



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

“La aplicación del *compliance* en el sector público como medio  
para prevenir la corrupción”

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Sara Portabella

Director: Dr. Juan Ignacio Pérez Curci

Mendoza, 2021

## INDICE

### INTRODUCCION 5

#### CAPITULO I: La corrupción

1. Historia. 7
2. Concepto. 11
3. Tipos de corrupción. 14
  - a. Corrupción negra, blanca y gris. 14
  - b. Corrupción ascendente y descendente. 14
  - c. Corrupción nacional y transnacional. 15
  - d. Corrupción unipersonal y plurisubjetiva. 15
  - e. Corrupción aislada y sistémica. 15
4. Corrupción y Derechos Humanos. 15
5. Imprescriptibilidad. 18
  - a. Introducción. 18
  - b. Posturas para fundar la pretendida imprescriptibilidad. 22
    - b.1 El delito de corrupción como violatorio de los Derechos Humanos. 22
    - b.2 El delito de corrupción como atentatorio contra el sistema democrático. 23
    - b.3 El delito de corrupción como delito de lesa humanidad. 25
  - c. Colofón. 29

#### CAPITULO II: Responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. La empresa. 31
2. Historia. 32
3. Ley 27.401. 37
  - a. Introducción. 37
  - b. Breve análisis de los aspectos más relevantes de la ley 27.401. 38
    - b.1 Personas jurídicas privadas. 38

<b>b.2</b> Delitos contemplados.	39
<b>b.3</b> Responsabilidad.	40
<b>b.4</b> Cuestiones relativas a la acción.	40
<b>b.5</b> Penas.	41
<b>b.6</b> Graduación de la pena.	43
<b>b.7</b> Exención de la pena.	43
<b>b.8</b> Decomiso.	44
<b>b.9</b> Acuerdo de colaboración eficaz.	45
<b>b.10</b> Programa de integridad.	46
<b>b.11</b> Reincidencia.	48
<b>b.12</b> Cuestiones procedimentales.	49
4. Reglamentación de la ley 27.401: Decreto Nacional 277/2018.	49

### **CAPITULO III: *Compliance***

1. Qué es.	51
2. Historia.	54
3. Lineamientos de integridad.	55
4. Programa de integridad.	57
a. Concepto.	57
b. Elementos.	58
<b>b.1</b> Elementos mandatorios u obligatorios.	58
1. Código de ética.	58
2. Capacitaciones.	59
3. Reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público.	60
<b>b.2</b> Elementos no mandatorios.	60
1. Apoyo del alto nivel al Programa.	60
2. Canales internos de denuncia.	61
3. Protección de denunciantes.	62
A. <i>Whistleblower</i> o informante interno.	62
4. Sistema de investigación interna.	64
A. Correo electrónico.	66

<b>B.</b> Requisas personales.	67
<b>C.</b> El derecho a no declarar contra sí mismo.	68
5. Debida diligencia hacia terceros.	69
6. Debida diligencia en procesos de transformación societaria.	70
7. Responsable interno o <i>compliance officer</i> .	71
8. Análisis periódico de riesgos.	73
9. Monitoreo y evaluación continua de la adecuación del Programa.	74

#### **CAPITULO IV: *Compliance* en el sector público**

1. ¿Es posible aplicar el <i>compliance</i> en el sector público?	75
2. Plan Nacional Anticorrupción (2019-2023).	79
3. Qué se entiende por sector público.	84
4. Herramientas pasibles de aplicación.	87
a. Código ético.	87
b. Capacitaciones.	88
c. Análisis de riesgos.	88
d. Canal de denuncias.	89
e. Responsable de cumplimiento.	92
f. <i>Tone from the top</i> .	93
5. Otras cuestiones.	93

<b>CONCLUSIONES</b>	97
---------------------	----

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	102
---------------------	-----

## INTRODUCCION

En los últimos tiempos, hemos tomado conocimiento de resonantes escándalos de corrupción en diversas partes del mundo, que involucraron grandes montos de dinero y en los que tuvieron participación empresas. En este sentido, se observa que las empresas ofrecen un ámbito propicio para la comisión de delitos debido a la imposibilidad de individualización del autor, la difusión de responsabilidad y la falta de control. En este contexto, frente a una empresa que adquirió un rol preponderante en el mundo moderno, con gran cantidad de recursos y poder, y ante las falencias evidenciadas en el control de la criminalidad empresarial, surgió la posibilidad del control interno por parte de la empresa, complementando el control estatal. Ello, teniendo en consideración que nadie conoce mejor que la propia empresa las situaciones que atañen a su actividad y que pueden suscitarse en su organización. Así surgió el *compliance*, como una alternativa de autorregulación regulada.

Como bien es sabido, la corrupción afecta a todos los ámbitos y espacios. Así, el sector público no es la excepción. Resonantes casos de corrupción donde han intervenido funcionarios públicos así lo demuestran. La corrupción en el sector público afecta directamente a la sociedad, socava la legitimidad de los gobiernos, afecta la confianza en los gobernantes, incide en la prestación de servicios toda vez que todo dinero que es sustraído indebidamente de las arcas del Estado para ser destinado a los bolsillos privados de los servidores públicos, implica menos obra pública, o menos subsidios, o peor prestación de un servicio público. En definitiva, se trata de dinero que se sustrae del interés común y se destina a un interés particular.

En este estado de las cosas, y en la búsqueda de soluciones superadoras, nos preguntamos si es posible aplicar al sector público las herramientas que se han empleado en el sector privado para prevenir y combatir la corrupción. Concretamente, si es posible aplicar el *compliance* en el sector público, de qué manera y qué herramientas podrían resultar útiles.

Ese fue el objeto que motivó el presente trabajo, pero para abarcar correctamente el mismo, fue necesario previamente analizar el fenómeno de la corrupción. En relación al mismo, puntualizamos que si bien la corrupción ha existido desde siempre, en todos los

tiempos y lugares, en los últimos años, la globalización, medios tecnológicos y de comunicación han contribuido a que este fenómeno sea más visible y palpable. A ello se suma una creciente preocupación en el ámbito internacional por brindar herramientas aptas y útiles para la lucha contra la corrupción, que muchas veces se encuentra relacionada con el crimen organizado. Se analizaron las características del fenómeno, los tipos de corrupción, la relación existente entre la corrupción y los derechos humanos, y la discusión en torno a su pretendida imprescriptibilidad.

Posteriormente, el estudio se centra en las personas jurídicas. Ello, toda vez que las empresas han adquirido un rol preponderante en los últimos años, lo que ha llevado a que muchos países regulen la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este es el caso de la República Argentina que en el año 2017 dictó la ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas. Se abordan los aspectos más relevantes de dicha normativa, tales como sujetos, delitos contemplados, responsabilidad, cuestiones relativas a la acción, penas, graduación y exención de la misma, cuestiones procedimentales, acuerdo de colaboración eficaz y programa de integridad.

A continuación, nos adentramos en el estudio del *compliance* propiamente dicho, qué es, su historia y los elementos que lo componen.

Luego, realizamos una aproximación a los elementos del *compliance* analizados, para evaluar su posible aplicación al ámbito del sector público, y los ajustes y adaptaciones que podrían resultar necesarios para su correcta implementación.

Por último, en el apartado final realizamos algunas conclusiones respecto del planteo inicial, es decir, si las herramientas aplicadas en el sector privado para prevenir la corrupción -concretamente, el *compliance*- podría ser efectivamente aplicado en el sector público con el mismo objeto.

## CAPITULO I: La corrupción

### 1. Historia:

La corrupción ha existido desde siempre, en todos los tiempos y lugares. En los últimos años, la globalización, medios tecnológicos y de comunicación han contribuido a que este fenómeno sea más visible y palpable. En las últimas décadas hemos conocido maniobras fraudulentas y millonarias que involucran a diversos agentes de todas partes del mundo, lo cual demuestra que no se trata de un problema relacionado con una determinada cultura o idiosincrasia. Así lo evidencian los casos resonantes de España, Alemania, Estados Unidos, Brasil, Perú y Argentina, entre otros.

Lo cierto es que no se trata de un fenómeno nuevo. Podemos encontrar comportamientos asociados a la corrupción y referencias a la misma a lo largo de la historia de la humanidad. En la “República” de Platón, Glaucón sostiene frente a Sócrates la tesis de que todos los seres humanos son corruptibles. Según el filósofo, todas las personas sin excepción son proclives a la corrupción, tanto los que son abiertamente corruptos como los que respetan las leyes, solo que estos últimos se abstienen de aquellas conductas por miedo a ser descubiertos y castigados; y para respaldar su tesis relata la historia del anillo de Giges<sup>1</sup>. En la antigua Roma existieron numerosos casos de corrupción pública relacionados con la compra y venta de cargos y votos. La existencia de este flagelo también se evidencia en La Divina Comedia de Dante Alighieri, cuyo “Infierno” compuesto por nueve círculos concéntricos, representando la progresión de la gravedad del pecado castigado, posiciona dentro del octavo círculo, destinado al Fraude, a los políticos corruptos, inmersos en brea hirviente, que representa los dedos sucios y los oscuros secretos de sus tratos. Vale destacar que si bien se desconocen las fechas exactas, el “Infierno” pudo ser compuesto entre 1304 y 1307 ó 1308.

Como puede observarse, la corrupción existe desde tiempos remotos; no se trata de un mal exclusivo de nuestros tiempos. Sin perjuicio de ello, en los últimos años, tal vez

---

<sup>1</sup> El [mito](#) del Anillo de Giges es mencionado por [Platón](#) en el Libro II de [La república](#). Conforme la historia, Giges era un campesino que en una de sus andanzas descubre una tumba subterránea repleta de objetos y un cadáver que tenía en su mano un anillo. Giges toma el anillo y descubre que al girarlo sobre su dedo se torna invisible. A partir de ello, aprovecha esta situación para cometer ilícitos con la tranquilidad de que no será descubierto.

debido a la mayor visibilización del fenómeno, a la magnitud de las operaciones y montos, o al acceso a la información; la sociedad es cada vez menos tolerante con estas prácticas. A ello se suma una creciente preocupación en el ámbito internacional por brindar herramientas aptas para evitar comportamientos y prácticas que, además de ser sumamente dañinas para la comunidad, muchas veces se encuentran relacionadas con el crimen organizado.

La Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>2</sup>, en su Preámbulo afirma que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.

Asimismo, en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York en el año 2003<sup>3</sup>, se lee que la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países –grandes y pequeños, ricos y pobres- pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, limita la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. Por ello, la comunidad internacional debe hacer frente a este “flagelo a escala mundial”.

Estos y otros instrumentos demuestran que existe una creciente preocupación por parte de la comunidad internacional por aportar herramientas útiles para la lucha contra la corrupción.

Es que la corrupción obstaculiza el desarrollo económico, fomenta un ambiente anti-democrático y de inseguridad, debilita las instituciones constitucionales y autoridades públicas. En suma, la corrupción afecta la gobernabilidad.

Es un problema de inmensas dimensiones, con consecuencias devastadoras y enraizado totalmente en las prácticas, política y cultura alrededor del mundo. Es lo que en los

---

<sup>2</sup> Adoptada en Caracas en el año 1996. Aprobada en Argentina mediante la Ley 24.759 del año 1997.

<sup>3</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. En Argentina, aprobada por Ley 26.097 en el año 2006.

últimos tiempos se ha llamado “cultura de la corrupción”, que hace referencia, justamente, a que la corrupción se ha convertido en parte de nuestra cultura, que la hemos aceptado, tolerado y abrazado como una normalidad, como nuestro destino fatal e inevitable. Como un fenómeno tan entrañado que no queda más que aprender a vivir con él.

Pero no siempre la corrupción fue sinónimo de un fenómeno negativo, o al menos no a los ojos de todos. Es que, a veces, un acto de corrupción puede tener efectos benéficos. En apoyo de esta tesis, John Noonan plantea el ejemplo del ilustre filósofo Ludwig Wittgenstein y su familia. Cuando Alemania anexionó Austria, Wittgenstein vivía en Inglaterra, pero dos de sus hermanas residían en Viena y, por lo tanto, estaban sujetas al régimen nazi. El filósofo viajó a Alemania y negoció con autoridades del régimen alemán la paz de sus hermanas a cambio de una cuantiosa suma de dinero (Noonan, 1984)<sup>4</sup>. En la misma línea, nadie podría negar que los sobornos pagados por Oskar Schindler<sup>5</sup> a autoridades alemanas durante la Segunda Guerra Mundial que permitieron salvar la vida de 1200 judíos constituyeron un acto justo y bondadoso, un efecto “positivo” de un acto de corrupción.

Las llamadas “tesis revisionistas” de los años sesenta exaltaron los aspectos positivos de la corrupción, señalando una relación directamente proporcional entre el nivel de corrupción y el proceso de modernización de un país. Es decir, los partidarios de esta visión atribuyen a la corrupción un papel modernizador en la sociedad y en la burocracia. En virtud de ello, siempre conforme este criterio, en ciertas circunstancias, convendría incentivar algunas prácticas corruptas en lugar de prohibirlas. Es que la corrupción permitiría en ciertas ocasiones eludir engorrosos trámites burocráticos. En palabras de Samuel Huntington, considerado el mayor exponente de las tesis revisionistas, “En términos de crecimiento en este terreno (el del desarrollo económico), más negativa que una sociedad con burocracia rígida, ultracentralizada y deshonestas, es aquella con las dos primeras características, pero que es honesta” (Huntington, 1990)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> MALEM SEÑA, Jorge F.; *“La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*; Ed. Gedisa; Barcelona; 2002; p. 14.

<sup>5</sup> Oskar Schindler (1908-1947) fue un empresario austriaco, que salvó la vida de aproximadamente mil doscientos judíos durante el Holocausto empleándolos como trabajadores en sus fábricas, ubicadas en las actuales Polonia y República Checa. Con este fin empleó más trabajadores de los que necesitaba, y con el paso del tiempo tuvo que pagar sobornos a los oficiales nazis para mantener a sus empleados a salvo.

<sup>6</sup> MALEM SEÑA, Jorge F.; ob. cit.; p. 63.

Esta corriente consideraba a la corrupción como funcional para el desarrollo económico, y un mecanismo efectivo para consolidar sistemas políticos inestables. Señalaban que, en ciertas circunstancias, podía contribuir a una mayor eficiencia burocrática, a la estabilización de gobiernos endebles, a la inclusión de grupos marginados y a la formación de instituciones políticas. En algunos contextos, simplifica y acelera la administración pública, consolida las relaciones entre clases y estratos sociales y optimiza la economía cuando hay escasez de recursos. En suma, la corrupción cumpliría funciones sociales<sup>7</sup>. Así, se señalaba que la corrupción traería efectos beneficiosos sobre todo para los países en vías de desarrollo.

En esta misma línea se sitúan los llamados “pagos de engrase”, que son aquellos pagos que se realizan para agilizar ciertos trámites. En estos casos, se solicita al funcionario que cumpla con su deber, pero con celeridad. Ello, sin perjuicio del beneficio directo que pudiera significar para el administrado en el caso concreto, no puede conducir más que a la ralentización deliberada de cualquier tramitación con el fin de obtener un pago. Es decir, a largo plazo fomenta la ineficiencia y la desigualdad, toda vez que se dará prioridad al trámite que fue engrasado por encima de otros de iguales características pero sin el referido impulso monetario.

Estas posturas fueron superadas toda vez que la corrupción acarrea muchos más perjuicios que beneficios. Lejos de modernizar y simplificar, genera más trabas y obstáculos, encarece servicios, genera desigualdad, desconfianza e inseguridad, socava las instituciones y perjudica sobre todo a los más pobres.

Con posterioridad a ello, en los años noventa, se inició una clara tendencia que posicionó a la corrupción como un obstáculo para el desarrollo económico. Esta fue la postura asumida por el Banco Mundial (B.M.)<sup>8</sup>, el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.)<sup>9</sup>, y Transparencia Internacional (T.I.)<sup>10</sup>. También a nivel nacional, casi todos los países tienen una agenda anti-corrupción.

---

<sup>7</sup> HUBER, Ludwig; “Una interpretación antropológica de la corrupción”; IEP; 2005; recuperado en: [www.cies.org.pe](http://www.cies.org.pe)

<sup>8</sup> El Banco Mundial (BM) es una organización multinacional creada en 1944 especializada en finanzas y asistencia. Su sede se encuentra en Washington DC, Estados Unidos.

<sup>9</sup> El Fondo Monetario Internacional (FMI) es una organización financiera internacional, con sede en Washington DC, Estados Unidos. Nace en 1944 en los acuerdos de Bretton Woods, en una reunión de 730 delegados de 44 países aliados de la Segunda Guerra Mundial. Entra en vigor oficialmente el 27 de diciembre de 1945, con 29 países miembros, con el objetivo de reconstruir el sistema monetario internacional.

<sup>10</sup> Transparencia Internacional es una organización no gubernamental fundada en 1993 que promueve medidas contra crímenes corporativos y corrupción política en el ámbito internacional. Su sede se

## 2. Concepto:

Resulta muy difícil brindar un concepto de corrupción. No existe consenso acerca de un concepto unívoco que abarque las características del fenómeno bajo estudio. Tal vez por ello, las normas internacionales dedicadas a la promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción optaron por no incluir una definición teórica de este fenómeno, sino que directamente enumeran y describen los actos de corrupción<sup>11</sup>.

Según la Real Academia Española, “corrupción” es la acción o efecto de corromper. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.

El término “corrupción” proviene del latín “corrumpere”, que significa dañar, sobornar, pervertir a alguien, romper. Hay quienes afirman que para los romanos esta palabra significaba romper desde adentro, que significaría “romper el corazón”.

De cualquier manera, como es fácilmente palpable, el concepto de corrupción tiene una fuerte carga emotiva negativa. Está asociado a una deslealtad o violación a un deber que se realiza subrepticamente. Y, justamente, es su carácter reprochable lo que determina que se realice de manera oculta y le imprime su carácter secreto. Esto se evidencia en el hecho de que tiende a realizarse en un marco de discreción, sustraído de la publicidad.

El Banco Mundial (BM) se ha referido a la corrupción como el abuso de un cargo público para obtener beneficios privados. Por su parte, Transparencia Internacional (TI) ha definido a la corrupción como el abuso de un poder para el beneficio propio. Como se observa, la definición de TI es más abarcativa y admite la posibilidad de la corrupción en el sector privado.

Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, y está siempre vinculado a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional, que no

---

encuentra en Berlín, Alemania, pero opera en más de 70 países. Entre otras tareas, publica anualmente el Índice de Percepción de Corrupción a nivel mundial.

<sup>11</sup> La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); se abstienen de brindar una definición teórica de la corrupción.

necesariamente será de carácter económico, sino que puede ser una ganancia política, profesional, sexual o de cualquier otra índole<sup>12</sup>.

Cuando hablamos de “deber posicional”, toma relevancia el marco normativo. Es que, entender un deber y la falta a aquel como un acto corrupto, necesariamente remite a un sistema normativo relevante o de referencia, cualquiera sea su tipo. Es decir, a un conjunto de reglas que regulan una práctica social. Por lo tanto, el sistema normativo relevante puede ser de carácter económico, jurídico, político, ético, deportivo, o de cualquier índole<sup>13</sup>. En este sentido, se ha señalado que la noción de corrupción es parasitaria de un sistema normativo<sup>14</sup>. En relación a ello, desde la perspectiva revisionista se ha refutado que la corrupción sólo es negativa en la medida que la normatividad contra la cual atenta es mejor.

Como se observa, el término “corrupción” se vincula íntimamente con los de “poder” y “beneficio”. Implica el ejercicio y abuso de un poder que se ejerce, que puede ser de cualquier tipo, no necesariamente un cargo público sino una posición; en pos de la obtención de un beneficio o provecho que, de otro modo, no sería posible obtener.

Así, Malem Seña define a los actos de corrupción como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza<sup>15</sup>.

Es decir, para que exista corrupción no es necesaria la participación de un funcionario público, toda vez que existe la corrupción entre particulares. En definitiva, lo fundamental es el abuso de una posición para obtener un beneficio.

En cambio, la participación del funcionario público sí es necesaria para hablar de corrupción pública.

