 votos afirmativos, un voto negativo y cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.11

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación en particular los artículos 2º, 3º y 4º en forma conjunta. Se vota.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Artículos 2º, 3º y 4º: resultaron afirmativos, 65 votos; negativos, cero votos; y cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.12

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación el artículo 5º solamente. Se vota.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Artículo 5º: resultaron 64 votos afirmativos, uno negativo y cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.13

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a hacer votar los artículos 6º y 7º en forma conjunta. Se vota.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Artículos 6º y 7º: resultaron 65 votos afirmativos, cero votos negativos y cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.14

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación el artículo 8º, en forma individual.

Senador Fuentes: tiene la palabra.

Sr. Fuentes.- Ante una consulta en torno a que el artículo en sí engloba una serie de cuestiones –es un artículo muy extenso– y dado que la observación únicamente estaba en el párrafo de la reincidencia, a los efectos de no perjudicar la armonía en la ley vamos a cambiar la propuesta y algunos senadores vamos a solicitar autorización para abstenernos en la votación, para no votar en contra del artículo 8º únicamente.

Sr. Presidente (Pinedo).- Entonces, sírvanse indicar aquellos que se van a abstener. Por Secretaría se va a tomar nota.

Sr. Secretario (Tunessi).- Quienes se van a abstener son la senadora Fernández Sagasti, el senador Fuentes, el senador Godoy, la senadora Pilatti Vergara, la senadora García, la senadora Labado, la senadora González, la senadora Sacnun y la senadora Almirón.

Sr. Presidente (Pinedo).- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar si el cuerpo autoriza las abstenciones.

- Se practica la votación a mano alzada.

Sr. Presidente (Pinedo).- Aprobado. Quedan autorizadas.

Se va a votar, entonces, el artículo 8º en forma individual.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Artículo 8º: resultaron afirmativos, 55 votos; negativo, uno; y 9 abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.15

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación el artículo 9º en forma individual.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

15 Ver el Apéndice.

16 Ver el Apéndice.

17 Ver el Apéndice.

18 Ver el Apéndice.

19 Ver el Apéndice.

Sr. Secretario (Tunessi).- Se registran 56 votos afirmativos, 9 negativos, cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.16

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación los artículos 10 a 15 en forma conjunta.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Se registran 65 votos afirmativos, cero negativos, cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.17

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación los artículos 16 a 21, inclusive, en forma conjunta, recordando que el artículo 17 se vota con la modificación leída por Secretaría.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Se registran 56 votos afirmativos, 9 negativos, cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.18

Sr. Presidente (Pinedo).- Voy a someter a votación los artículos 22 a 39, inclusive, en forma conjunta, con las redacciones de los artículos 22, 23 y 24 leídas por Secretaría.

- Se practica la votación por medios electrónicos.

Sr. Secretario (Tunessi).- Se registran 65 votos afirmativos, cero negativos, cero abstenciones.

- El resultado de la votación surge del acta correspondiente.19

Sr. Presidente (Pinedo).- Queda sancionado el proyecto de ley. Pasa a la Cámara de

Diputados para su consideración final.20

20 Ver el Apéndice.

III.- Sentencia "Fly Machine SRL"

Buenos Aires, 30 de mayo de 2006.

Vistos los autos: "Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario".

Considerando:

Que tal como lo señala el señor Procurador Fiscal en su dictamen, la apelación federal carece de fundamentación suficiente.

Por ello, se declara mal concedido el recurso extraordinario deducido. Hágase saber y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia) - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Provincia de Córdoba, en cuanto resolvió declarar la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio de fs. 319/321 (formulado por la querrela) y 322 (presentado por la fiscalía) en razón de que en ellos se había imputado a una persona jurídica -la empresa "Fly Machine S.R.L."- la comisión de un delito -contrabando documentado en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. b, 865 inc. f y 871 del Código Aduanero)-; declarándose también la nulidad de todos los actos procesales que referían a la aludida empresa como imputada.

Contra esa decisión los apoderados de la Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General de Aduanas) dedujeron el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 29.

2º) Que para así decidir, el tribunal a quo sostuvo que no resultaba posible aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ello implicaba la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena, aunque sí reputó factible sancionar al ente ideal con penas o medidas de seguridad de carácter administrativo, como lo son las que el Código Aduanero contempla en los arts. 876, ap. 1º, incs. "g" e "i" y 888, las cuales se aplicarían como consecuencia de la conducta de los órganos de estos entes colectivos.