Aboso explica que la corrupción puede definirse como el abuso de poder para obtener ganancias privadas. En todo acto de corrupción confluyen dos cuestiones íntimamente vinculadas: un abuso funcional en el ejercicio de competencias legítimamente atribuidas y el beneficio económico ilícito. Todo acto de corrupción implica la intervención de al

---

<sup>12</sup> MALEM SEÑA, Jorge F.; ob. cit.; p. 32.

<sup>13</sup> SOSA, Omar J. (Coord.); *“Perspectiva del Derecho Penal sobre los actos de corrupción: el rol de la Oficina Anticorrupción”*; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, Oficina Anticorrupción; 1era ed.; Buenos Aires; 2012; recuperado de: [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar)

<sup>14</sup> MALEM SEÑA, Jorge F.; ob. cit.; p. 33.

<sup>15</sup> MALEM SEÑA, Jorge F.; ob. cit.; p. 35.

menos dos partes: por un lado, el funcionario público en los casos de soborno en el ejercicio de la función pública, y por el otro, un particular u otros funcionarios que ejercen su influencia sobre otro agente con el propósito de beneficiarse a sí mismo o a un tercero. Es decir, el funcionario competente recibe el dinero o acepta la propuesta del tercero para realizar, omitir o retardar algo relativo a sus funciones<sup>16</sup>.

Como adelantamos, la participación del funcionario público adquiere relevancia y centralidad al referirnos a la corrupción pública.

Nuestro Código Penal, en el artículo 77 establece que los términos “funcionario público” y “empleado público” son utilizados en la normativa para designar a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Esta equiparación que realiza el código entre funcionario y empleado ha suscitado diversas interpretaciones.

En definitiva, lo trascendente es el ejercicio de las funciones públicas, y ese ha sido el sentido que le ha otorgado nuestra jurisprudencia, ya que suele ponerse el acento en ese ejercicio para definir si el autor está alcanzado o no por la descripción de esta norma<sup>17</sup>.

Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo I establece que a los fines de dicha Convención, se entiende por “función pública” toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Asimismo, establece que “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 2 establece que por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de

---

<sup>16</sup> ABOSO, Gustavo E.; *“Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional”*; Ed. BdeF; Buenos Aires; 2019; p. 6 y ss.

<sup>17</sup> D’ALESSIO, Andrés J. (Dir.), DIVITO, Mauro A. (Coord.); *“Código Penal Comentado y Anotado, Parte General, Tomo I”*; 1 era ed.; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2005; p. 765.

esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

### **3. Tipos de Corrupción:**

Existen diversas clasificaciones de los actos de corrupción.

#### **a) Corrupción negra, blanca y gris:**

Arnold Heidenheimer clasifica los actos de corrupción según la percepción que las elites y la sociedad tienen de los mismos. Así, distingue tres clases: corrupción negra, blanca y gris. La corrupción negra es aquella que genera el rechazo social y existe consenso en que dicha acción o práctica debe ser sancionada y condenada. La corrupción blanca es la que es concebida como tolerable por la sociedad, que no apoya vigorosamente su criminalización. Por último, corrupción gris es aquella que divide a la sociedad, entre la criminalización y la tolerancia hacia la conducta cuestionada. En igual sentido, otros autores hablan de corrupción reprochable, ambigua y tolerable.

Es evidente que no todos los actos de corrupción producen los mismos efectos en la sociedad. Probablemente los actos de corrupción que involucran grandes montos de dinero sean los que más llaman nuestra atención. En el mismo sentido, aquellas prácticas que involucran funcionarios públicos generan indignación y repudio social, y esta respuesta se ha visto incrementada en los últimos años, a la par de la visibilización del fenómeno.

#### **b) Corrupción ascendente y descendente:**

También se ha hablado de corrupción ascendente o descendente. Esta clasificación se basa en la estructura jerárquica donde se producen los actos de corrupción. Se llama

corrupción arriba-abajo o descendente a aquella que se desarrolla en los niveles más altos de un organismo, y desde allí se despliega en sentido descendente a través de la organización. La corrupción abajo-arriba o ascendente, es, por el contrario, la que se origina en los niveles inferiores de la organización y se expande hacia arriba.

**c) Corrupción nacional y transnacional:**

Según el ámbito donde la corrupción se desarrolle, se ha distinguido entre corrupción nacional y transnacional. Así, la corrupción nacional es aquella cuyos actos tienen lugar en el ámbito territorial de un Estado; mientras que la corrupción transnacional se despliega en dos o más países.

**d) Corrupción unipersonal y plurisubjetiva:**

Teniendo en consideración el número de personas intervinientes, se distingue entre corrupción unipersonal, que es aquella en que los actos son atribuidos a una sola persona; y corrupción plurisubjetiva, cuando los comportamientos irregulares requieren del concurso de dos o más personas.

**e) Corrupción aislada y sistémica:**

Decimos que existe corrupción aislada cuando uno o varios actos de corrupción son ejecutados por un funcionario que actúa individualmente, sin que se verifiquen conexiones importantes con otros agentes para llevar a cabo dichas conductas. Por el contrario, la corrupción sistémica se produce cuando los mecanismos y las prácticas corruptas vigentes reemplazan de manera efectiva el entramado legal y organizativo de un determinado sector de la Administración Pública. En estos casos, las irregularidades constituyen la norma, la conducta desviada se encuentra institucionalizada de tal manera que el castigo de acciones corruptas resulta infrecuente, y existe un ámbito de protección y de impunidad respecto de los comportamientos indebidos<sup>18</sup>.

#### **4. Corrupción y Derechos Humanos**

En los últimos años se observa una tendencia creciente a abordar conjuntamente la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción.

---

<sup>18</sup> BASILICO, Ricardo A. y TODARELLO, Guillermo; *“Negociaciones incompatibles con la función pública. Herramientas legales para controlar la corrupción”*; 1era. ed.; Ed. Astrea; Buenos Aires; 2016; p. 91.

El objeto de exhibir el vínculo entre corrupción y derechos humanos está orientado a unir esfuerzos entre ambas agendas en la búsqueda de estrategias de litigio estructural que permitan atacar la corrupción desde el punto de vista preventivo y sistémico.

La relación existente es innegable. La corrupción opera como un obstáculo al goce efectivo de los derechos humanos.

La Resolución 1/17 sobre Derechos Humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 12 de septiembre de 2017, establece que la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, y que el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos. La Comisión reafirma la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya efectividad depende de políticas y presupuesto públicos.

Posteriormente, la Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresa que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales-, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava al Estado de Derecho y exacerba la desigualdad. Por otro lado, destaca que la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y personas privadas de libertad y afecta de manera especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niños, niñas y mujeres.

La Resolución citada destaca algunos ejes fundamentales y formula recomendaciones para abordar el fenómeno desde el enfoque de los derechos humanos. Así por ejemplo, destaca que una justicia independiente e imparcial es indispensable para el combate efectivo de la corrupción.

El punto 1.b establece que la lucha contra la corrupción debe hacerse con pleno respeto a los derechos humanos, en especial, las garantías judiciales y el debido proceso.

En los últimos tiempos, existe una tendencia que ve en la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción una herramienta eficiente para dar cumplimiento a estos postulados. Sin perjuicio de que el tema requiere mayor análisis, lo cierto es que cualquier solución que se ensaye debe ser respetuosa de las garantías judiciales y el debido proceso. Lo contrario implicaría, con el fin de defender una cosa, atropellar sin más otros principios igualmente valiosos.

Por su parte, el punto 1.d.VII recomienda a los Estados generar controles más eficientes y transparentes en instituciones donde la corrupción se desarrolla de manera más frecuente, tales como gendarmerías, policías, agentes de inmigración, entidades que proveen servicios públicos, y aquellas que supervisan los proyectos de infraestructuras.

Esta recomendación resulta de suma importancia, toda vez que pone la lupa en aquellas instituciones más vulnerables a la corrupción, a la vez que permite pensar en controles diferenciados y adaptados a las necesidades y características de cada institución.

Más adelante, en el punto referido a los “Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, se indica que la corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad.

En este sentido, se ha dicho que la corrupción impide que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Es que el desvío de fondos de los fines a los que deberían estar destinados, indudablemente acarrea falta de recursos e inversión, lo que a su vez genera desigualdad, discriminación, pobreza y vulnerabilidad. Por todo ello suele decirse que la corrupción es un obstáculo estructural al ejercicio de los derechos humanos<sup>19</sup>, y que la lucha contra la corrupción es, en sí misma, una forma de prevenir las violaciones de los derechos humanos.

---

<sup>19</sup> MARTINON QUINTERO, Ruth; “Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*; N° 10; Abril-Septiembre 2016; recuperado en: [www.e-revistas.uc3m.es](http://www.e-revistas.uc3m.es)

## **5. Imprescriptibilidad:**

### **a) Introducción:**

Frente a la problemática expuesta, desde un sector doctrinario se ha planteado como solución la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, para evitar que una limitación temporal atente contra su persecución, investigación y sanción.

La prescripción establece un límite temporal al poder punitivo del Estado<sup>20</sup>. Mediante ella, el Estado autolimita su soberano poder de castigar<sup>21</sup>.

Históricamente han existido posturas a favor y en contra de este instituto jurídico. A modo de síntesis, los argumentos detractores se fundaron en que produciría un debilitamiento del efecto intimidatorio de la pena, y que premiaría al delincuente más hábil, alentando al delito y a la impunidad.

Por otro lado, los argumentos a favor de la limitación temporal del poder punitivo del Estado son el fin mismo de la pena y su dilución en casos que han perdido interés social, la presunción de enmienda de quien habiendo cometido un delito largo tiempo atrás no incurrió en un delito nuevamente, las dificultades probatorias luego de transcurrido un largo período de tiempo y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Según Mir Puig, la prescripción del delito supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión del delito, sin que éste sea juzgado. El fundamento de la prescripción se halla vinculado a la falta de necesidad de la pena y a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo. Ello influye en la desaparición de la necesidad de la pena. Cuando se oscurece o apaga el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir, y el tiempo transcurrido ocultándose de la Justicia y con la amenaza pendiente de la pena parece ya suficiente castigo. Por otro lado, si el delincuente no ha vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social<sup>22</sup>.

El artículo 59 inciso 3) de nuestro Código Penal prevé que la acción penal se extingue por la prescripción. El artículo 62 establece los plazos de prescripción según el tipo de

---

<sup>20</sup> MIR PUIG, Santiago; *“Derecho penal. Parte General”*; 7ma ed.; Ed. Reppertor; Barcelona; 2006. p. 751.

<sup>21</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos; *“Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III”*; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires; 1966; p. 455.

<sup>22</sup> MIR PUIG, Santiago; ob. cit.; p. 751.

delito. Así, el inciso 2) fija que después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratara de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo en ningún caso el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de los dos años.

Por su parte, el artículo 67 establece que la prescripción se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

A partir de las modificaciones introducidas por la ley 25.188 de Ética Pública<sup>23</sup>, ya no existen dudas de que se aplica a cualquier delito cometido en el ejercicio de la función pública y a todos los que hubieren participado. La finalidad de esta disposición es impedir la utilización del cargo para influenciar u obstaculizar la investigación y que el plazo de prescripción fenezca mientras se ejerce la función pública<sup>24</sup>.

De manera que, si bien respecto de aquellos delitos donde hubiere participado un funcionario público se prevé una ampliación del plazo, persiste la esencia de la norma liberatoria por el transcurso del tiempo. Es decir, en nuestro ordenamiento penal, todos los delitos prescriben, a excepción de los considerados de lesa humanidad.

Respecto de los delitos de lesa humanidad no rigen los plazos de prescripción previstos en el Código Penal, por ende, pueden ser perseguidos y sancionados sin limitación temporal alguna. El fundamento de ello radica en que en estos crímenes, el transcurso del tiempo no hace desaparecer la necesidad de castigo, sino que muy por el contrario, se mantiene vigente dada la magnitud de los ilícitos. Además, estos delitos son generalmente cometidos por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal.

En el año 2003, mediante ley 25.778 se otorgó jerarquía constitucional a la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la ley 24.584.

Como fuera mencionado previamente, el fenómeno de la corrupción tiene efectos económicos y sociales devastadores, a la vez que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral, la justicia y el

---

<sup>23</sup> B.O. 01/11/1999.

<sup>24</sup> D’ALESSIO, Andrés J. (Dir.), DIVITO, Mauro A. (Coord.); ob. cit.; p. 679.

desarrollo integral de los pueblos. Ello ha motivado que la comunidad internacional manifieste un creciente interés en brindar herramientas aptas para combatirla.

En ese marco, las Convenciones Internacionales citadas establecen ciertas pautas útiles con la mira en este objetivo. Estos instrumentos establecen como propósitos promover y fortalecer el desarrollo por parte de cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción<sup>25</sup>.

Respecto del tema de la prescripción, estos instrumentos internacionales no fijan un criterio uniforme sino que son respetuosos del derecho interno de los Estados Parte.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo XIX se ocupa de la aplicación en el tiempo y establece “Con sujeción a los principios constitucionales, el ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención”.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción específicamente se ocupa del tema de la prescripción en el artículo 29 donde establece “Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”.

De manera que, ambas Convenciones establecen que cada Estado Parte regulará los plazos de prescripción conforme su legislación interna. Ninguno de los instrumentos señalados refiere la necesidad ni la obligación de implementar la imprescriptibilidad respecto de los delitos de corrupción.

Sin perjuicio de ello, el órgano de supervisión y aplicación de la Convención Interamericana contra la corrupción, en el Informe Final relativo a la República

---

<sup>25</sup> Artículo II de la Convención Interamericana contra la Corrupción y art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Argentina (2013), teniendo en consideración las estadísticas de bajísimo nivel de condenas y alto índice de sobreseimientos y prescripción en este tipo de causas, recomendó que el Estado Argentino efectuara un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en casos de corrupción.

A partir de ello, una corriente ha entendido esto como un impulso a buscar una solución a este problema, y ha encauzado la misma en la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción estaba contemplada en el proyecto con media sanción de Diputados de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, pero en el Senado dicha disposición fue eliminada. En su exposición, el senador Guastavino, en oportunidad de la sanción de la ley por el Senado Nacional manifestó “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”<sup>26</sup>.

El mismo panorama se presenta en diversos países, donde han surgido idénticas preocupaciones y planteos. Así por ejemplo, en la República del Perú el plazo de prescripción de los delitos de corrupción era el mismo que para todos los delitos, el máximo de la pena prevista para el delito. Posteriormente, mediante Ley N° 26.314 del 26 de mayo de 1994, el legislador introdujo una modificación a dicho plazo, y estableció que el plazo de prescripción se duplicara para los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado. Posteriormente, en el año 2017 mediante Ley N° 30.650 se aprobó la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. La norma establece que la acción penal contra los delitos de corrupción, en

---

<sup>26</sup> Versión taquigráfica de la 13° reunión, 8° sesión especial, del día 27/09/2017; p. 13. Recuperado en: [www.senado.gob.ar](http://www.senado.gob.ar)

los supuestos más graves, es imprescriptible. Esta ley modificó el artículo 41 de la Constitución Política del Perú.

En esta misma línea, países como Venezuela, Ecuador y Bolivia han adoptado disposiciones que declaran la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

En nuestro país, existen diversos proyectos de ley que propician la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción<sup>27</sup>.

#### **b) Posturas para fundar la pretendida imprescriptibilidad:**

En la actualidad el tema se encuentra vigente y hay sectores que aún abogan por la pretendida imprescriptibilidad. Para ello, se fundan en distintos argumentos, tales como: i) identificar la corrupción como un delito que produce la afectación y vulneración de derechos humanos; ii) la interpretación del delito de corrupción como atentatorio contra el sistema democrático a la luz del artículo 36 de nuestra Constitución Nacional; y iii) la posibilidad de encuadrarlo como un delito de lesa humanidad. Nos ocuparemos de los mismos a continuación.

##### **b.1 El delito de corrupción como violatorio de los Derechos Humanos:**

Conforme este criterio, existe una íntima relación entre corrupción y derechos humanos. La corrupción constituye un obstáculo para los derechos humanos, toda vez que incide directamente en la prestación de servicios esenciales, tales como educación, sanidad, agua potable, obras públicas, entre otros. La corrupción genera pobreza y afecta desproporcionadamente a los sectores más vulnerables de la población.

En este sentido, una alternativa plantea que teniendo en consideración los tratados y convenciones existentes para la prevención e investigación de los delitos de corrupción, cabría la posibilidad de un sistema regional de persecución e imprescriptibilidad entre los países suscriptores de esas Convenciones.

En respuesta a esta tesis, se puede decir que la corrupción no es, *per se*, una violación de derechos humanos, sino que puede implicar (no siempre) violaciones directas o indirectas a derechos humanos<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Así por ejemplo, el Expediente N° 0370-D-2020, de fecha 06/03/2020, proyecto que tiene como antecedente el Expediente N° 6713-D-2018, de idéntico contenido, de fecha 26/10/2018; S-1055/18; S-3946/2014; entre otros.

<sup>28</sup> VOLOSIN, Natalia A.; “Corrupción imprescriptible: episodio II”; recuperado en: [www.crimenyazon.com](http://www.crimenyazon.com)

En este sentido, pretender unificar esfuerzos y agendas, no implica entremezclar nociones o atribuir caracteres erróneos que lejos de contribuir en este tópico, solo acarrearán más confusión.

## **b.2 El delito de corrupción como atentatorio contra el sistema democrático**

La posición que sostiene que la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción surge del artículo 36 de nuestra Constitución Nacional fue expuesta por el Dr. Schiffrin en su voto en la causa “M.D.M.”<sup>29</sup> y por el Dr. Hornos en la causa “C.R.J.A.”<sup>30</sup>.

Esta postura parte del análisis del artículo 36 de la Constitución Nacional, incorporado mediante la reforma del año 1994, situado en el Capítulo Segundo “Nuevos Derechos y Garantías”, que establece:

“Artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

---

<sup>29</sup> Cámara Federal de La Plata, Sala II, Causa FLP N° 3290/2005, caratulada “M.D.M. y otros s/296 en función del 292, 172, 54 y 55 del CP”, rta. 06/10/2016. En esta causa se investigan presuntas maniobras delictivas realizadas durante la sustanciación de acciones de Amparo contra el Estado Nacional por el denominado “corralito financiero”. A raíz de algunas denuncias se investiga la participación de abogados, un médico y un juez, en maniobras que involucran certificados de salud falsos y pagos de dinero para obtener resoluciones judiciales favorables y con celeridad.

<sup>30</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa CFP N° 12099/1998, caratulada “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/recurso de casación”. En esta causa se investiga el desfalco en perjuicio del Estado Nacional en el marco del proceso de informatización de la D.G.I., en el que habrían estado implicados ejecutivos de la empresa multinacional IBM y funcionarios públicos argentinos.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

Conforme sostiene esta postura, del quinto párrafo del artículo en cuestión surge que quien comete un grave delito doloso contra el Estado que haya conllevado enriquecimiento, atenta contra el sistema democrático. En este sentido, se ha hecho hincapié en el adjetivo “grave”, que indica que comprende solamente aquellas maniobras delictivas que por su extensión, complejidad o daño pueden socavar las instituciones o los valores de la democracia. Así las cosas, los graves casos de corrupción constituirían un delito de carácter constitucional.

Esta postura sostiene que el empleo por parte del legislador de la palabra “asimismo” no es casual, y que su correcta interpretación conlleva a equiparar al delito contemplado en ese párrafo, con los estipulados en los párrafos anteriores.

El artículo 36 establece expresamente que la acción será imprescriptible en ciertos supuestos. Pues bien, la postura objeto de análisis plantea que mediante el uso del vocablo “asimismo”, el legislador ha querido extender esa cualidad al supuesto contemplado en el párrafo quinto.

Las críticas a esta posición sostienen que con la extensión indebida de la imprescriptibilidad a la conducta prevista en el párrafo quinto del artículo 36 CN, se transgrede la regla elemental de interpretación de la ley penal que prohíbe la analogía *in malam partem*, que se extrae de la fórmula latina *nullum crimen poena sine praevia lege* receptada en nuestra Constitución Nacional<sup>31</sup>.

Por otro lado, se ha dicho que las figuras contempladas en primer término revisten mayor gravedad, y ello se ve evidenciado no solamente en que el propio artículo establece que las acciones en esos casos serán imprescriptibles, sino también en que prevé que los autores serán inhabilitados a perpetuidad para ejercer cargos públicos. Ello no ocurre con la figura prevista en el párrafo quinto, toda vez que allí expresamente

---

<sup>31</sup> RIVES, Emanuel; “Afectación de la fórmula “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*” por dos fallos que postulan la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”; *Revista Intercambios N° 18 de la Especialización en Derecho Penal*; UNLP; recuperado en: [www.revistas.unlp.edu.ar](http://www.revistas.unlp.edu.ar)

refiere que el autor quedará inhabilitado “por el tiempo que las leyes determinen” para ocupar cargos o empleos públicos.

De manera que, lo expuesto parece marcar una seria diferencia en el tratamiento que el legislador ha querido darle a las figuras de los párrafos primero y tercero, respecto de la del quinto. Es que resulta evidente que ha considerado de mayor gravedad a las dos primeras, por eso las sanciona con la inhabilitación perpetua. Y por eso mismo, tal vez, prevé la imprescriptibilidad expresamente para esos casos, y no así para el supuesto del párrafo quinto.

Por último, los detractores de esta postura hacen referencia al último párrafo del artículo 36 CN, que establece “El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”. En este sentido, la Ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, en su Capítulo IX reformó el Código Penal, y realizó una tipificación de los hechos y de la inhabilitación del artículo 36 párrafo quinto de la CN. Esta ley reguló la prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de la función, y modificó los párrafos segundo y quinto del artículo 67 del Código Penal. Mediante dicha modificación se estableció que la prescripción se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. De manera que, mediante esta ley el Congreso reglamentó el mentado artículo 36 de la CN, y optó por establecer una causal de suspensión del curso de la prescripción y no la imprescriptibilidad<sup>32</sup>.

### **b.3 El delito de corrupción como delito de lesa humanidad**

En el último tiempo se ha planteado la posibilidad de la criminalización internacional de este delito, principalmente a partir de las violaciones a los derechos humanos derivadas de él. En este sentido, no son pocos los autores que sostienen la idea de que los delitos de corrupción deben ser catalogados como de lesa humanidad. Ello, en virtud de los daños que ocasiona y ciertas características particulares que dificultan o impiden instar la acción penal en los plazos legales comunes.

Diversas posturas plantean que ello podría ser factible a partir de una enmienda al Estatuto de Roma<sup>33</sup> o de la creación de un nuevo tribunal internacional con jurisdicción

---

<sup>32</sup> RIVES, Emanuel; ob. cit.

<sup>33</sup> El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado en Roma el 17/07/98. En Argentina fue aprobado por Ley 25.390 (B.O. 23/01/01).

sobre este crimen. Otra opción considera que los actos de “gran corrupción” o “corrupción a gran escala” pueden ser perseguidos como crímenes de lesa humanidad porque cumplen con todos los requisitos establecidos por el artículo 7.1 k) del Estatuto de Roma.

Esta postura fue expuesta por la Dra. Olga Calitri en su voto en la ya mencionada causa “M.D.M.”, donde manifestó que la corrupción debe ser considerada como un atentado a la democracia y además como una violación a los derechos humanos<sup>34</sup>.

Llamamos corrupción a gran escala a aquellos actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común. Es decir, la corrupción en los niveles más altos de la política y el gobierno, que tiene efectos directos sobre la población.

Al respecto, se ha dicho que a diferencia de otros delitos comunes, la corrupción a gran escala difícilmente puede ser investigada y perseguida penalmente de manera doméstica, ya sea porque afecta también al poder de justicia, o porque, si bien independiente, el poder judicial no posee las herramientas para ir en contra de los más altos funcionarios estatales. Además, para enjuiciar la corrupción a nivel doméstico muchas veces resulta necesaria la cooperación de terceros estados adonde se desviaron los bienes ilegítimamente apropiados. La historia ha demostrado la dificultad existente al momento de investigar y enjuiciar la corrupción de manera local, sobre todo en países azotados por la pobreza. Es por ello que una elevación a la categoría de crimen internacional habilitaría que el hecho sea investigado fuera de la jurisdicción en la que tuvo lugar<sup>35</sup>.

La postura que sostiene que el crimen de corrupción a gran escala puede ser perseguido penalmente bajo la categoría de “otros actos inhumanos” contemplada en el artículo 7.1 k) del Estatuto de Roma considera que se cumplen respecto de este ilícito los requisitos exigidos para ello.

En este sentido, Bonacera analiza detenidamente todos los elementos, y realiza una interpretación detallada de los mismos. En primer lugar, distingue los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad de los específicos de “otros actos

---

<sup>34</sup> Voto de la Dra Calitri en la causa FLP N° 3290/2005, p. 51.

<sup>35</sup> BONACERA, Georgina; “La corrupción como crimen de lesa humanidad bajo el Estatuto de Roma”; *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*; recuperado en: [www.ejc-reeps.com](http://www.ejc-reeps.com)

inhumanos”, y verifica uno por uno su existencia en el delito de corrupción a gran escala.

Cabe recordar que el mentado artículo 7 del Estatuto de Roma establece:

“Artículo 7: Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

(...)”.

En el trabajo referido, se analiza punto por punto todos los requisitos mencionados y la autora explica cómo, a su criterio, se encuentran cumplimentados en el delito evaluado.

Así, aclara que si bien el artículo hace referencia a que debe existir un “ataque”, no es necesario que el mismo sea militar o de tipo violento, por lo que los sistemas organizados a través de los cuales los líderes corruptos saquean las arcas estatales se ajusta a este requisito. Respecto de que ese ataque debe ser “generalizado” explica que ello se cumple toda vez que toda la población de un Estado resulta víctima del ataque, ya que los recursos que son apropiados son aquellos que deberían haber sido utilizados en beneficio de la población, lo que demuestra la escala del ataque y la cantidad de sus víctimas. En relación a la “sistematicidad”, ella se encuentra presente toda vez que no se trata de actos aislados, sino de un plan a través del cual los más altos funcionarios de un Estado desvían recursos para su propio beneficio. El artículo establece que debe tratarse de un “ataque a una población civil”, y posteriormente en el inciso 2) explica qué debe entenderse como tal. Los actos de corrupción se proyectan y organizan como un sistema de gobierno por aquellos que están en el poder. Por otro lado, no es necesario que la

política en cuestión se trate de una política estatal formalmente reconocida para que pueda ser perseguida penalmente. Por último, el “conocimiento del ataque” resulta indudable, toda vez que los individuos responsables de estos delitos son altos funcionarios o los propios jefes de Estado.

Por otro lado, en relación a los elementos específicos de la figura, señala que la presencia de un “acto inhumano” se encuentra ampliamente cumplida ya que la corrupción es, en sí misma, un acto de esas características, toda vez que implica el apropiamiento de los bienes estatales que deberían estar destinados a mejorar la calidad de vida y el bienestar de la población. En esta línea, es indudable que “causa grandes sufrimientos” a las víctimas y “atenta gravemente contra su integridad física o salud mental o física”, ya que implica un desvío de fondos que deberían estar destinados a mejorar el sistema de salud, la educación y otros servicios básicos e indispensables. Es que, como es sabido, la pobreza es una de las principales causas de sufrimiento y muerte.

También se establece como requisito que la conducta sea de un carácter similar a cualquiera de los otros actos referidos en el artículo 7. En este sentido, la autora observa que la corrupción a gran escala presenta similitudes con varios de los actos enumerados, principalmente porque, como se señaló previamente, la corrupción causa muertes. En este sentido, Bonacera destaca que el Estatuto de Roma no exige que las consecuencias sean inmediatas a los hechos delictivos. Por otro lado, la corrupción a gran escala afecta la habilidad de los individuos de proveerse de las necesidades básicas de supervivencia, lo que Bonacera asimila a los efectos generados por los actos de traslado forzoso, persecución económica o deportación. A su vez, asemeja la opresión sistemática de la población generada por actos de corrupción a gran escala con la opresión generada por el crimen de apartheid. En definitiva, concluye, la corrupción a gran escala implica graves violaciones a los derechos humanos, como cualquier otro de los actos que se encuentran enumerados en el artículo 7 citado.

Por último, se requiere que el autor del delito sea consciente de las circunstancias de hecho que determinan el carácter del acto. Ello se encuentra cumplido en el caso en cuestión, toda vez que nadie mejor que el alto funcionario conoce el estado de pobreza o necesidad de la población, los recursos disponibles, qué destino tendrían esos fondos si se usaran correctamente y las consecuencias del proceder ilícito.

De esta manera, Bonacera realiza un exhaustivo análisis de los requisitos y concluye que los actos de corrupción a gran escala pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad y perseguidos como “otros actos inhumanos” conforme el artículo 7 del Estatuto de Roma. Así, afirma que la corrupción a gran escala incurre en violaciones masivas a los derechos humanos básicos, ya que afecta a la vida, salud, dignidad y educación, entre otros. En este sentido, sostiene que un acto de corrupción que priva a la población de los medios económicos básicos para su supervivencia, así como de disfrutar de una infraestructura adecuada, servicios de salud y educación, puede indudablemente ser considerado como un acto inhumano en el sentido del Estatuto de Roma.

Las respuestas a este planteo son varias, pero fundamentalmente se basan en que la corrupción estructural no constituye un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Por otro lado, también se ha objetado que el uso trivial de conceptos tan caros a la construcción de la práctica constitucional argentina termina expulsando potenciales aliados de la aún incipiente lucha contra la corrupción en nuestro país<sup>36</sup>.

En relación a este tema, Rives señala “la flagrante ausencia de una política de Estado en este caso concreto hace de por sí inaplicable la categorización de delito de lesa humanidad. Ello, sin necesidad de ingresar a analizar si los hechos bajo análisis realmente son un acto inhumano similar al asesinato; al exterminio; a la esclavitud; a la deportación o trabajo forzoso de población; a la encarcelación u otra privación grave de la libertad física; a la tortura; a la violación; esclavitud sexual; prostitución forzada; esterilización forzada u otro abuso sexual comparable; a la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con un delito de competencia de la Corte Penal Internacional; a la desaparición forzada de personas; y al apartheid. Similitud que no se vislumbra”<sup>37</sup>.

### **c) Colofón:**

El panorama es complejo y la cuestión plantea diversas aristas. Sin duda debe existir un compromiso cierto y férreo de lucha contra la impunidad por prescripción de los delitos de corrupción. Se trata de delitos graves, con consecuencias serias para la democracia y la sociedad. Sin perjuicio de ello, la solución no se alcanzará solamente con la

---

<sup>36</sup> VOLOSIN, Natalia A.; ob. cit.

<sup>37</sup> RIVES, Emanuel; ob. cit.

imprescriptibilidad de los mismos. En primer lugar, cabe considerar que la impunidad señalada obedece a diversas causas, tales como la estructura del proceso penal y la excesiva dilación en el tiempo del mismo, prueba, recursos, operadores de justicia, falta de independencia judicial, entre muchos otros. Es decir, los plazos de prescripción podrían modificarse e inclusive ampliarse, pero otras modificaciones son necesarias a fin de asegurar un adecuado proceso penal. En el mismo sentido, también se ha dicho que la imprescriptibilidad y su efecto simbólico podría generar el efecto negativo de que el Estado renuncie a su deber de resolver las causas judiciales con celeridad<sup>38</sup>. Y como se ha extendido popularmente “Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”<sup>39</sup>.

En contra de la imprescriptibilidad también se arguye que atenta contra los principios más fundamentales del derecho penal. En este sentido, el sometimiento indefinido a un proceso afecta el derecho a un plazo razonable. El plazo razonable, íntimamente relacionado con el derecho de defensa, no solo hace referencia a la necesidad de evitar que los procesos se prolonguen indefinidamente, sino que guarda relación con el respeto a la dignidad humana y el derecho de toda persona a no estar sujeto a un estado de sospecha indefinidamente.

Por último, también es necesario destacar que la mentada imprescriptibilidad no necesariamente debe ir de la mano de la declaración de estos delitos como de lesa humanidad.

No resulta convincente la equiparación con los delitos de lesa humanidad. Es que el contenido del injusto de estos delitos es muy diferente, y colocarlos en un pie de igualdad no parece correcto. Los delitos de lesa humanidad atentan contra los valores más importantes que tiene el hombre, y la imprescriptibilidad de los mismos está legitimada por la gravedad de tales crímenes y porque existe en la conciencia de la humanidad que estos crímenes deben sancionarse sin límites temporales<sup>40</sup>.

En este sentido, sin perjuicio de la gravedad de los delitos de corrupción, no satisface un estándar de razonabilidad la equiparación señalada.

---

<sup>38</sup> PATRIONA ARANA, Raúl; “*Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*”, IDEHPUCP; p. 28. Recuperado en: [www.perso.unifr.ch](http://www.perso.unifr.ch)

<sup>39</sup> Cita atribuida al filósofo, político, orador y escritor romano Lucio Anneo Séneca (2 a.C. – 65).

<sup>40</sup> PATRIONA ARANA, Raúl; ob. cit.; p. 25.

## CAPITULO II: Responsabilidad penal de las personas jurídicas

### 1. La empresa:

En el mundo moderno, la empresa se ha convertido en un sujeto fundamental de la actividad económica mundial, que ostenta recursos, medios, capital y poder. En este sentido, muchas veces se ha destacado que las principales corporaciones internacionales poseen un poder económico que supera el PBI de muchos países del mundo.

La empresa como sujeto económico presenta incidencia en el desarrollo de actividades mercantiles, tecnológicas, de información, comunicaciones, explotación de recursos naturales, y en el mercado internacional de tráfico de capitales, bienes y servicios. Por ello, un Derecho Penal que se autodefina como “moderno” deberá incluir dentro de su arsenal represivo medidas preventivas y sancionatorias para las personas jurídicas<sup>41</sup>.

En este sentido, García Caveró afirma que no hay duda de que la empresa ha desplazado a la figura del comerciante individual en el terreno de la economía, lo que explica no sólo que la normativa jurídico-privada haya tenido en cuenta desde hace tiempo el fenómeno corporativo en la constitución de las relaciones jurídicas, sino también que el propio sistema penal comience a plantearse en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad<sup>42</sup>.

Es que en esta globalización expansiva, con la internacionalización de los negocios, la velocidad de las comunicaciones y la información, la empresa se ha convertido en un actor fundamental de la vida económica con gran concentración de poder, y por ello mismo, artífice de un sinfín de maniobras delictivas en pos de aumentar ganancias o evitar pérdidas. No podemos negar el poder que ostenta la empresa en el mundo actual.

En este sentido, se observa que diferentes empresas han estado presentes en los resonantes casos de corrupción de los últimos tiempos.

Es que la empresa, como ente socialmente organizado, ofrece un campo fértil para la comisión de delitos desde una “irresponsabilidad penal organizada”, lo que se traduce

---

<sup>41</sup> ABOSO, Gustavo E.; ob. cit.; p. 96.

<sup>42</sup> GARCIA CAVERO, Percy; “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable. Derecho Penal Laboral”; Ed. BdeF; 2011; p. 143; citado por BERRUEZO, Rafael; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal”; en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*; Nº 13; Mayo 2014; recuperado en: [www.ar.ijeditores.com](http://www.ar.ijeditores.com)

en la posibilidad de actuar desde el anonimato, ya sea por la imposibilidad de individualización del autor de la infracción en el seno de la empresa o por la designación de “chivos expiatorios” en los niveles ejecutivos o decisorios<sup>43</sup>.

A todo ello se suma la posibilidad de participación en el crimen organizado y delitos transnacionales, por lo que sin dudas se torna necesario encuadrar su actuación en parámetros legales, replantear las estrategias político-criminales para abarcar a las empresas y evaluar la atribución de responsabilidad penal a las mismas.

Así, en numerosos países ya se ha reconocido la responsabilidad penal de la persona jurídica. Tal ha sido el caso de la República Argentina, mediante la ley 27.401 del año 2017.

## **2. Historia**

A lo largo del tiempo, han existido diversas controversias en relación a las personas jurídicas, su naturaleza jurídica y su responsabilidad penal.

En un primer momento, la discusión giró en torno a la esencia de la persona jurídica. Ello, toda vez que aproximadamente a finales del siglo XVIII las personas jurídicas comenzaron a tener una participación más intensa en el tráfico jurídico-patrimonial. En esa discusión existieron al menos dos posturas encontradas, la llamada “teoría de la ficción”, que negaba la realidad jurídica de las personas jurídicas y sostenía que se trataba de meras ficciones; y la “teoría de la realidad”, que argumentaba que se trataba de entes reales. Los máximos exponentes de estas teorías fueron Savigny y Gierke, respectivamente. La histórica discusión sobre su naturaleza jurídica ha perdido hoy todo interés, toda vez que el transcurso del tiempo y el devenir de los acontecimientos han inclinado la balanza a favor de la postura que considera a la persona jurídica como un sujeto de derecho.

Con posterioridad a ello, se suscitó la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Durante mucho tiempo la discusión giró en torno a la posibilidad material de las personas jurídicas de cometer delitos, es decir, a su capacidad de acción, su capacidad de culpabilidad, y aspectos relativos a la finalidad de la pena y a su posibilidad de aplicación.

---

<sup>43</sup> ABOSO, Gustavo E.; ob. cit; p. 103 y 121.

Los principales argumentos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se centran en la teoría del delito y en la incapacidad de dar respuesta a sus presupuestos. Así, las principales objeciones señalan la falta de capacidad de acción, la falta de capacidad de culpabilidad, capacidad de la pena, infracción al principio de personalidad de la pena y la posibilidad de inobservar el principio *ne bis in idem*.

Esta discusión también ha perdido gran parte de su vigencia en la actualidad, toda vez que la política criminal y legislación penal de varios países se han decidido a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y esta parece ser la tendencia que paulatinamente se impone.

En relación a la capacidad de acción, se ha argumentado que las personas jurídicas carecían de ella por tratarse de meras ficciones, y por carecer de conciencia y voluntad. En sentido contrario, Hirsch sostuvo que las asociaciones de personas son formas de organización humana que constituyen sujetos autónomos, en la realidad de la vida social, con independencia de la variación de sus miembros. Si bien para actuar externamente deben servirse de las acciones de las personas físicas, no debe perderse de vista que la misma actúa por la asociación, y en esa medida se habla del hecho vinculante. Es que, dado que la corporación como tal actúa hacia afuera mediante acciones humanas de sus órganos, estas acciones son, al mismo tiempo, también las suyas propias. Se trata de una forma del actuar propio por medio de otro, de manera que las asociaciones de personas son, por sí mismas, capaces de acción. Además, si son destinatarias de deberes jurídicos, no solo pueden cumplirlos sino también lesionarlos<sup>44</sup>.

Respecto de la culpabilidad de la persona jurídica, Jakobs se pronunció en contra de la misma por entender que los hechos culpables son hechos propios de los que en ellos participan, que no hay culpabilidad penal que pueda ser transferida porque el delinquir no puede ser realización de negocio ajeno<sup>45</sup>. Por otro lado, a favor del reconocimiento de la culpabilidad de la persona jurídica, se han esbozado diversos argumentos. Entre ellos, la propuesta de Tiedemann que se refiere a la responsabilidad por organización o por defecto de organización. Según la misma, se deben entender como delitos de la asociación aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de adopción de

---

<sup>44</sup> HIRSCH, Hans-Joachim; “Derecho Penal. Obras completas”; T. III; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2002; p. 115 y ss.; citado por BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; “*Criminal Compliance y Personas Jurídicas*”; Ed. BdeF; Montevideo-Buenos Aires; 2016; p. 30 y ss.

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther; “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”; en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*; p. 79; citado por BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; ob. cit.; p. 32.

medidas de precaución necesarias para garantizar negocios ordinarios o no delictivos<sup>46</sup>. El defecto de organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, sería el hecho fundamentador de la culpabilidad de la propia persona jurídica<sup>47</sup>.

Por último, en relación a cuál sería la finalidad de la aplicación de una pena a un ente jurídico, entre las teorías esgrimidas encontramos la prevención general y especial, el restablecimiento de la vigencia de la norma vulnerada y la estabilidad del ordenamiento jurídico, entre otras.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue objeto de diferente tratamiento en el derecho anglosajón y en el derecho continental europeo. Mientras el primero reguló la responsabilidad penal para las sociedades comerciales; el segundo sostuvo con firmeza el principio *societas delinquere non potest*<sup>48</sup>, que implicaba que solo la persona física podía tener responsabilidad penal.