3º) Que la recurrente fundó su apelación extraordinaria en la errónea interpretación de los arts. 94 ap. 2º, 863, 864 inc. b, 865 inc. f, 871, 872, 876, 887, 888, 1026 y 1121 del Código Aduanero -ley 22.415-, dado que tanto el

Tribunal Oral interviniente como el a quo habrían efectuado un examen desacertado de las normas jurídicas que regulan el juzgamiento en sede penal de una persona jurídica y el sistema de doble jurisdicción -criminal y administrativa- que deriva de las penas previstas para el delito de contrabando.

También se impugnó la sentencia por considerarse que incurría en una arbitrariedad concerniente a sus fundamentos y efectos, en razón de que el fallo cuestionado se apoyaría en una inexacta valoración jurídica toda vez que, aun aceptando la imposibilidad de juzgamiento en sede penal de una persona de existencia ideal, no cabría aplicarle pena sin asegurársele previamente el ejercicio del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente por hallarse en tela de juicio la inteligencia que corresponde asignar a determinadas normas federales y porque lo resuelto ha sido contrario al derecho que la recurrente fundó en ellas. A su vez, la decisión objetada genera para la recurrente un gravamen de imposible reparación ulterior porque el derecho alegado debe ser amparado en la oportunidad procesal en que fue invocado habida cuenta de que la declaración de nulidad de todos los actos procesales que afectaron a la empresa "Fly Machine S.R.L." como imputada implicaría su desvinculación definitiva del proceso penal.

5°) Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*.

6°) Que en tal sentido, cabe relevar que de las expresiones "hecho del proceso y de la causa" (art. 18 de la Constitución Nacional) y "las acciones" a que refiere el art. 19 constitucional -que a contrario sensu, serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública)- surge el principio de materialidad de la acción (*nulla injuria sine actione*) según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta.

Por lo demás, conforme a la incorporación del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que sólo pueden configurar delitos las acciones u omisiones -art. 11, 2° párrafo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 15, párrafo 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 40, párrafo 2°, ap. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño-.

7°) Que por lo tanto, la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal.

8°) Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional nulla injuria sine actione impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena.

9°) Que en cuanto a las normas federales invocadas, cabe consignar que, en rigor, no se encuentra cuestionada la interpretación de las tipificaciones contenidas en los arts. 863, 864, 865, 871 y 872 del Código Aduanero -pese a lo afirmado por la recurrente-, pues la discusión planteada no atiende a la estructura de los tipos penales mencionados sino que remite a su no aplicación respecto de un ente ideal.

10) Que, por su parte, el art. 887 del ordenamiento jurídico aduanero se limita a establecer una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con sus dependientes por las penas pecuniarias; mientras que el artículo siguiente, si bien refiere al supuesto en que un ente ideal resulte condenado por algún delito aduanero, ello no implica per se el reconocimiento legal de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos. Ello es así porque la norma admite una exégesis diferente -que de acuerdo a las apreciaciones efectuadas sería respetuosa del texto constitucional- que consiste en relacionar la expresión "fuere condenada" con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican las penas pecuniarias -interpretación ésta que resulta extensible a la norma del art. 94, ap. 1, inc. d, 1°, según la remisión que surge del ap. 2°, inc. "d", del citado precepto legal-. 11) Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto -precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación-, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica "la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena".

12) Que tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia

ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso.

13) Que ello no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición sólo se limita a frenar el impulso por dotar a aquellos entes de capacidad delictiva.

14) Que dicha doctrina armoniza plenamente con la fijada por esta Corte en Fallos: 321:2926 y 323:637, oportunidades en la cuales se sostuvo que del ordenamiento aduanero (art. 1026) surge que las sanciones del art. 876, ap. 1, son accesorias de la pena privativa de la libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo.

15) Que, por último, tal postura no implica afectación alguna al derecho de defensa del ente ideal toda vez que puede ser ejercido en la instancia correspondiente y por ante el juez competente.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Hágase saber y devuélvase al tribunal de origen. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA Recurso extraordinario interpuesto por Raúl A. Bustos Cara y Jorge A. Jiménez Kockar (en representación de la AFIP) Traslado contestado por el Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, titular de la Fiscalía N° 3 ante la Cámara Nacional de Casación Penal Tribunal de origen: Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Provincia de Córdoba; Juzgado Federal N° 1 con asiento en la Provincia de Córdoba