En los últimos años del siglo XX comenzó a experimentarse un giro en estas tendencias, y el principio penal según el cual las personas jurídicas no podían delinquir comenzó a perder vigencia, y a dar paso a la recepción en los sistemas jurídicos de diferentes países, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Según García Cavero, ello encuentra su origen en la política unificadora de los mercados de Europa, toda vez que en el año 1988 la comunidad europea solicitó a los Estados miembros implementar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger las condiciones de mercado común. A ello se suman los acuerdos internacionales de lucha contra la criminalidad transnacional, que recomiendan a los países parte incorporar sanciones penales a los entes colectivos<sup>49</sup>. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>50</sup> regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 10.

---

<sup>46</sup> TIEDEMANN, Klaus; “Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)”; PPU; Barcelona; 1993; citado por BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; ob. cit.; p. 36.

<sup>47</sup> BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; ob. cit.; p. 38.

<sup>48</sup> Brocardo latino utilizado fundamentalmente en derecho penal que puede traducirse como “una sociedad no puede delinquir”.

<sup>49</sup> GARCIA CAVERO, Percy; “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable”; *Derecho Penal Empresario*; Yacobucci (Dir.); Ed. BdeF; Montevideo-Buenos Aires; 2010; p. 62; citado por BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; ob. cit.; p. 15.

<sup>50</sup> Esta Convención, conocida como “Convención de Palermo”, fue suscripta en Palermo, Italia, en el año 2000. Fue aprobada por la República Argentina en el año 2002, mediante Ley N° 25.632.

El derecho penal argentino, influenciado por el derecho continental europeo, tradicionalmente negó la capacidad de las personas jurídicas para delinquir. Sin perjuicio de ello, la legislación, de manera gradual, fue estableciendo sanciones a las personas jurídicas.

En primer lugar, corresponde señalar que diversos proyectos de reforma previeron incorporar este tema en el cuerpo del Código Penal. Así, el Proyecto Coll-Gómez de Código Penal de 1937, el Proyecto Peco de Código Penal de 1941 y el Proyecto De Benedetti de Código Penal de 1951, incluyeron disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estos proyectos nunca fueron tratados.

El Proyecto de Código Penal de 2006 contiene una regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la parte general. En cuanto a la naturaleza de las sanciones, las considera “accesorias”.

El Anteproyecto de Código Penal de 2014 también admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte general de la codificación. En este sentido, la Exposición de Motivos realizada por la Comisión explica que “se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto”<sup>51</sup>. En esta normativa no se toma postura sobre la naturaleza jurídica de la sanción, y se restringe la responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas.

En orden a los antecedentes en la temática bajo estudio, reviste importancia el dictado de la ley 26.683<sup>52</sup>, que incorporó el Título XIII al Libro Segundo “De los delitos” al Código Penal, que regula los delitos contra el orden económico y financiero. Esta ley incorpora al Código Penal el artículo 304, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y dispone sanciones.

Además de los proyectos enumerados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido establecida mediante leyes especiales.

Así, encontramos disposiciones referidas a este tema en las leyes N° 11.683 de Impuesto a los réditos y régimen de percepción y fiscalización a las transacciones (B.O.

---

<sup>51</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; “*Anteproyecto de Código Penal de la Nación*”; 1° ed.; editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica; marzo de 2014; p. 151; citado por ABRALDES, Sandro; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas”; en VITOLLO, Daniel R. (Dir.); “*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas*”; 1° ed.; Ed. Rubinzal Culzoni; Buenos Aires; 2018; p. 28.

<sup>52</sup> B.O. 21/06/2011.

12/01/1933); N° 12.591 de Represión de la especulación y precios máximos para artículos de primera necesidad (B.O. 11/09/1939); N° 12.906 de Represión de monopolios (B.O. 22/02/1947); N° 14.155 del Instituto Nacional de Carnes y contralor del Comercio de Carnes (B.O. 08/10/1952); N° 19.359 de Régimen Penal Cambiario; 20.680 de Abastecimiento (B.O. 25/06/1974); N° 22.262 (B.O. 01/08/1980) y N° 25.156 (B.O. 20/09/1999) de Defensa de la Competencia; N° 22.415 Código Aduanero (B.O. 28/03/1981); N° 24.192 Régimen contra la violencia en espectáculos deportivos (B.O. 26/03/1993); N° 25.675 de Política Ambiental Nacional (B.O. 28/11/2002); N° ley 24.769 (B.O. 15/01/1997) y N° 26.735 (B.O. 28/12/2011) Régimen Penal Tributario y Previsional; entre otras.

La reciente ley 27.401<sup>53</sup> estableció un sistema integral de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con esta ley, se ha procurado ajustar nuestro sistema jurídico a los estándares internacionales exigidos en diversos Tratados. Es que actualmente la mayoría de los Tratados Internacionales en materia de delincuencia económica y crimen organizado imponen a los países firmantes la obligación de regular la responsabilidad de las empresas que hayan intervenido en los ilícitos. Así, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 26 regula la responsabilidad de las personas jurídicas.

Al respecto, se ha dicho que esta reforma tiene un origen y un espíritu filosófico de naturaleza anglosajona distante de las bases continentales en las que se sustenta nuestro sistema normativo general y en especial el saber penal. Por ello, esta transformación jurídica no será sencilla. Así, otros países de tradición continental que incorporaron reformas similares, tal el caso de Francia, se encuentran aún puliendo el sistema<sup>54</sup>.

Esta ley supone un punto de inflexión en la materia, toda vez que consagra, de manera expresa, la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

Hasta ese momento, el panorama se caracterizaba por la dispersión del tema en diversas leyes y su falta de sistematización, a lo que se sumaba la ausencia de una regulación procesal.

En este sentido, la ley 27.401 de responsabilidad penal empresarial por hechos de corrupción y cohecho transnacional representa un cambio notable: esta norma establece

---

<sup>53</sup> B.O. 1/12/2017.

<sup>54</sup> CASTEX (Dir), DUBINSKI y MARTINEZ (Coord); *“Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”*; 2da. ed. actualizada y ampliada; Ed. Ad Hoc; Buenos Aires; 2019; p. 20.

el régimen jurídico aplicable, con disposiciones sustantivas y procesales que regulan el objeto y alcance de responsabilidad de las personas jurídicas frente a tales delitos, la extinción de la acción penal en caso de amnistía y prescripción, la independencia de las acciones, las penas principales y accesorias aplicables, su graduación y casos de exención de pena, así como también lo atinente a la situación procesal de la persona jurídica, con disposiciones sobre notificaciones, representación en el proceso, situación de rebeldía y conflicto de intereses y abandono de representación, entre otras<sup>55</sup>.

### **3. Ley 27.401**

#### **a) Introducción:**

La ley 27.401 regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

Esta norma tuvo como objeto adaptar el sistema penal argentino 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 obligó, al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Dicha Convención se firmó en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, se aprobó por ley nacional N° 25.319 y entró en vigor en nuestro país el 9 de abril de 2001. Esta Convención requirió a los Estados Partes que tipificaran como delito la figura del soborno transnacional activo. Dicha figura se encuentra actualmente prevista en el artículo 258 bis de nuestro Código Penal. El artículo 2 de la Convención prevé que cada parte tome las medidas que crea necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero.

Durante el tratamiento de la ley 27.401, el proyecto sufrió algunas modificaciones. Mencionaremos las más relevantes.

En primer lugar, durante su tratamiento en Diputados se modificó el artículo 1, que establece el objeto y alcance de la ley. Es decir, señala por qué delitos serán responsables penalmente las personas jurídicas privadas. En este sentido, la

---

<sup>55</sup> PRADO, Carolina; “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”; recuperado en: [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

modificación apuntada desvirtuó esta responsabilidad “limitada”, y estableció la responsabilidad por todos los delitos del Código Penal. Posteriormente, ello fue modificado por el Senado y limitado nuevamente a ciertos delitos.

En cuanto al sistema de responsabilidad penal, originariamente se había adoptado el criterio de imputación de “defecto de organización y control”; y finalmente se adoptó el “sistema vicarial”.

Como ya fuera expuesto previamente, se eliminó la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, que había sido incorporada en su tratamiento en Diputados.

En relación a la situación de las Pymes, Diputados había decidido su exclusión del régimen de responsabilidad penal. Luego, en el Senado se decidió su inclusión por no encontrar razones para dicha diferenciación. De esta manera, todas las personas jurídicas privadas, conforme lo define el Código Civil y Comercial de la Nación, son susceptibles de responsabilidad penal.

#### **b) Breve análisis de los aspectos más relevantes de la ley 27.401:**

La ley 27.401 consta de 40 artículos y es de fácil lectura. A continuación realizaremos un breve análisis de los aspectos más importantes de la misma.

##### **b.1 Personas Jurídicas Privadas:**

El artículo 1º trata el objeto y alcance de la ley, establece que el régimen de responsabilidad penal será aplicable a las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, y fija los delitos que hacen surgir dicha responsabilidad.

Nuestro sistema jurídico distingue entre personas jurídicas públicas y privadas; y la ley bajo análisis prevé su aplicación solo en relación a las privadas.

El artículo 148 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) establece que son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; e i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Por su parte, el artículo 149 CCyCN establece “La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”. De manera que las llamadas frecuentemente “personas jurídicas privadas del Estado” o “personas jurídicas privadas con participación estatal” están sujetas a las previsiones de la ley 27.401, toda vez que esta ley expresamente las incluye en su artículo 1º, al enunciar “con o sin participación estatal”.

A ello hay que agregar las personas jurídicas privadas extranjeras, contempladas en el artículo 150 CCyCN.

Saux explica que la normativa tiene un amplio campo operativo, toda vez que abarca a todo un abanico de personas jurídicas privadas que va más allá de las sociedades comerciales, que aparecen a primera vista como las destinatarias de esta ley. Es que, a través de ella, podría alcanzarse a entidades que hasta ahora estaban exentas de responsabilidad penal y de la responsabilidad civil de sus miembros. Y agrega “Nos referimos, muy especialmente, a las asociaciones –en particular, las asociaciones civiles bajo cuya forma están constituidas en nuestro país muchas instituciones que movilizan recursos millonarios, como los clubes de fútbol y las asociaciones que los nuclean, como la Asociación del Fútbol Argentino, donde tantos episodios a través de la historia hubieran hecho aplicable la ley ahora vigente- y las fundaciones, bajo cuyo paraguas protector es por todos sabido que se cobija gran variedad de intereses que lejos están del designio de bien común que las caracteriza conforme a la ley”<sup>56</sup>.

### **b.2 Delitos contemplados:**

El propio artículo 1º de la ley establece qué delitos hacen aplicable el régimen de responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas enumeradas anteriormente: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos en los artículos 258 y 258 bis C.P.; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, previstas en el artículo 265 C.P.; c) Concusión, contemplada en el artículo 268 C.P.; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto en artículo 268 inc 1 y 2 C.P.; y e) Balances e informes falsos agravados, contemplado en artículo 300 C.P.

---

<sup>56</sup> SAUX, Edgardo I.; “Las personas jurídicas privadas comprendidas en la Ley 27401”; en VITOLO, Daniel R. (Dir.); ob. cit.; p. 192.

Esta enumeración taxativa de los delitos por los cuales surge la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha motivado que algunos autores refieran que se trata de un régimen de responsabilidad “limitado”, “cerrado”, “específico” o “numerus clausus”; toda vez que no se ha regulado una responsabilidad amplia por cualquier delito que puedan cometer, sino una referida solo a este grupo de delitos contra la administración pública.

### **b.3 Responsabilidad:**

Los artículos 2º y 3º regulan la responsabilidad de las personas jurídicas.

La ley opta por el sistema de responsabilidad vicarial, que significa que la persona jurídica asume responsabilidad por la actuación de sus dependientes y representantes. Así, expresamente se establece que la persona jurídica será responsable cuando el delito se haya cometido directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. El mismo resultado acarreará la actuación de un tercero que carece de facultades si la persona jurídica ratifica su gestión, aunque sea de manera tácita. El elemento fundamental en esta cuestión es que la actuación haya sido en beneficio de la persona jurídica. De lo contrario, si quien realizó el acto lo hizo en su exclusivo beneficio, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad.

Por otro lado, se establece el principio de responsabilidad sucesiva. Conforme el mismo, en caso de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica se transmitirá a la persona jurídica resultante o absorbente. De la misma manera, la responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá 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.

Probablemente esta disposición haya sido incluida con el fin de evitar la provocación de supuestos de impunidad para la persona jurídica<sup>57</sup>. Se ha objetado que esta disposición atenta contra el principio de personalidad de la pena, que establece que solo se puede aplicar una pena al individuo sobre el cual puede hacerse el juicio de reproche que determine la culpabilidad sobre una conducta propia.

### **b.4 Cuestiones relativas a la acción:**

---

<sup>57</sup> SAUX, Edgardo, I.; “Las personas jurídicas privadas comprendidas en la Ley 27401”; en VITOLLO, Daniel R. (Dir.); ob. cit.; p. 92.

La extinción de la acción se encuentra regulada en el artículo 4º, que establece que 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. Es decir, por amnistía y por prescripción, respectivamente.

Por otro lado, la normativa expresamente aclara que 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.

La prescripción de la acción penal respecto de las personas jurídicas, fijada en el artículo 6º, está prevista a los 6 años de la comisión del delito. Además, la normativa remite al Código Penal, estableciendo que serán aplicables las reglas de suspensión e interrupción previstas en dicho cuerpo legal.

Por último, el artículo 6º prevé la independencia de las acciones. Esto implica que 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.

#### **b.5 Penas:**

Las penas aplicables a las personas jurídicas están contempladas en el artículo 7º, y son las siguientes: a) Multa de dos (2) a cinco (5) veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiere podido obtener; b) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de 10 (diez) años; c) 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 10 (diez) años; d) 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; e) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; y f) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

De manera que, la ley establece taxativamente las penas aplicables a las personas jurídicas. Estas penas se dirigen fundamentalmente a la libertad de actuación de la persona jurídica, tanto económica como jurídica, así como también a su prestigio. Ello, dada la imposibilidad de someter a la persona jurídica a la pena de prisión, es decir, de privarla de su libertad física o de locomoción.

Es importante destacar que para los casos de suspensión de las actividades, total o parcial, y suspensión para participar en actividades relacionadas con el Estado; se prevé un plazo máximo, es decir, la limitación temporal de la pena. En el mismo sentido, la disolución y liquidación de la persona jurídica se establece solo para aquellos casos en que ésta hubiera sido creada al solo efecto de comisión del delito o esos actos constituyeran su principal actividad. El sentido de ello es evitar que la pena afecte la continuidad operativa de la entidad, obra o servicio en particular. Se trata, al decir de Abraldes, de la mitigación de la naturaleza retributiva de la consecuencia jurídica, para pretender minimizar efectos de lesividad social que necesariamente recaen sobre personas y sistemas ajenos a la persona jurídica en sí<sup>58</sup>.

En este mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 8° expresamente establece que cuando fuera 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°, esto es, suspensión total o parcial de actividades y disolución y liquidación de la personería.

También el párrafo cuarto del citado artículo 8° denota este mismo espíritu, toda vez que establece que 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.

Es que las empresas interactúan con la sociedad de un modo permanente, tanto como fuente de trabajo como en la producción de bienes y servicios, de manera que la suspensión total de sus actividades conllevaría necesariamente la afectación de intereses de sujetos ajenos a los actos de corrupción, así como también de la sociedad en general.

Por último, resulta interesante señalar que la ley 27.401, al momento de establecer las penas aplicables a las personas jurídicas, no menciona que las mismas puedan ser impuestas conjunta o alternativamente. Vítolo entiende que ello, a la luz del principio de legalidad, debe interpretarse en el sentido de que el tribunal sólo podrá imponer una de las penas previstas en la ley, sin poder adicionarle otra<sup>59</sup>. Ello cobra relevancia si se piensa en la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria, pena contemplada

---

<sup>58</sup> ABRALDES, Sandro; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas”; en VITOLO, Daniel R. (Dir.); ob. cit.; p. 97.

<sup>59</sup> VITOLO, Daniel R.; “Penas y sanciones”; en VITOLO, Daniel R. (Dir.); ob. cit.; p. 524.

en el inciso 6) del artículo 7º, que tradicionalmente ha sido considerada una pena accesoria, y ahora ya no sería tal.

#### **b.6 Graduación de la pena:**

El artículo 8º establece distintos parámetros a tener en cuenta por los jueces al momento de fijar las penas correspondientes.

Entre esos parámetros, se enumera 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 reparar o mitigar el daño; y la reincidencia.

Como se observa, se trata de pautas objetivas de mensuración de la pena, que determinarán la mayor gravedad de la pena.

La última parte del artículo 8º establece que no será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto por el artículo 64 C.P., que contempla la prescripción por pago de multa. Este es un aspecto relevante, que parece acorde con los fines de la normativa. Es que, al decir de Aboso “evitar la salida anticipada del proceso penal bajo el subterfugio de la cancelación de la multa en expectativa, se muestra acorde con los criterios teleológicos aplicados en materia de lucha contra la corrupción”<sup>60</sup>.

#### **b.7 Exención de la pena:**

El artículo 9º establece causales que determinarán la exención de la pena, cuando concurren simultáneamente. Estas son: a) que la persona jurídica denuncie espontáneamente la comisión de un delito de los previstos en la ley, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) que hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado conforme los artículos 22 y 23 de la ley con anterioridad al hecho, cuya violación haya exigido un esfuerzo por parte de los intervinientes en la comisión del delito; y c) que hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

---

<sup>60</sup> ABOSO, Gustavo E.; ob. cit.; p. 328.

Aboso entiende que el último punto presentará dificultades, toda vez que la devolución de los beneficios obtenidos de manera ilícita no siempre resultará de fácil medición, sobre todo cuando pensamos en contratos públicos, donde hay que sumar el tiempo transcurrido, los procesos inflacionarios y también tener en consideración que la empresa probablemente también invirtió dinero y tiempo en la ejecución de las obras. Por ello, el autor considera que sería más apropiado que la empresa y la autoridad judicial fijaran un monto determinado, que permitiera a la empresa eximirse de responsabilidad penal. Ello, siempre y cuando no hubiere tenido una participación activa en la comisión del delito<sup>61</sup>.

#### **b.8 Decomiso:**

El artículo 10º establece que serán de aplicación las normas relativas al decomiso, y remite a las prescripciones del Código Penal.

El decomiso tiene como fin desalentar la comisión de ilícitos, toda vez que asegura que el autor no obtenga un lucro indebido<sup>62</sup>.

El decomiso tradicionalmente ha sido definido como una consecuencia accesoria de la pena consistente en la privación o pérdida de los instrumentos o efectos del delito<sup>63</sup>.

También se ha definido al decomiso como la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal o autoridad competente<sup>64</sup>.

El decomiso se encuentra regulado en el artículo 23 del Código Penal. En el año 2011 mediante la Ley 26.683<sup>65</sup> se modificó este artículo, añadiendo el párrafo séptimo que incorpora la posibilidad de decomisar bienes aún antes de existir condena.

Así, el citado artículo establece que la condena por la comisión de un delito podrá decidir el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, a favor del Estado Nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

---

<sup>61</sup> ABOSO, Gustavo E.; ob. cit.; p. 334.

<sup>62</sup> BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio; “Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción”; pp. 903 y ss., pp. 909 y ss., pp. 913 y ss.; citado por ABOSO, Gustavo E.; ob. cit; p. 335.

<sup>63</sup> DAYENOFF, E. y KOFFMAN, H.; “*Código Penal Comentado. Anotado con jurisprudencia*”; 4ta Ed.; Ed. García Alonso; Buenos Aires; 2016; pág. 46 y ss.

<sup>64</sup> Definición contemplada en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<sup>65</sup> B.O. 21/06/2011.

En los casos de delitos contra el orden económico y financiero, se prevé que podrán ser decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

De manera que, el decomiso comprende a todo tipo de bienes muebles, inmuebles y derechos.

#### **b.9 Acuerdo de colaboración eficaz:**

Los artículos 16° a 21° prevén todo lo relativo al llamado “acuerdo de colaboración eficaz”. Este acuerdo puede ser celebrado entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, y mediante el mismo la persona jurídica se compromete a colaborar de manera confidencial mediante la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito. Este tipo de acuerdos puede celebrarse hasta la citación a juicio.

El artículo 18° regula lo referido al contenido del acuerdo y a las condiciones que debe observar la persona jurídica, entre las cuales se encuentra pagar una multa, restituir las cosas o ganancias producto o provecho del delito y abandonar a favor del Estado los bienes que posiblemente resultarían decomisados en caso de recaer condena. Además, se enuncian como otras posibles condiciones la realización de acciones para reparar el daño causado, la prestación de un servicio a la comunidad, la aplicación de medidas disciplinarias contra quienes hubieren participado y la obligación de implementar un programa de integridad, de conformidad con los artículos 22 y 23 de la ley, o mejorar o modificar el existente, si lo hubiere.

Este tipo de acuerdos se han implementado en diversas leyes para hacer frente a distintas manifestaciones del crimen organizado. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada<sup>66</sup>, en el artículo 26 establece que cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a proporcionar

---

<sup>66</sup> Aprobada en nuestro país por Ley 25.632 del año 2002.

información útil a las autoridades competentes, y a cambio cada Estado considerará la posibilidad de prever la mitigación de la pena o la inmunidad judicial de esa persona.

La delación premiada está contemplada en el artículo 41 ter de nuestro Código Penal, en relación a los delitos de narcotráfico; delitos aduaneros (contrabando); terrorismo (art. 41 quinquies); corrupción de menores y promoción, facilitación o explotación de la prostitución; privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo; trata de personas; asociación ilícita; delitos de corrupción (cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, prevaricato, y fraude en perjuicio de la administración pública); y delitos contra el orden económico y financiero.

La ley 27.304<sup>67</sup> modificó el artículo 41 ter, y extendió la aplicación de la figura a los delitos de corrupción, que antes no se encontraban alcanzados por la misma.

Existen opiniones encontradas en relación a este instituto. En contra del mismo, se esgrime que recurrir a estos instrumentos evidencia la inoperancia e incapacidad del Estado para lidiar con el crimen organizado; y que se fomenta esa inoperancia toda vez que siempre estará al alcance de la mano un posible acuerdo con algún integrante de la organización. También existen planteos de corte ético, que cuestionan que el Estado realice acuerdos con criminales. Otra postura entiende que estos acuerdos, y la pena que en virtud de ellos resulte, no son compatibles con el fin resocializador de la pena. Es que, conforme este criterio, la delación se convertiría en una opción para el delincuente, una suerte de “atajo” para obtener una pena menor, en la búsqueda de un beneficio puramente individual. Por último, se ha dicho que la figura del arrepentido atenta contra el derecho de defensa y el principio de inocencia.

Esta figura está contemplada para delitos complejos, es decir, aquellos cuya investigación y resolución resulta difícil por diversos motivos. Por ello, esta herramienta puede resultar útil e interesante para el tratamiento y resolución de dichos delitos. Los argumentos a favor de la figura están imbuidos de un criterio utilitarista.

#### **b.10 Programa de integridad:**

Los artículos 22° y 23° regulan lo relativo a los programas de integridad.

---

<sup>67</sup> B.O. 02/11/2016, conocida como “Ley del Arrepentido”. Amplió la figura del arrepentido prevista en el Código Penal a los casos de corrupción, los delitos contra el Código Aduanero y la asociación ilícita. Modificó el artículo 41 ter e incorporó el artículo 276 bis al Código Penal de la Nación.

El artículo 24° establece que la existencia de un programa de integridad, conforme las pautas establecidas en los artículos 22° y 23°, es condición necesaria para contratar con el Estado Nacional, cuando se trate de contratos que por su monto deban ser aprobados por autoridad competente con rango no inferior a Ministro y se trate de licitaciones, contratos públicos o contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

De manera que, se establece que las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad, es decir, se trata de una elección que no reviste carácter obligatorio. La excepción se encuentra contemplada en el artículo 24°, que establece que la existencia del programa de integridad es requisito necesario para contratar con el Estado Nacional.

El programa de integridad consiste en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. Este programa debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad de la empresa, su dimensión y capacidad económica.

La ley establece el contenido del programa de integridad, y distingue entre elementos que indefectiblemente deben estar presentes, y otros que no revisten obligatoriedad.

Así, los elementos que no pueden faltar son: a) un código de ética o conducta; b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; y c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a los miembros de la empresa.

Entre los elementos que no revisten obligatoriedad, se encuentran: a) el análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; b) el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; c) los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; d) una política de protección de denunciantes; e) 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; f) procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios; g) la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones; h) el monitorio y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; i) un

responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad; y j) el cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas se dicten.

En este punto, y para comprender cabalmente la importancia que la ley 27.401 le otorga al programa de integridad, debemos recordar que el artículo 9° lo enumera como una de las condiciones que debe haber cumplido la empresa con anterioridad al hecho, para poder ser eximida de pena.

#### **b.11 Reincidencia:**

El artículo 8° regula la reincidencia de la persona jurídica, y el artículo 25° dispone que 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 esta ley.

La ley 27.401 establece un régimen específico de reincidencia para la persona jurídica. En este sentido, se entenderá que hay reincidencia cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior. Entendemos que se refiere únicamente a los delitos comprendidos en la ley de referencia.

Conforme surge del artículo 8°, la reincidencia es una pauta que se tendrá en cuenta al momento de la graduación de la pena. Es decir, se trata de una causal de agravación de la misma.

El instituto de la reincidencia ha presentado diversas objeciones en la doctrina sobre todo en relación a su constitucionalidad, por afectar el principio de igualdad y el principio de *ne bis in idem*, que impide el múltiple castigo o persecución penal contra una persona por un hecho único.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en varias ocasiones por la superación del estándar de constitucionalidad, con sostén en que la mayor severidad en la sanción no se debe a la circunstancia de comisión de un delito anterior, sino que la condena en esa oportunidad pone en evidencia un mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio manifestado por quien, pese a haberla sufrido, recae en el delito<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> CSJN, 16/8/1988, “L’Eveque, R.”, Fallos: 311:1451; citado por ABRALDES, Sandro; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas”; en VITOLLO, Daniel R. (Dir.); ob. cit.; p. 99.

## **b.12 Cuestiones procedimentales:**

La ley 27.401 regula cuestiones procedimentales referidas a las personas jurídicas. Ello resulta una novedad muy auspiciosa. Es que el reconocimiento de su responsabilidad penal torna necesaria e impostergable la regulación de su intervención en el proceso penal mediante normas procesales respetuosas de las garantías constitucionales.

En este sentido, las diversas leyes especiales que anteriormente establecieron la responsabilidad penal de las personas jurídicas no trataron cuestiones procesales indispensables para hacer efectiva aquella.

Ahora bien, el artículo 11° de la ley 27.401 regula la situación procesal de la persona jurídica, y establece que tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado conforme lo establecido en los códigos de procedimientos. De manera que, esta normativa regula el derecho de defensa en juicio de la persona jurídica en términos similares a los de la persona humana.

El artículo 12° regula lo referido a las notificaciones.

El tema de la representación se encuentra regulado en los artículos 13° y 15°. Conforme surge del texto legal, la persona jurídica será representada por su representante legal o por cualquier persona que ostente poder especial con las debidas formalidades para el caso. Además de ello, deberá contar con abogado defensor, y en caso de no designar uno, se le asignará el defensor oficial que por turno corresponda. En cualquier momento del proceso la persona jurídica podrá sustituir a su representante. En caso de conflicto de intereses entre la persona jurídica y su representante, se intimará a aquella para que lo sustituya.

El artículo 14° regula todo lo referido a la rebeldía de la persona jurídica.

Por último, los artículos 26°, 27° y 28° se ocupan del tema de la competencia. Al respecto, establecen que 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, la aplicación complementaria del Código Penal y la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación, en los casos de competencia nacional y federal alcanzados por la presente ley.

## **4. Reglamentación de la Ley 27.401: Decreto Nacional 277/2018**

El Decreto Nacional 277/2018<sup>69</sup>, reglamentario de la Ley 27.401, recuerda que el objetivo del régimen es dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad, y, en caso de investigaciones por la posible comisión de un delito, cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal. Por otro lado, explica que la experiencia internacional demuestra que resulta habitual, deseable y útil la existencia de lineamientos y guías complementarias en miras de la mejor aplicación del sistema de responsabilidad, a través de las cuales se especifiquen ejemplos, pautas prácticas y criterios interpretativos que brinden auxilio técnico a quienes deben desarrollar, aprobar o evaluar un Programa de Integridad.

En virtud de ello, se encomienda a la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que establezca los lineamientos, principios y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley 27.401, es decir, lo referido a los Programas de Integridad y su contenido.

Por otro lado, se establece que la existencia del Programa de Integridad conforme dichos artículos, como condición necesaria para contratar con el Estado Nacional en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, deberá ser acreditada junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria.

Como se observa, la ley 27.401 configura un hito trascendental en la materia que nos ocupa. Se trata de una ley concisa y completa, que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, y presenta aspectos interesantes, como la regulación de aspectos procesales. Otro aspecto importante es la inclusión en la normativa de la regulación de los denominados “programas de integridad”. Estos programas configuran una herramienta del *compliance*. De manera que, si bien Argentina no cuenta con una política general de *compliance*, ha receptado mediante diversas normas instrumentos del mismo.

---

<sup>69</sup> B.O. 06/04/2018.

## CAPITULO III: *Compliance*

### 1. Qué es:

En los últimos años, diversos casos de corrupción internacional, tales como ENRON, World-com, Parmalat o Siemens, evidenciaron que las estructuras empresariales tradicionales y el derecho penal resultan insuficientes para prevenir delitos en las empresas. En este contexto, el control interno por parte de la propia organización surgió como una alternativa viable, complementaria al derecho penal.

El sistema de *compliance* tiene por objeto establecer mecanismos de prevención de conductas delictivas dentro de las empresas y delimitar la responsabilidad penal individual de las personas involucradas en ella, teniendo en consideración que la estructura de relaciones de una compañía conforma un ámbito propicio para diluir la responsabilidad de los intervinientes<sup>70</sup>. Es lo que se denomina “actitud criminal de grupo”, que significa que la actuación dentro de una corporación reduce los mecanismos inhibitorios de sus miembros y propicia que lleven a cabo conductas delictivas.

El término *compliance* proviene del inglés “*to comply with*”, que significa cumplir con, respetar, de conformidad con. También se ha dicho que tiene su origen en el latín “*complere*”; en español, “cumplir”. En definitiva, el término se asocia con “cumplimiento”, “observancia”. Es decir, este término hace referencia al cumplimiento, por parte de las empresas, de las reglas y directivas, internas y externas, para que su accionar se mantenga dentro del ámbito de la legalidad.

El *compliance* o cumplimiento normativo es un instituto del Derecho, la Economía, las Finanzas y la Administración, que consiste en establecer las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa –organizada del modo que fuera-, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumpla con el marco normativo aplicable al régimen legal vigente y a las disposiciones que regulan la creación y actividad del ente, así como el de la propia actividad que dicho ente desarrolla<sup>71</sup>. En este sentido, Montiel señala que en todo sistema de *compliance*

---

<sup>70</sup> CASTEX, Francisco (Dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); ob. cit.; p.42.

<sup>71</sup> VITOLO, Daniel R.; “El ‘compliance’ y la responsabilidad penal empresaria” en VITOLO, Daniel R. (Dir.); ob. cit.; p. 316.

adecuado resulta fundamental que su diseño parta de un relevamiento de riesgos de la propia empresa, un análisis riguroso de cómo ellos se presentan y una valorización y priorización<sup>72</sup>.

Entre las ventajas que las empresas evidencian de la implementación de una política clara en materia de *compliance*, se encuentran que sus acciones presentan cotizaciones más altas, tienen empleados más satisfechos, se logra mayor compromiso de los colaboradores, mayor productividad, atracción de talentos y, en general, una buena reputación en el mercado<sup>73</sup>.

De manera que, ante las falencias evidenciadas en el control de la criminalidad empresarial, surge con auge la posibilidad del control interno por parte de la empresa, complementando el control estatal. Es decir, en la actualidad existe un proceso inverso a la centralización del control por parte del Estado, consistente en la descentralización del mismo. La autorregulación empresarial frente a la heterorregulación jurídica. En relación a ello, se ha dicho que el Estado ha entrado en crisis en sus funciones básicas de control, y el sector privado viene a ocupar parte de sus obligaciones originarias<sup>74</sup>.

Lo cierto es que las regulaciones directas de la empresa pueden resultar más eficaces, por los conocimientos especiales de las empresas, sus posibilidades de intervención global, su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información. Por ello, la autorregulación de la empresa puede ser un recurso mucho más efectivo que las regulaciones estatales<sup>75</sup>. Es que nadie conoce mejor que la propia empresa las situaciones que pueden darse en su seno y que atañen a su propia actividad. Por ello resulta beneficiosa su participación mediante su propia regulación - autorregulación- a través de normas de conducta y códigos de ética. Por su parte, los Estados Nacionales deben fomentar las prácticas adecuadas. Es decir, se trata de un sistema mixto, que combina la autorregulación por parte de la empresa y la normativa impuesta por parte del Estado.

---

<sup>72</sup> MONTIEL, Juan Pablo; “Lineamientos de integridad: Breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento”; en MONTIEL, Juan Pablo (Dir.) - AYESTARAN, Nicolás (Coord.); “*Lineamientos de integridad: reportes en compliance*”; 2018; recuperado en: [www.crimint.org](http://www.crimint.org)

<sup>73</sup> CASTEX, Francisco (Dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); ob. cit.; p.269.

<sup>74</sup> BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; ob. Cit.; p. 144.

<sup>75</sup> BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar; “La intervención delictiva del compliance officer”; en KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.); “*Compliance y teoría del Derecho penal*”; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2013; p. 176.

La diferenciación entre autorregulación y regulación pública no significa que se excluyan mutuamente. Por el contrario, como respuesta a la imposibilidad de afrontar la regulación de un entorno social complejo con los instrumentos jurídicos tradicionales se ha despertado el interés por los efectos públicos de la autorregulación, dando lugar a la interrelación entre ambos. Estas diversas combinaciones han recibido diversos nombres, tales como “autorregulación regulada”<sup>76</sup>. Autorregulación *-self regulation*, por parte de la empresa- regulada -por parte del Estado-. Es decir, se trata de un sistema mixto.

La autorregulación hace referencia a aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico otorga libertad de organización pero se reserva el derecho al control *ex post facto* mediante el control del resultado organizativo<sup>77</sup>.

La autorregulación regulada engloba una diversidad de manifestaciones que se sitúan en un punto intermedio entre la regulación pública de carácter tradicional y la autorregulación pura. Se trata de una alternativa que combina ambas perspectivas y que consiste en una autorregulación controlada e instrumentalizada por el legislador y la Administración para el logro de fines de interés público<sup>78</sup>. Así se insertan los Programas de Cumplimiento (*compliance programs*).

Si bien nuestro país no cuenta con una política general de *compliance*, existen diversos cuerpos normativos que han receptado distintas herramientas que forman parte del mismo. Así, por ejemplo, la responsabilidad de los oficiales de cumplimiento y de enlace, conforme Ley 25.246; y los programas de integridad de la Ley 27.401.

El artículo 20 bis de la Ley 25.246<sup>79</sup> establece la obligación de los sujetos obligados de informar a la Unidad de Información Financiera (UIF) ciertas conductas que pudieran configurar un hecho u operación sospechosa de lavado de activos o financiación de terrorismo. El artículo citado prevé la designación de oficiales de cumplimiento para los sujetos obligados que sean personas jurídicas, y la obligación de los sujetos obligados que sean organismos públicos de designar un oficial de cumplimiento para informar a la

---

<sup>76</sup> BERMEJO, Mateo G. y MONTIEL, Juan P.; “Compliance officers tras las rejas”; recuperado en: [www.academia.edu](http://www.academia.edu)

<sup>77</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; “Sanciones penales contra empresas en España (hispanica delinquere societatis potest)”; en KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Dir.); *Compliance y Teoría del Derecho Penal*; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2013; p.265; citado por CASTEX, Francisco (Dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); ob. cit.; p.44.

<sup>78</sup> BERMEJO, Mateo; “Observaciones y aportes en el marco de la consulta de los lineamientos”; en MONTIEL, Juan P. (Dir.) - AYESTARAN, Nicolás (Coord.); ob. cit.

<sup>79</sup> B.O. 10/05/2000, Ley de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo.

UIF de toda operación inusual. El organismo público obligado también debe designar un oficial de enlace. Como se observa, la citada ley establece una figura similar al *compliance officer*, con la diferencia de que deberá informar al Estado en lugar de al directorio de la propia empresa.

## 2. Historia:

En general, existe coincidencia en la doctrina en que los antecedentes del *compliance* se remontan a los años 70's y 80's, influidos por los grandes escándalos políticos y financieros de la época, tales como el caso Watergate<sup>80</sup>.

En el año 1977 en Estados Unidos se aprobó la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), con el objetivo de establecer controles para evitar que las empresas estadounidenses influyeran en funcionarios o autoridades extranjeras mediante sobornos para conseguir contratos. Esto afectó la competitividad de las empresas estadounidenses en las transacciones internacionales, en relación a otras compañías que no se encontraban sujetas a los mismos controles y limitaciones. A raíz de ello, habrían comenzado las presiones para que en otros países se implantaran también medidas rigurosas para combatir la corrupción en los negocios internacionales.

Así, en 1985 se creó el Comité COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), una iniciativa del sector privado que comenzó a marcar pautas para la mejora del control interno en las organizaciones y prevenir la comisión de prácticas corruptas en las empresas.

En 1997, se firmó en el ámbito de la OCDE el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Económicas Internacionales<sup>81</sup>. Este instrumento internacional sobre lucha contra la corrupción se centra en la faz “activa” del cohecho internacional.

En el año 2001 se produjo el escándalo ENRON<sup>82</sup>. A raíz de ello, en el año 2002 se aprobó en Estados Unidos la *Sarbanes-Oxley Act* que reformó la contabilidad de las

---

<sup>80</sup> Gran escándalo político que tuvo lugar en Estados Unidos a principios de la década de 1970, a raíz del robo de documentos en el complejo de oficinas Watergate, de Washington D.C.

<sup>81</sup> Aprobada en la República Argentina mediante Ley N° 25.319, B.O. 18/10/2000.

<sup>82</sup> El caso Enron es uno de los casos de fraude corporativo más grande de la historia. La empresa energética con sede en [Houston, Texas](#), originariamente se dedicaba a la administración de gasoductos dentro de los Estados Unidos. Luego expandió sus operaciones como intermediario de los contratos de futuros y derivados del gas natural y al desarrollo, construcción y operación de gasoductos y [plantas de](#)

empresas para proteger a los inversionistas, fijó los primeros criterios de *compliance* corporativo, estableció la obligación de que las empresas dispongan de un Código Ético que obligatoriamente debe comunicarse a una agencia gubernamental, y en el que deben fijarse medidas para la prevención de delitos empresariales.

En el año 2004, la *United States Sentencing Commission* aprobó sus *Federal Sentencing Guidelines*, en las que se establecieron los criterios para la imputabilidad de responsabilidad penal a las empresas. Esta ley estableció una vis atractiva sobre su jurisdicción, de manera que no solo quedan sometidas a enjuiciamiento en los Estados Unidos las empresas nacionales, sino también las corporaciones extranjeras, cuando los hechos objeto de enjuiciamiento tengan vinculación con los Estados Unidos. Esto fue lo que sucedió en el caso FIFA<sup>83</sup>.

En el año 2010, el Reino Unido aprobó la *UK Bribery Act*, que también establece la vis atractiva de los Tribunales británicos en relación con las prácticas de empresas extranjeras. Esta ley generó mucha oposición en las empresas británicas por la pérdida de competitividad que les podía suponer en el extranjero. Así, si bien los primeros intentos de aprobación de la Ley se produjeron en 2002, recién en el año 2010 el Parlamento aprobó la norma. Esta ley estableció que la empresa queda exenta de responsabilidad penal si tiene implantado un sistema de *compliance* corporativo.

### **3. Lineamientos de integridad:**

A través de la Ley 27.401 se estableció un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, por ciertos delitos. Esta norma permitió adaptar el sistema penal argentino a los estándares internacionales en materia de lucha contra la corrupción con los cuales la República Argentina se había comprometido al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y a la Convención Interamericana contra la Corrupción.

---

[energía](#), por todo el mundo. Se convirtió en una empresa de renombre internacional y en el año 2000 era una de las compañías más grandes, rentables e innovadoras de Estados Unidos. Con posterioridad a ello comenzó la debacle.

<sup>83</sup> El caso de corrupción en la FIFA ([Federación Internacional del Fútbol Asociado](#)), conocido como *FIFA Gate*, es un escándalo deportivo que involucra al máximo ente del fútbol mundial, luego de años de numerosas investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía de [Nueva York](#), el FBI ([Buró Federal de Investigaciones](#)) y la [IRS-CI \(IRS Investigación Criminal\)](#). Los cargos por los que se les acusa incluyen [soborno](#), [fraude](#), crimen organizado y [lavado de dinero](#).

El objetivo de la Ley 27.401 es dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción, a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad y cooperen con las autoridades.

Mediante el Decreto N° 277/18 reglamentario de la ley, el Poder Ejecutivo encomendó a la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la tarea de establecer lineamientos y guías para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401. Ello así, toda vez que la experiencia internacional demuestra que es habitual, deseable y útil que el auxilio técnico para clarificar el contenido y las pautas de diseño y evaluación de los Programas sea provisto a través de lineamientos y guías elaboradas por una agencia especializada del sector público.

Mediante Resolución N° 27/2018 de fecha 01/10/2018 la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción aprobó los “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”.

Los lineamientos tienen como objetivo brindar una guía técnica a empresas, organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, agencias estatales, operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta, a fin de que cuenten con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura y sus procesos a efectos de prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción, así como para implementar Programas de Integridad adecuados y evaluarlos de acuerdo a pautas técnicas objetivas.

El proyecto que sirvió de base a los lineamientos fue sometido a instancias de consulta pública, en las que participó la ciudadanía, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, especialistas, funcionarios y otros actores del sector privado y la sociedad civil quienes realizaron aportes que fueron considerados.

Como es sabido, la Ley 27.401 le asigna una importancia determinante a los Programas de Integridad, como elemento de ponderación de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción. Por ello, la claridad y precisión sobre su concepto y alcance resulta de vital importancia para el cumplimiento de la ley y su correcta aplicación.

#### **4. Programas de Integridad:**

##### **a. Concepto:**

Conforme el artículo 22 de la Ley 27.401, el Programa de Integridad es un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. Se exige que el Programa guarde relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica.

Un Programa puede ayudar a reducir las posibilidades de que se cometan actos de corrupción en contra de su voluntad y en su nombre, interés o beneficio; además, disminuye el impacto negativo de tales comportamientos, aumenta las posibilidades de detección temprana y facilita la decisión de reportarlos a tiempo a las autoridades.

La ley establece importantes consecuencias legales a la adopción de un Programa. Así, conforme el artículo 9, si resulta adecuado, exime de responsabilidad penal si se realiza una autodenuncia espontánea y se devuelve el beneficio obtenido; el artículo 8 establece que funciona como atenuante en la graduación de la eventual sanción penal; según el artículo 18, puede ser estipulado como condición para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz; y el artículo 24 establece que es requisito para ser oferente hábil en ciertas contrataciones con el Estado Nacional.

Sin perjuicio de ello, es importante destacar que la adopción de un Programa de Integridad no es legalmente obligatoria -salvo en el caso previsto en el art. 24 previamente mencionado-. Precisamente, la ley establece de manera expresa en su artículo 22 que las personas jurídicas “podrán” implementarlos.

De cualquier manera, la implementación del mismo acarrea beneficios indiscutidos a las personas jurídicas, tales como una mejor reputación en el mercado, una mayor integridad y transparencia interna, mejores herramientas para controlar el fraude interno y desarrollar estrategias de sostenibilidad, un compromiso más fuerte de los trabajadores con los intereses de la compañía, una mayor atracción de recurso humano de calidad y mayor competitividad y eficiencia.

Para que el Programa resulte idóneo para acceder a los beneficios previstos en la ley, el mismo debe ser “adecuado”, esto significa que deberá guardar relación con los riesgos, la dimensión y la capacidad económica de la empresa. No se puede copiar otro

Programa o realizar fórmulas universales, sino que es fundamental que cada organización realice una evaluación propia, para que el Programa sea una verdadera expresión de su cultura de integridad adecuada a sus riesgos, necesidades y desafíos. Es que el contenido del Programa varía y debe tener en cuenta las características propias de la organización, el sector en el que opera y el análisis de riesgos correspondientes.

La ley realiza una enumeración no taxativa de los elementos que podrán integrar un Programa. La persona jurídica puede implementar otros elementos, o elegir solo algunos de los previstos en la ley. Lo importante es que su Programa, y los elementos que lo integren, sean adecuados a los riesgos, dimensión y capacidad económica de la organización.

La ley distingue entre elementos mandatorios, obligatorios o esenciales; y elementos no mandatorios.

Los elementos mandatorios son el código de ética o políticas y procedimientos de integridad; las reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público; y las capacitaciones periódicas.

Es decir, más allá de la libertad de decisión y elección en relación al contenido del Programa, existe un “piso” compuesto por estos tres elementos denominados “mandatorios”, que no pueden faltar. Sin ellos, el Programa no será considerado “adecuado”. Sin embargo, es necesario destacar que la sola inclusión de los mismos no asegura dicha calificación, porque ello dependerá de cada organización en concreto y de qué elementos requiera cada una según su propia identidad, cómo se han implementado y puesto en funcionamiento.

## **b. Elementos:**

### **b.1 Elementos mandatorios u obligatorios:**

#### **1. Código de ética:**

El Código de Ética fija los valores y las directrices de conducta de la organización y todos sus miembros y contiene la orientación ética esencial para conducirse en los negocios de la organización. Debe estar aprobado por el órgano directivo y ser objeto de análisis y actualizaciones. Puede tratarse de un documento único o de un conjunto de documentos o protocolos. Lo importante es que establezca con claridad los valores de la

organización, las pautas éticas que guíen el obrar de todos los integrantes, la prohibición de comportamientos indebidos y las sanciones en caso de incumplimiento.

Es importante que el Código constituya una orientación clara y sencilla para los miembros de la organización respecto al comportamiento que deben seguir frente a actos de corrupción, solicitudes indebidas o acciones impropias por parte de funcionarios públicos. En este sentido, debe contemplar claramente la obligación de reportar internamente cualquier infracción al Código, y debe informar los canales para hacerlo. Debe ser redactado de manera sencilla, clara y de fácil comprensión para todos los integrantes de la persona jurídica.

Como base mínima, debe contemplar los riesgos derivados de los delitos previstos en el artículo 1° de la ley 27.401, pero pueden contemplarse otros riesgos, como por ejemplo, daños al medio ambiente, salud, seguridad en el trabajo, fraude interno, entre otros.

Por último, la sola existencia del Código no es suficiente. Este debe ser comunicado para garantizar su respeto y cumplimiento. Debe ser correctamente difundido por un medio fehaciente a toda la organización, toda vez que la información accesible facilita la promoción del comportamiento ético por parte de todos los miembros.

## **2. Capacitaciones:**

Se prevé como elemento mandatorio “la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados”.

La capacitación es una herramienta esencial para la transferencia de los conocimientos y valores asociados al Programa. Tiene un rol fundamental en el proceso de formación de conciencia sobre los riesgos de corrupción y la creación de una cultura de integridad. Asimismo, permite reforzar periódicamente los valores éticos de los miembros de la persona jurídica generando una motivación interna para dar cumplimiento a las normas de conducta. Si bien cada organización adoptará la capacitación que considere adecuada, es deseable una capacitación inicial a cada empleado que ingresa a la organización, y luego, al menos una capacitación general obligatoria al año.

La actividad de capacitación, para ser eficiente, no debe solamente transmitir conocimientos. Es importante que esté focalizada en valores, asegurando su efectiva comprensión e internalización por los integrantes, evitando convertirse en una mera divulgación de contenidos. Es necesario entrenar para internalizar criterios, generando

las capacidades y herramientas necesarias para que los miembros de la organización puedan tomar buenas decisiones éticas en situaciones difíciles.

Es muy importante que las capacitaciones estén destinadas a todos los empleados, de todos los niveles de la organización. Por otro lado, resulta recomendable la participación del Directorio y la gerencia en la transmisión de la información y en la promoción de la participación activa de los empleados. Para ello, puede resultar útil la implementación de incentivos claros para capacitarse, tales como un reconocimiento positivo.

### **3. Reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público:**

Estas reglas y procedimientos, que podrían estar contempladas en el Código Ético, deben cubrir toda interacción relevante con el sector público y/o con sus integrantes. Mediante la incorporación de este elemento, el legislador ha querido enfatizar que las reglas específicas asociadas al trato con funcionarios deben estar pautadas en detalle y contemplar los riesgos de corrupción.

El contenido de estas reglas y procedimientos podría incluir la identificación clara de los agentes estatales como contraparte del riesgo; la expresión de la tolerancia cero al soborno o pagos indebidos realizados en nombre o interés de la persona jurídica; prohibición de la búsqueda o aprovechamiento de información privilegiada confidencial; regulación clara de prohibiciones y excepciones de obsequios a funcionarios públicos; prohibición de aportes de campaña en nombre de la persona jurídica<sup>84</sup>, fijando reglas incluso para acotar o controlar los aportes de campaña que realicen individualmente sus integrantes; obligación de comunicar internamente la existencia de vínculos con funcionarios superiores; entre otros.

#### **b.2 Elementos no mandatorios:**

##### **1. Apoyo del alto nivel al Programa:**

Este elemento hace referencia al apoyo visible e inequívoco al Programa de Integridad que debe brindar la alta dirección y gerencia, también denominado “*tone from the top*” (tono de la alta gerencia). Es que ningún programa de cumplimiento será efectivo sin compromiso organizacional. Así, los altos mandos deben definir los valores y las conductas consideradas éticas en la organización, y ser coherentes y consistentes con dichos comportamientos. Deben manifestar y expresar su apoyo y compromiso fuerte,

---

<sup>84</sup> Conforme las previsiones de la Ley N° 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos.

visible e inequívoco con las políticas de integridad adoptadas. De esta manera, se transmite a los demás integrantes estos valores; se aporta credibilidad al Programa; garantiza su durabilidad y eficacia; y promueve un sentido de responsabilidad compartido por parte de todos los miembros de la persona jurídica.

Es importante que el compromiso ético se evidencie en el Programa y se refleje en el discurso de los integrantes y en la toma de decisiones relevantes.

## **2. Canales internos de denuncia:**

Los canales de denuncia son una de las principales herramientas para prevenir y poner en conocimiento conductas delictivas. Estos canales deben estar abiertos a terceros y ser adecuadamente difundidos. Es importante que el sistema de denuncia sea eficiente y que genere confianza en el empleado que desea realizar la denuncia. En caso contrario, se generará el efecto contrario y los empleados desistirán de realizar denuncias. De manera que, el sistema debe ser útil y demostrar seriedad.

Para que el Programa sea efectivo es imprescindible que las conductas contrarias a las reglas éticas de la persona jurídica sean detectadas y que se reaccione frente a ellas de manera firme y justa. Por ello, es necesario establecer un canal interno de denuncias para que los empleados y terceros puedan denunciar violaciones al Código de Ética u otras políticas sobre conductas, principios y valores o actos ilegales, de manera confidencial o anónima, y sin temor a futuras represalias. Es recomendable que la obligación de denunciar las violaciones al Código de Ética y los actos ilegales o indebidos, esté prevista en el propio Código. Todo ello debe ser correctamente comunicado y difundido, y existir condiciones que incentiven las denuncias.

En relación al contenido de las denuncias, existen ciertas discrepancias pero en general se sostiene que no debe limitarse a hechos probados, sino que, para que la información recabada sea útil a fines preventivos, debe abarcar a toda alegación de buena fe de posibles actos indebidos.

Los canales de denuncia deben ser seguros. La información debe mantenerse en estricta confidencialidad, y solo emplearse para una investigación más profunda y seria. Asimismo, deben existir procedimientos que establezcan el tratamiento y canalización de todas las denuncias y las posibles derivaciones en investigaciones internas. Es que, de nada sirve la denuncia si no se cuenta con un adecuado procedimiento de investigación posterior.

Los canales pueden ser internos o de gestión tercerizada. Lo importante es que se garantice atención permanente, las 24 horas de todos los días del año, para facilitar la realización de las denuncias. Las personas jurídicas pueden tener uno o varios canales de denuncias, tales como canal telefónico, formulario web, aplicaciones, correo electrónico, correo postal, canal presencial. En este sentido, resulta recomendable contar con más de un canal de denuncias y que todos los canales existentes sean debidamente comunicados y accesibles a todos los empleados, terceros y partes relacionadas.

Otro tópico importante es el atinente a la persona del denunciante. En este sentido, y para no desalentar a los delatores, resulta fundamental que se garantice la protección suficiente al empleado que realiza la denuncia, evitando que existan represalias o repercusiones indeseadas.

Por último, existen discrepancias sobre el carácter que puede tener el denunciante. La controversia gira en torno a si el carácter del mismo debe ser anónimo o confidencial. La cuestión no es menor, y el fin es la protección del denunciante. Es que si bien el anonimato pareciera proteger mejor la identidad del denunciante, lo cierto es que en el caso de que las actuaciones se judicializaran ese anonimato afectaría el derecho de defensa del imputado. Es en este sentido que muchos autores se inclinan por la confidencialidad, que permite resguardar la identidad del denunciante, sabiendo de antemano en qué circunstancias esa confidencialidad cesará.

### **3. Protección de denunciantes:**

Una política de protección de denunciantes contra represalias resulta imprescindible para proteger a quien se atreve a denunciar, sea cual fuere el canal de denuncia elegido para ello.

Ciertamente, este elemento no puede contemplarse separadamente de los canales de denuncia y de las investigaciones internas. Son elementos que se encuentran relacionados entre sí.

#### **A. *Whistleblower* o Informante Interno:**

Se llama *whistleblower* a aquella persona que revela información negativa sobre una organización, sea pública o privada, con la que, generalmente tiene alguna vinculación,

lo que le permite tener un mayor conocimiento sobre sus prácticas y su personal<sup>85</sup>. Por su parte, se llama *whistleblowing* al sistema de reporte de irregularidades.

Bermejo en sus observaciones a los “Lineamientos” sostiene que la ley no regula en profundidad la figura del informante interno o *whistleblower*, y no le otorga el lugar de importancia que históricamente ha tenido. Entre las cuestiones que no se abarcan adecuadamente, destaca: a) las características del emisor de la información (quién informa), b) las características del receptor de la información (a quién se informa), c) el contenido de la información (qué se informa), d) los medios por los cuales se informa (cómo se informa), e) la protección del anonimato del informante (al menos hasta alguna instancia en que la develación de la fuente sea inevitable), f) el requisito de buena fe del informante y el requisito de razonabilidad como exigencia de la licitud del reporte, g) un análisis integral de los factores que inciden en la decisión de reportar resulta necesario y útil para guiar las decisiones empresarias respecto de la implementación del *whistleblowing* en el programa, h) profundizar respecto de las alternativas que presenta el programa de integridad y la relación contractual con el empleado para incentivar reportes<sup>86</sup>.

El autor analiza la figura del *whistleblower* a la luz de la legislación comparada, sobre todo tomando como base la legislación de los países anglosajones, especialmente de Estados Unidos, teniendo en consideración que esta figura ha tenido allí gran desarrollo. En este trabajo analiza todos los puntos antes referidos. Puntualmente, en relación a los medios para impulsar el reporte, realiza un análisis de los incentivos negativos y positivos que pueden presentarse, destacando tres instrumentos: 1) la imposición de sanciones jurídicas negativas; 2) el otorgamiento de premios y recompensas; y 3) el otorgamiento de protección ante los efectos jurídicos negativos de la realización del reporte<sup>87</sup>.

La figura del informante interno se destaca en la experiencia comparada, toda vez que ha colaborado a desbaratar grandes maniobras delictivas. Por ello, una regulación adecuada de su rol, alcance y funciones se impone.

---

<sup>85</sup> NIETO MARTIN, Adán; “Manual de cumplimiento penal en la empresa”; Tirant lo Blanch; Valencia; 2015; p 198; citado por CASTEX, Francisco (Dir.); DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); ob. cit.; p. 210.

<sup>86</sup> BERMEJO, Mateo; “Observaciones y aportes en el marco de la consulta por los ‘Lineamientos’”; en MONTIEL, Juan P. (Dir.) - AYESTARAN, Nicolás (Coord.); ob. cit.

<sup>87</sup> BERMEJO, “Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal”; *Revista Derecho Penal*; Año II; N° 4; Ediciones Infojus; p. 49 y ss; recuperado en: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

#### **4. Sistema de investigación interna:**

El análisis e investigación de los reportes por la propia persona jurídica es imprescindible para sustentar la aplicación fundada de medidas disciplinarias, penales o civiles, y también para la implementación de medidas que ayuden a la organización a evitar la repetición de las irregularidades en el futuro.

Es importante tener presente que las investigaciones internas pueden derivarse de denuncias o de acciones de rutina de la organización, como la realización de auditorías.

La realización de acciones de investigación interna constituye un derecho de la persona jurídica, como correlato de sus facultades de organizar su actividad lícita libremente<sup>88</sup>, y como consecuencia de su derecho como empleador de controlar los medios de producción de su propiedad<sup>89</sup>.

Es muy importante que la investigación respete los límites derivados de los derechos de los trabajadores, especialmente su intimidad (artículo 19 de la Constitución Nacional - CN- y artículo 73 de la Ley de Contrato de Trabajo -LCT-), privacidad (artículo 18 CN) y dignidad (artículos 70 y 72 LCT). Así, el carácter de las medidas de investigación debe ser necesario, igualitario y proporcional (art. 70 LCT), y el manejo de la información debe cumplir con las directivas de obtención y tratamiento de datos personales (art. 43 CN y Ley N° 25.236).

Como principio general, todo aspecto de interés para la persona jurídica puede ser investigado. Sin embargo, el límite a dicha facultad investigativa lo constituyen las cuestiones estrictamente privadas de los empleados, tales como preferencias sexuales, políticas, religiosas, sindicales o culturales.

Con la finalidad de evitar inconvenientes, resulta útil que las cuestiones atinentes a las investigaciones internas se encuentren previstas en un protocolo interno, aprobado por el Directorio, comunicado previamente a los miembros de la organización y respetuoso de los límites señalados. También debería contener disposiciones relativas a la cadena de custodia de la información.

Como se observa, puede resultar conflictivo el equilibrio entre el derecho a investigar de la persona jurídica y la protección de la intimidad, privacidad y dignidad del trabajador. Así, por ejemplo, en el marco de una investigación puede resultar necesario acceder a

---

<sup>88</sup> Conforme artículo 64 de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo.

<sup>89</sup> Conforme artículo 70 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

dispositivos y medios electrónicos de propiedad de la organización, pero de uso del trabajador. Ello genera algunas controversias doctrinarias, en relación a los límites de las facultades investigativas de la organización.

Lo cierto es que deben regularse correctamente cuestiones que pueden resultar problemáticas, tales como acceso al correo electrónico corporativo del trabajador y al historial de mensajería instantánea desde dispositivos electrónicos proporcionados por la organización; acceso a registro de llamadas correspondientes a dispositivos proporcionados por la empresa; registro de seguimiento satelital de vehículos de propiedad de la persona jurídica; acceso al historial de navegación de internet de los dispositivos asignados al trabajador por la empresa; acceso a cajones o armarios protegidos con llave; inspecciones de ropa, bolsos o automóviles; entre otros.

En este sentido, es recomendable que exista una regulación clara en relación a este tema, y que sea conocida de antemano y aceptada por el trabajador.

Se prevé la posibilidad de aplicación de sanciones frente a infracciones, para lo cual será necesario que dichas sanciones se encuentren contempladas en el Código de Ética, de manera clara y por escrito, y que sean pertinentes y proporcionales. Es necesario que exista una política disciplinaria justa, clara y transparente.

Suele distinguirse la facultad fiscalizadora de la empresa según se trate de la persona del trabajador y sus efectos personales, o de los medios que la empresa brinda al trabajador, tales como computadora, teléfono y cuenta de e-mail corporativa, entre otros.

A fin de aportar claridad a la disyuntiva entre facultades del empleador y la intimidad del trabajador, Montiel distingue tres supuestos: 1) aquellos en que falta por completo una expectativa razonable de intimidad, por lo que la injerencia del empleador resulta inocua para vulnerar la intimidad; 2) otros en los que esta expectativa existe legítimamente, de manera que sí se produce dicha vulneración; y 3) aquellos donde existen expectativas legítimamente modificables, es decir, casos en los que originariamente existe una expectativa legítima de confidencialidad pero que posteriormente puede ser modificada por el empresario. Como ejemplo de los supuestos donde hay una falta absoluta de expectativa razonable de intimidad, por lo que se trata de “injerencias no lesivas a la intimidad”, pueden mencionarse las imágenes captadas por cámaras de seguridad instaladas por razones de seguridad en lugares públicos de la empresa, como pasillos o *hall* de entrada. En estos casos, no es necesaria

una notificación previa ni contar con el consentimiento del trabajador. Por su parte, hay una expectativa legítima e inmodificable de confidencialidad y la injerencia del empleador afecta el ámbito privado e íntimo del trabajador, por ejemplo, cuando se coloquen cámaras ocultas en vestuarios o baños, o cuando se revise correspondencia personal -postal o electrónica- o los casilleros o despachos concedidos a los trabajadores para uso personal. Por último, las modificaciones legítimas de una expectativa razonable de intimidad tienen lugar dentro de la dinámica de las relaciones laborales y serán válidas siempre y cuando no afecten la dignidad del trabajador. Así, por ejemplo, cuando se accede a información que el trabajador ha dejado registrada en herramientas de trabajo brindadas por el empleador, tales como teléfonos móviles, computadoras, correos electrónicos, entre otros, concedidas exclusivamente para uso laboral. Lo cierto es que en estos casos usualmente el uso personal se entremezcla, y el carácter laboral de estas herramientas no conlleva a excluir sin más una expectativa de confidencialidad. Por ello, en estos supuestos, el empresario sí deberá notificar a los trabajadores de la modificación que se hace de sus expectativas de intimidad originarias. En este punto, los programas de *compliance* adquieren relevancia, toda vez que deben regular todas estas situaciones y supuestos<sup>90</sup>.

En relación a la intimidad del trabajador y las injerencias del empresario, resultan particularmente debatido lo relacionado al correo electrónico, las requisas personales y el derecho a no declarar contra sí mismo, por lo que a continuación haremos una breve reseña de los mismos y al tratamiento que se le ha dado jurisprudencialmente.

#### A. Correo electrónico:

Nuestra jurisprudencia reconoce que el correo electrónico es inviolable y que para acceder a su contenido se requiere de autorización judicial. Sin embargo, la cuestión genera controversia cuando se trata de casillas de correo corporativas asignadas por la empresa y cuando el empleador avisa al trabajador sobre la posibilidad de revisión del mismo.

En este sentido, a favor del derecho a la intimidad del trabajador se ha dicho que, aunque la empresa sea la proveedora del correo electrónico, una vez que se asigna un

---

<sup>90</sup> MONTIEL, Juan Pablo; “Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”; en KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.); ob. cit.; p. 232 y ss.

usuario y una clave personal, la cuenta adquiere carácter privado. La clave o contraseña garantiza la confidencialidad en las comunicaciones y archivos personales.

Respecto de la posibilidad de revisión avisada previamente al trabajador por parte del empleador, prevista en el Código de ética o contractualmente, se ha dicho que se trataría de una cláusula de adhesión, por lo que el consentimiento del trabajador no habría sido brindado libremente. De manera que, su inclusión no avala la intromisión a la intimidad del empleado. En relación a ello, incluso se ha planteado que ese consentimiento anticipado podría resultar violatorio del artículo 18 de la C.N., si derivara en una autoincriminación.

En sentido contrario, entre los argumentos a favor de la validez de la intervención del correo electrónico laboral, se sostiene que el empleado no tiene una expectativa de privacidad real, que utiliza un medio destinado a fines exclusivamente laborales en otro sentido, que conoce la posibilidad de supervisión y control al que está sujeto, y que el correo electrónico provisto por una empresa tiene las características de una herramienta de trabajo.

Por otro lado, para la apertura de los e-mails, se ha dicho que es necesaria la presencia de un escribano público y del trabajador<sup>91</sup>.

#### **B. Requisas personales:**

Para realizar requisas en el ámbito laboral, se requiere la presencia del delegado gremial y del trabajador, y no puede suplirse mediante la presencia de un escribano público.

También existen ciertas controversias en torno a la posibilidad de revisar el *locker* o casillero de efectos personales del empleado. Particularmente, la discusión se centra en torno a si este espacio privado dentro de la empresa merece la misma protección que el domicilio y existe una expectativa de privacidad; o si, por el contrario, se encuentra sujeto a las normas generales previstas en el artículo 224 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación.

Como se observa, las investigaciones internas dentro de una empresa están sujetas a reglas especiales, por lo que no pueden aplicarse sin más las reglas previstas para las investigaciones penales.

---

<sup>91</sup> En este sentido, la Cámara Nacional del Trabajo ha dicho que “*en caso de que se labrare acta en presencia de escribano público, en ocasión de revisar los mails, y se efectuare en presencia del trabajador a quien se le solicitó la contraseña, tornan admisibles los mails de la casilla corporativa*” (CNTrab, Sala X, “García, Delia c/YPF S.A.”, rta. 13/08/2003).

### C. El derecho a no declarar contra sí mismo:

En las investigaciones internas, una herramienta fundamental suelen ser las entrevistas con los trabajadores. Pero estas entrevistas o interrogatorios dan lugar a diversas controversias, en primer lugar en relación a si lo manifestado por el empleado podría luego perjudicarlo en sede penal. Por otro lado, no es claro si existe el deber contractual del trabajador de declarar en estas investigaciones privadas, o si por el contrario podría negarse a declarar. Por último, habrá que ver las formas de los interrogatorios para determinar si efectivamente esa prueba puede o no ser utilizada posteriormente en un proceso penal.

Las relaciones entre empleado y empleador se rigen por la Ley N° 20.774 de Contrato de Trabajo, que regula que el empleador puede requerir explicaciones y el empleado tiene la obligación de informar. La conducta de ambas partes siempre debe regirse por el principio de buena fe. Asimismo, la normativa referida también regula el deber de fidelidad, de diligencia y de colaboración. Estos son los principios que rigen la relación laboral, y no el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>92</sup>.

El problema se presenta cuando colisionan las garantías que rigen en el derecho privado -obligaciones laborales- y el derecho público -derecho a no declarar-<sup>93</sup>. Para evitar futuros inconvenientes, resulta útil que al momento de realizar el interrogatorio se prevea la posibilidad de recibir asistencia legal adecuada.

La doctrina distingue entre los interrogatorios o entrevistas realizados en el marco de una investigación interna que tiene por finalidad simplemente evaluar el sistema; y aquellos que buscan determinar la existencia de un ilícito, imponer sanciones o colaborar con una investigación judicial. Es precisamente en este último supuesto cuando el principio *nemo tenetur* adquiere relevancia y vigencia.

La cuestión, sin embargo, no resulta tan sencilla. Muchas veces una investigación que aborde el funcionamiento del sistema, del tipo de una auditoría, puede dar lugar al descubrimiento de una maniobra ilícita.

Así, se erigen como cuestiones fundamentales la comunicación al empleado del fin de la entrevista, su situación legal, los derechos que lo amparan, la posibilidad de contar con asesoramiento legal y el destino que se dará a su declaración.

---

<sup>92</sup> Aforismo latino que se traduce “nadie está obligado a acusarse a sí mismo”. Este principio constituye un derecho fundamental de toda persona. Se encuentra contemplado en el art. 18 de nuestra C.N.

<sup>93</sup> CASTEX, Francisco (Dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); ob. cit.; p. 199.

En definitiva, se sostiene que las empresas que prevean en sus programas de cumplimiento la ejecución de investigaciones internas tendrán que diseñar un sistema *sui generis* que equilibre las potestades del derecho laboral, y a la vez, respete y garantice las reglas del debido proceso<sup>94</sup>.

Observamos que, en todos los supuestos analizados, el límite infranqueable es la dignidad del trabajador. Las intromisiones de los investigadores deben ser proporcionales, lo menos lesivas posibles y estar circunscriptas al lugar de trabajo y las herramientas laborales brindadas por el empleador.

Por último, las investigaciones internas se erigen como una herramienta poderosa y, a la vez, peligrosa. Por ello, será necesaria su correcta implementación y regulación en los programas de cumplimiento, a fin de potenciar sus virtudes y neutralizar sus riesgos.

#### **5. Debida diligencia hacia terceros:**

Este elemento se refiere a la existencia de procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes o intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.

Estos procedimientos son de extrema importancia, toda vez que la ley responsabiliza a las personas jurídicas por la acción de cualquier persona física, independientemente si se trata de un miembro de la organización o un tercero, si la acción se comete en su nombre, beneficio o interés.

Es necesario conocer a las contrapartes con las que se opera, las características y los vínculos de los terceros, su reputación comercial y la relación, si la hubiere, con funcionarios locales o extranjeros. Asimismo, se debe transmitir correctamente a los terceros las políticas de integridad de la organización, y exigirles su cumplimiento; y controlar las acciones que realizan los terceros en aquellas actividades que puedan ser percibidas como actuación en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica.

Una política de terceras partes será adecuada en la medida en que la persona jurídica pueda demostrar que obró diligentemente, cubriendo y analizando todas las señales de alerta y buscando en todas sus transacciones, dentro de lo posible, que sus partes relacionadas respetaran la ley y se comportaran de manera íntegra.

---

<sup>94</sup> CASTEX, Francisco (Dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); ob. cit.; p. 209.

La enumeración que realiza la ley 27.401 en el art. 23.VI de los terceros o socios de negocios que pueden interactuar con la persona jurídica no es exhaustiva, sino que se trata de una reseña meramente ejemplificativa. Así, será la propia organización la que deberá detectar qué personas físicas y/o jurídicas actúan en su nombre, representación o interés, y requieren una atención más diligente. Si bien las personas jurídicas deben tener procedimientos generales para todos los terceros que interactúan con ella, no todos ellos deben estar sujetos a acciones de debida diligencia. Precisamente, esas políticas y procedimientos de control permitirán focalizar la diligencia en aquellos casos en que sea necesaria.

Como parte de la debida diligencia hacia terceros, la persona jurídica podrá exigir la inclusión de determinadas cláusulas y garantías en los acuerdos contractuales, tales como el compromiso del tercero con el cumplimiento del Programa y las políticas de integridad de la organización, la delimitación precisa de la capacidad del tercero para actuar en nombre de la persona jurídica, una cláusula que obligue al tercero a informar activa y periódicamente sobre sus actividades en representación de la empresa, entre otras.

#### **6. Debida diligencia en procesos de transformación societaria:**

Este elemento hace referencia a la debida diligencia en 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.

Es normal y deseable que al momento de iniciar una negociación y en relación a temas relevantes tales como la transformación societaria, se lleve a cabo un riguroso escrutinio de información financiera, contable, fiscal, legal, reputacional, laboral, ambiental y otra similar con el fin de identificar posibles vicios ocultos, pasivos no declarados o riesgos contingentes. Es que, justamente la trascendencia y excepcionalidad de estas operaciones es lo que hace necesario estos estrictos controles.

El artículo 3 de la ley 27.401 establece que 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. También aclara que la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste cuando de manera encubierta o meramente aparente continúe su actividad económica y se mantenga a

identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de ellos.

La intención del legislador ha sido que los procesos de transformación societaria involucren un análisis de la integridad de la persona jurídica adquirida.

#### **7. Responsable interno o *Compliance Officer*:**

El *compliance officer* es el principal responsable del programa de cumplimiento de la empresa. Es el responsable interno a cargo de su desarrollo, coordinación y supervisión.

Si bien no se trata de un elemento mandatorio, difícilmente una organización de gran dimensión y capacidad económica podrá prescindir de una persona o equipo que se encargue de esta función dentro de su estructura. En organizaciones menores, esa función puede ser asumida por otra persona, tal como el propio dueño de la empresa. Es decir, para su implementación tendrá relevancia la cantidad de empleados de la persona jurídica, su dispersión geográfica, la variedad de unidades de negocio, la complejidad de los reportes, entre otras cuestiones.

El responsable de integridad tiene a su cargo el diseño y puesta en marcha de políticas y procedimientos de integridad, la gestión del sistema de denuncias, la promoción de investigaciones internas, la supervisión de la adecuación del Programa, el análisis de los riesgos éticos, el apoyo en las decisiones de autodenuncia y cooperación con las autoridades, el diseño de las capacitaciones, entre otras.

Si bien todos los empleados y miembros de la organización son individualmente responsables de cumplir con el Programa, el responsable es la figura que brinda apoyo, asesoramiento y funciona como fuente de consulta permanente ante decisiones difíciles y dilemas éticos. Su función no debe limitarse al asesoramiento puntual ante un tema concreto, sino que debe tener participación en la planificación estratégica.

Teniendo en consideración las funciones que deberá cumplir, se ha dicho que resulta conveniente que el responsable de integridad posea solvencia técnica; visión comercial; capacidad de persuadir, de comunicar y de actuar en red; espíritu proactivo; liderazgo e integridad. Asimismo, es importante que cuente con suficiente autoridad, autonomía y recursos para el desempeño de su función. El nivel jerárquico que ostente puede variar según la organización, pero debe ser una jerarquía alta. Los “Lineamientos” establecen que debe ser equiparable a una posición de gerente, con acceso al Directorio.

Como puede observarse, las tareas a cargo del *compliance officer* no son menores, y justamente por ello, su actuación requiere de una adecuada regulación. Ante una actividad sospechosa o la posible comisión de un delito, debe dar aviso a sus superiores o a las autoridades. Pero esta obligación de aviso no implica que le competa impedir directamente la comisión de delitos, ni que tenga esa responsabilidad. Ello será responsabilidad, justamente, de las personas a quienes reporta, personas con verdadero poder de decisión en la gestión empresarial y las autoridades competentes<sup>95</sup>.

Diversos debates se han generado en torno a la responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus tareas. Así, hay que distinguir los supuestos en que el *compliance officer* cumple con las obligaciones a su cargo correctamente, e igualmente se produce el ilícito o accionar indeseado; de los supuestos en que dicho resultado ha sido posible, justamente, gracias al accionar del mismo.

No hay dudas de que el oficial de cumplimiento será responsable por sus hechos propios; es decir, por los delitos cometidos por él mismo, cuando realiza la acción descrita por el tipo penal.

La cuestión no resulta tan clara en relación a la responsabilidad del oficial de cumplimiento por los hechos de terceros. Una posición doctrinaria considera que existe en cabeza del oficial de cumplimiento un deber especial de impedir la comisión de delitos. Es decir, le atribuye una posición de garante, consistente en la prevención de delitos dentro de la empresa, y su infracción dará lugar a una responsabilidad de comisión por omisión. Esta ha sido la postura del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), que mediante un *obiter dictum* de fecha 17 de julio de 2009 estableció que el *compliance officer* es garante de impedir la comisión de delitos procedentes de la empresa<sup>96</sup>.

Nuestra legislación no ha reconocido un deber de garante original y propio que recaiga sobre los oficiales de cumplimiento y que consista en impedir delitos en la empresa. La posición jurídica del *compliance officer* se deriva de la posición originaria del empresario como garante de evitar hechos ilícitos en su ámbito de organización. Entonces, la posición de garante del *compliance officer* no es originaria, sino derivada

---

<sup>95</sup> BERMEJO, Mateo G. y MONTIEL, Juan P.; “Compliance officers tras las rejas”; ob. cit.

<sup>96</sup> BGH 5 StR 394/08, sentencia del 17 de julio de 2009, n. 27; citado en BERMEJO, Mateo G. y MONTIEL, Juan P.; ob. cit.

de la delegación de funciones que realiza el empresario. Por su parte, el fundamento de la posición de garante del empresario es el principio según el cual cada uno debe ser responsable de las consecuencias derivadas de su ámbito de organización, es decir, del principio general que establece el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias<sup>97</sup>.

El oficial de cumplimiento también puede resultar responsable por hechos de terceros si el incumplimiento de sus funciones constituyó un aporte relevante para la configuración del hecho principal. En estos casos, para hablar de una participación del oficial de cumplimiento, será necesario además que haya actuado con dolo.

Por último, una cuestión que también ha sido objeto de discusión en los últimos tiempos es si existe la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por incumplimiento de su rol, independientemente de la comisión de un delito por un tercero. Es decir, si existe un delito autónomo consistente en omitir los deberes inherentes a su cargo, un delito autónomo de infracción de deberes de vigilancia empresarial.

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal Español de 2015 introducía una nueva figura delictiva que preveía una sanción para los representantes o administradores de hecho o de derecho que no adoptaran las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos. Es decir, se sancionaba la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados, no la participación en el delito. Finalmente, este tipo penal no fue incluido en la Reforma de la LO 1/2015.

En nuestro país no se castiga por vía penal de forma autónoma la mera omisión de los deberes del oficial de cumplimiento.

#### **8. Análisis periódico de riesgos:**

El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del Programa, a fin de que guarde relación con los mismos no se trata de un elemento más. Si bien no se encuentra enumerado dentro de los elementos mandatorios, su inclusión es fundamental para el buen funcionamiento del Programa. Es que, si consideramos que la evaluación inicial de riesgos es esencial, igual carácter tendrá el análisis periódico de los mismos, a fin de corroborar si lo que en un principio resultó adecuado, continúa siéndolo posteriormente.

Es importante que el análisis periódico cuente con el apoyo y compromiso de la alta Dirección, así como también que se le informe y supervise los resultados del proceso.

---

<sup>97</sup> BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar; ob. cit.; p. 178 y ss.

## **9. Monitoreo y evaluación continua de la adecuación del Programa:**

El Programa es un proceso continuo de aprendizaje, adaptación y mejora, por lo que su impacto y adecuación deben estar sujetos a monitoreo y revisión periódica. Además, el negocio de una persona, el entorno en que opera, sus clientes, las normas y regulaciones que rigen su accionar y los estándares de la industria cambian con el transcurso del tiempo.

Es importante que cada organización lleve a cabo revisiones periódicas que permitan verificar la efectividad del Programa, si aborda cabalmente los riesgos, si se aplican las políticas y procedimientos en las actividades cotidianas y los resultados.

Estos son los elementos que la ley enumera como posible contenido de un Programa de Integridad. Tal como explicamos previamente, esta enumeración no es taxativa, por lo que la empresa podría implementarlos a todos o solo algunos de ellos, o incluso incluir otros no contemplados. Solamente los tres elementos catalogados como “obligatorios” deberán, inexorablemente, estar comprendidos en el Programa. Así, y más allá de ese “piso” exigido, lo importante es que el Programa resulte adecuado en relación a los riesgos, dimensión y capacidad económica de la organización.

## CAPITULO IV: *Compliance* en el Sector Público

### 1. ¿Es posible aplicar el *compliance* en el sector público?

Nieto Martín ha presentado las bases de una nueva estrategia anticorrupción en las administraciones públicas, a la que ha dado en llamar “cumplimiento público”, que consiste en añadir a la ética pública los contenidos del cumplimiento normativo desarrollado por las empresas. Es que, conforme analiza el autor, nada impediría que dichas herramientas sean aplicadas en otro tipo de organizaciones, como las administraciones públicas, con el fin de prevenir la corrupción de sus empleados y dirigentes<sup>98</sup>.

La corrupción es un fenómeno que azota a todas las instituciones, de todos los ámbitos. De esta manera, no se entiende por qué el desarrollo e impulso que han tenido las medidas anticorrupción en el ámbito privado no se ve reflejado en medidas similares en el ámbito público. Máxime si se considera que el ámbito público es sumamente propicio para distintas maniobras ilícitas, en virtud de la difusión de responsabilidad que favorece la criminalidad de grupo, la delegación de funciones y falta de control, y los asuntos de gran envergadura en los que tiene injerencia.

Así, en los últimos años han tenido gran repercusión diversos escándalos que involucran funcionarios del sector público con diversas maniobras de corrupción. Si bien el ámbito más propicio para este tipo de connivencias pareciera ser el de la contratación pública y las licitaciones, lo cierto es que estos ardidés alcanzan a todos los ámbitos. Es que en todas las circunstancias en donde se requiere el “favor”, “permiso”, “visto bueno” o “vista gorda” de una autoridad para la consecución del objetivo, será necesario desplegar algún tipo de accionar para conseguir la venia de ese funcionario público. Es que siempre, cuando “alguien” paga, del otro lado “alguien” recibe ese pago, por hacer o no hacer algo, por dar un permiso, por elegir a un oferente, por omitir algún control o requisito, por dictar una resolución judicial, entre otros.

---

<sup>98</sup> NIETO MARTIN, Adán; “De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”; en NIETO MARTIN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dirs.); “*Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*”; Ed. De la Universidad de Castilla-La Mancha; Cuenca; 2014; p.17.

Sin dudas, la corrupción no es un fenómeno nuevo sino que ha existido desde siempre. Tal vez la globalización y los medios de comunicación permiten que ahora tomemos conocimiento de situaciones que antes quedaban más reservadas, o la impunidad que ha rodeado siempre a estos asuntos ha llevado a un incremento en el número de estas prácticas y en los montos involucrados. El exceso y lo burdo han provocado el hartazgo de la sociedad, que exige límites y controles.

Pero, ¿qué controles? ¿Cómo implementarlos? ¿Cómo recuperar la confianza en el sector público?

Es aquí donde surge el interrogante de la posibilidad de aplicar, al sector público, las herramientas para prevenir la corrupción que se han implementado en el sector privado. Concretamente, el *compliance*. Es decir, si podrían utilizarse en el sector público modelos de control interno y de gestión de riesgos en forma similar a la metodología que se utiliza en el sector privado, teniendo en consideración que la defensa del interés público merece contar con los estándares de integridad más altos.

En relación a este tema, Pellicer García refiere que la norma UNE-ISO 19600:2004 de “Sistemas de gestión de *compliance*” ofrece numerosas referencias a compromisos de buen gobierno corporativo, integridad institucional, fomento de buenas prácticas y gestión ética; y que no se excluye al sector público como receptor de esta forma de gestión. Por el contrario, el fomento de las buenas prácticas a partir de una gestión ética y la prevención del delito es cosa de todos, sector público, privado y sociedad civil<sup>99</sup>.

También la OCDE en su “Recomendación sobre integridad pública” de fecha 26 de enero de 2017, sostiene que una respuesta estratégica y sostenible contra la corrupción es la integridad pública. Por ello, recomienda que el sector público desarrolle un sistema coherente y global en materia de integridad pública.

La cuestión no es sencilla y requiere de un análisis y estudio exhaustivo a fin de evaluar la posibilidad de aplicación de este sistema, qué herramientas pueden resultar útiles, la adaptación de las mismas y en qué tipo de organizaciones. Este debate recién comienza, pero no caben dudas de que es necesario: toda discusión en la búsqueda de herramientas que nos permitan luchar contra la corrupción enquistada en todos los niveles y ámbitos de nuestra sociedad, valdrá la pena.

---

<sup>99</sup> PELLICER GARCIA, José Luis; “Herramientas y propuestas para luchar contra la corrupción en el sector público: ética, transparencia y *compliance*”; *Revista Internacional Transparencia e Integridad*; N° 5; Septiembre-Diciembre 2017; recuperado en: [www.encuentros-multidisciplinares.org](http://www.encuentros-multidisciplinares.org)

La ley N° 25.188 de Ética en el ejercicio de la función pública<sup>100</sup> contempla algunas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa, aunque el tratamiento que realiza resulta insuficiente en aras de combatir la corrupción pública. Esta ley establece deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables a todas las personas que se desempeñan en la función pública, en todos los niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, concurso o cualquier otro medio legal, abarcando a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. En este sentido, entiende por “función pública” a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. El artículo 5° de esta ley establece la obligación de presentar declaraciones juradas -y enumera a los funcionarios alcanzados por dicha obligación-; el artículo 18° regula la prohibición de recibir regalos, obsequios o donaciones, de cosas, bienes o servicios, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones; los artículos 19 a 22 regulan lo relativo a una prevención sumaria; y el artículo 41 establece que las autoridades de aplicación promoverán programas permanentes de capacitación y de divulgación del contenido de la ley. La autoridad de aplicación de esta ley es la Oficina Anticorrupción.

La sola normativa de la ética pública ha resultado insuficiente para hacer frente a los dilemas actuales que supone la corrupción. Por esto, como se dijo previamente, la propuesta de Nieto Martín consiste en añadir a la ética pública los contenidos del cumplimiento normativo desarrollado por las empresas.

La utilidad y conveniencia de la aplicación del *compliance* en diversos ámbitos es un terreno fértil de investigación y profundización. Así, por ejemplo, Quinteros plantea la posibilidad de utilizar el *compliance* en la lucha contra la trata de personas. La autora analiza la responsabilidad de las empresas en este delito, toda vez que las personas jurídicas tienen un papel relevante en la captación, traslado, recepción y alojamiento de las personas víctimas de trata. En relación a ello, sostiene que el *compliance* criminal puede suponer un cambio en el combate contra la trata de personas. El Estado debe precisar las situaciones de riesgo más importantes y las conductas más vulnerables que

---

<sup>100</sup> B.O. 01/11/99.

los programas de cumplimiento deben prever y neutralizar. Solo así se podría exigir una autorregulación regulada por parte de éstos<sup>101</sup>.

En relación al desarrollo que ha tenido el *compliance* en el ámbito privado, observamos que dicho impulso se ha visto acompañado de incentivos potentes que han determinado la voluntad del empresario para adoptar las medidas sugeridas -tales como los programas de cumplimiento-. Esta estrategia de implementar incentivos es conocida como “palos y zanahorias”, y en el caso que nos ocupa implica, por ejemplo, que aquellas compañías que adopten los programas referidos podrán ser eximidas de responsabilidad o recibir sanciones menores en caso de participar en un ilícito penal. Estos incentivos provienen del derecho penal.

Por su parte, el sistema de las “listas negras” del Banco Mundial, también cumple el mismo objetivo de incentivo -aunque no dentro del derecho penal-, en el ámbito de la contratación pública. Este sistema, que ha impulsado a las empresas a establecer medidas anticorrupción, consiste en que el Banco Mundial, como reacción a comportamientos o prácticas corruptas realizadas por empresas o particulares, confecciona estas listas donde son incluidos. Así, por ejemplo, en el año 2019 el Banco Mundial incluyó provisoriamente a Odebrecht en su lista negra. A raíz de esta inhabilitación, la empresa no podrá participar durante los próximos tres años en proyectos financiados por esta entidad de crédito internacional.

Estos incentivos, que han funcionado correctamente en el ámbito privado, no han tenido su correlato en el ámbito público. De manera que, una cuestión que se plantea es si implementar incentivos adecuados podría coadyuvar a la implementación de medidas de prevención de la corrupción comprendidas en el llamado *compliance* en las organizaciones públicas. En este sentido, habrá que pensar qué estímulos positivos o negativos podrían ser válidamente aplicados y tendrían los resultados esperados.

Pero probablemente los incentivos no sean suficientes si no están acompañados de sanciones en caso de incumplimiento. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

---

<sup>101</sup> QUINTEROS, Eloísa; “Compliance en caso de Trata de Personas”; Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; Buenos Aires; 2016; recuperada en: [www.riu.austral.edu.ar](http://www.riu.austral.edu.ar). La autora sostiene que con base en el análisis de contexto, se podrían determinar los patrones; y en virtud de ellos, el Estado debería generar los instrumentos normativos necesarios, para que sean utilizados y acatados por las personas físicas o jurídicas obligadas. Por su parte, las personas –en especial las empresas– deberían incorporar esos instrumentos normativos a su regulación interna a fin de mejorar el contenido de su programa de compliance, pero también para generar estos documentos estilo check list, los cuales a su vez serían parte de su mecanismo de prevención y ejercicio de responsabilidad social. De esta forma, los patrones se verían traducidos en contenidos del compliance criminal.

ha constituido el principal incentivo en el ámbito privado. La experiencia muestra que para que la autorregulación funcione es necesario establecer sanciones que incentiven a los dirigentes de una organización a mejorar su autorregulación. Es lo que se conoce como “autorregulación coaccionada”. En este marco, Nieto Martín plantea si quizás no ha llegado el momento de romper otro tabú, tal como previamente sucedió con el *societas delinquere non potest*, y que es que las administraciones públicas también puedan ser sancionadas penalmente en supuestos de corrupción<sup>102</sup>. Así, por ejemplo, Estados Unidos sanciona a las administraciones públicas.

Ahora bien, ¿qué sanciones podrían ser aplicables? Este constituye otro punto importante de estudio. Qué sanciones, además de ser factibles en atención a la naturaleza del sujeto pasivo, podrán resultar efectivas a fin de lograr el objetivo propuesto. Cuando pensamos en personas jurídicas siempre la primera opción que nos viene a la cabeza es la multa. Lo cierto es que puede ser factible, aunque en relación a ello y a modo de crítica, se ha dicho que la misma puede tener múltiples efectos colaterales adversos en personas ajenas a los responsables, como por ejemplo, los ciudadanos. Ello, si bien podría a la larga resultar un factor de presión importante para impulsar los cambios buscados, no resulta deseable. Otra opción sería que la multa recayera sobre los máximos responsables, pero no sobre el *compliance officer* -si lo hubiere- salvo que el hecho o maniobra fuera su responsabilidad por hecho propio, a fin de evitar que esta figura funcione como “chivo expiatorio”. Otra alternativa la constituye la publicación de las sentencias de condena. Esta opción puede resultar interesante a fin de dar publicidad a los hechos sucedidos y sus consecuencias. La intervención judicial es otra alternativa viable, así como también la inhabilitación del máximo responsable.

## **2. Plan Nacional Anticorrupción (2019-2023):**

Mediante el Decreto 258/2019 se aprobó el “Plan Nacional Anticorrupción (2019 – 2023)<sup>103</sup>”, elaborado a partir de un proceso consultivo promovido y coordinado por la Secretaría de Fortalecimiento Institucional de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el que participaron todos los Ministerios y gran cantidad de organismos descentralizados.

---

<sup>102</sup> NIETO MARTIN, Adán; ob. cit.; p. 20.

<sup>103</sup> B.O. 11/04/2019.

En el mismo, se invita al Honorable Congreso de la Nación, al Poder Judicial de la Nación, al Ministerio Público Fiscal, al Ministerio Público de la Defensa y al Consejo de la Magistratura a dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, normas de carácter similar a la medida referida. Asimismo, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar normas de carácter similar en sus respectivas jurisdicciones.

Para el dictado de esta normativa se tuvo en consideración que la corrupción se presenta como un fenómeno complejo que debe ser abordado de modo amplio mediante el diseño y la aplicación de políticas públicas tanto preventivas como punitivas, de conformidad con los compromisos asumidos mediante diversos Pactos Internacionales.

Este Plan Nacional Anticorrupción (en adelante, P.N.A.) colecta más de doscientas cincuenta (250) iniciativas transversales y sectoriales para consolidar y profundizar el camino de la transparencia, la integridad, el fortalecimiento institucional y la rendición de cuentas, y prevé su aplicación en el lapso de tiempo comprendido entre los años 2019 y 2023.

Toda vez que la planificación en materia de anticorrupción constituye una instancia esencial a fin de identificar riesgos específicos, diseñar un abordaje multisectorial, establecer metas, realizar un monitoreo específico y una actualización periódica; se prevé la creación de un Consejo Asesor con carácter “ad-honorem” para enmarcar el diseño de un mecanismo de seguimiento público del P.N.A.

Conforme este instrumento, el fortalecimiento institucional es una condición *sine qua non* para el desarrollo de toda estrategia de lucha contra la corrupción. Dicho proceso conlleva la implementación de políticas de transparencia, la rendición de cuentas y la planificación de la gestión, entre otros. Instituciones fuertes impactan positivamente en la previsibilidad y la confianza en un país, favoreciendo sus posibilidades de crecimiento y desarrollo, tal como indica el Objetivo N° 16 “Paz, Justicia e Instituciones sólidas”, de Desarrollo Sostenible de la ONU.

El P.N.A. establece objetivos prioritarios cuyo logro se vincula con tres lineamientos estratégicos: 1) Transparencia y gobierno abierto; 2) Integridad y prevención; y 3) Investigación y sanción.

En relación a la transparencia y gobierno abierto, señala que toda estrategia de lucha contra la corrupción requiere de políticas que faciliten la apertura del Estado a la

ciudadanía, su acceso a la administración y permitan la colaboración y la participación ciudadana en las distintas etapas del ciclo de las políticas públicas. Así, a su vez, se fortalecen la rendición de cuentas y el control ciudadano.

Respecto a la integridad y prevención, el texto señala que la integridad pública se vincula con los valores, principios y normas éticas compartidos, que rigen el comportamiento de los funcionarios a fin de mantener y dar prioridad al interés público, por encima de intereses particulares. La integridad está estrechamente relacionada con la posibilidad de que exista un ámbito donde la corrupción, el abuso de poder, el tráfico de influencias, el fraude y otras irregularidades estén controlados.

La promoción de la integridad en la función pública es esencial en toda estrategia de lucha contra la corrupción y se vincula directamente con la probidad del servidor público para llevar adelante sus funciones y con pautas que garanticen el apego a un comportamiento ético. Por ello, en general, las regulaciones que existen en materia de ética pública se vinculan con principios que deben regir la actividad, regímenes para la aceptación de obsequios que pudieran desviar la conducta del funcionario, mecanismos para evitar los conflictos de intereses, la previsión legal de las incompatibilidades en el ejercicio de cargos públicos así como el control de la evolución patrimonial de los funcionarios a través del régimen de declaraciones juradas. En un entorno de integridad, los funcionarios públicos cumplen con sus responsabilidades, ejercen sus funciones y utilizan la información y los recursos públicos a su disposición en beneficio del interés público.

Se plantea que es ineludible ampliar el enfoque estratégico involucrando a la totalidad del sector público, el sector privado, la sociedad civil y la ciudadanía en general en la promoción de una cultura de integridad. Esto permitirá el desarrollo y la observancia de mecanismos eficaces de control, transparencia, rendición de cuentas, liderazgo íntegro y finalmente, la disminución de los incentivos para la corrupción.

Por último, la investigación y sanción tienen por fin elevar los costos de participar en un hecho de corrupción, y así impactar positivamente en la confianza en las instituciones.

El P.N.A. contiene diversas iniciativas (más de 250), en relación a cada uno de los ejes señalados previamente como “lineamientos estratégicos”. Así, en relación a la “Transparencia y gobierno abierto” se prevé, entre otras medidas, el fortalecimiento de los sistemas para la contratación de obra pública por parte del Estado Nacional y una

cláusula de integridad en contrataciones de obra pública y bienes y servicios. Esta última medida tiene como objetivo reforzar la integridad en las contrataciones de obras públicas y de bienes y servicios, a través de la suscripción de un compromiso expreso por parte de todo proveedor interesado en contratar con los organismos que integran la Administración Nacional, logrando de este modo una acabada aplicación por parte de todos los organismos del Estado de la legislación vigente aplicable en materia de conflictos de intereses con contratistas.

Respecto de la “Integridad y prevención”, se establecen diversas medidas, tales como la implementación de un programa de formación en integridad pública para funcionarios, empleados públicos y contratados; la elaboración de guías de comportamiento ético, que orienten la conducta de los agentes públicos en materia de ética pública; la implementación de manuales de ética para el Servicio Exterior, el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, entre otros; la publicación de las instrucciones preventivas y post empleo en la función pública que realice la Oficina Anticorrupción; la investigación de denuncias y evaluación de antecedentes disciplinarios en Fuerzas Policiales y de Seguridad; la elaboración de mapa de riesgos en diversos organismos como el Ministerio de Defensa, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y el Ministerio de Transporte, entre otros; la implementación de un programa de integridad en la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES); la creación de cultura de riesgos a nivel organizacional en el Banco Central de la República Argentina (BCRA); y el análisis de herramientas tecnológicas aplicadas a la lucha contra la corrupción (tales como Big Data, Blockchain, Data Mining e Inteligencia Artificial); entre muchas otras.

En cuanto a la “Investigación y sanción” se prevé la extensión del programa nacional de protección a testigos, para fortalecer la investigación y juzgamiento de hechos de corrupción nacional y transnacional, lavado de dinero y otros delitos económicos complejos; el fortalecimiento de los mecanismos de denuncia y protección integral de quienes denuncien de buena fe o sean testigos de actos de corrupción; canales de denuncias de corrupción en la Secretaría de Gobierno de Cultura, en la Secretaría de Economía Social del Ministerio de Salud y Desarrollo Social y en el Ministerio de Transporte; entre otras.

También se establecen iniciativas sectoriales. Entre ellas, la AFIP prevé la implementación de un Programa para la Investigación de delitos de actividades

financieras ilegales; la elaboración de un mapa de riesgos; la implementación de un canal de denuncias; la incorporación de un oficial de ética y comité de buen gobierno; la formación en ética pública e integridad institucional; y la implementación de un sistema electrónico de evaluación de proveedores; entre otras.

Por su parte, Agua y Saneamientos Argentinos (AySA) prevé la implementación de un Programa de Integridad (PI) y la capacitación y sensibilización en materia de ética, integridad y transparencia.

La Empresa Argentina de Navegación Aérea (EANA) prevé la implementación de un canal de denuncias; políticas de integridad en las contrataciones; y de un Programa de Integridad y Transparencia (PIT).

Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur SA. (Grupo Aerolíneas) contempla un Programa de Integridad; políticas de capacitación y difusión de normas éticas; un código de ética para proveedores; una línea de denuncias (Línea Ética); y un mapa de riesgos e integridad en las contrataciones.

Por último, en materia de salud se prevé la publicidad de información patrimonial de los responsables de Obras Sociales y la presentación digital de estados contables anuales de las Obras Sociales; entre otras.

Como se observa, las medidas previstas son muy amplias y abarcan a diversos sectores. Su implementación resultará, sin dudas, en resultados positivos. Lo importante será que la adopción de estas herramientas se realice de manera que verdaderamente constriña a su cumplimiento, es decir, que su creación regule de manera completa la forma de aplicación, para que no se traduzcan en meras enunciaciones de buenas intenciones. Así, por ejemplo, la mera previsión de la existencia de un canal de denuncias no es suficiente para alcanzar los fines propuestos. Será necesario que la regulación del mismo prevea cómo se implementará, qué canales de denuncia existirán, de qué manera se accederá a ellos, quiénes pueden denunciar, quiénes serán los encargados de recepcionar esas denuncias, qué proceso de investigación se iniciará a consecuencia de la misma, consecuencias, sanciones, posible protección del denunciante, entre muchas otras cuestiones. Solo de esta manera, con una adecuada regulación y una permanente evaluación, serán realmente efectivas estas medidas.

El P.N.A. es un claro ejemplo de la importancia creciente que el tema tiene en la actualidad. Este plan prevé medidas para ser aplicadas específicamente en el sector

público, relacionadas con herramientas del *compliance*, con la finalidad de combatir la corrupción en ese ámbito, y le asigna un papel importante a la integridad pública.

### **3. Qué se entiende por Sector Público:**

Hemos planteado la posibilidad de aplicar en el sector público las herramientas del *compliance* empleadas en el sector privado para combatir la corrupción.

Ahora bien, ¿qué entendemos por sector público?

La ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control en el Sector Público Nacional<sup>104</sup> en su artículo 8° establece que el “Sector Público Nacional” está compuesto por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo a las Instituciones de Seguridad Social; b) Empresas y Sociedades del Estado, que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado Nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado Nacional tenga el control de las decisiones; y d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional.

Por su parte, mediante el Decreto N° 1344/2007<sup>105</sup> se aprobó el Reglamento de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, que estableció que se consideran incluidos en la “Administración Central” -contemplada em el inciso a) del artículo 8° de la ley referida- al Poder Ejecutivo Nacional, Poder Legislativo, Poder Judicial y Ministerio Público, así como también a las Universidades Nacionales.

De esta manera, observamos que el campo del sector público es amplísimo. Sobre todo si consideramos que, al contemplar al Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial incluye a

---

<sup>104</sup> B.O. 29/10/1992.

<sup>105</sup> B.O. 05/10/2007.

diversas instituciones, tales como Agencia Federal de Inteligencia, Consejo de la Magistratura, Gendarmería Nacional, Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerios, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Policía Federal Argentina, Prefectura Naval Argentina, Procuración Penitenciaria de la Nación, Secretarías, Servicio Penitenciario Federal, entre muchos otros.

A fin de aportar claridad, la Oficina Anticorrupción a través de la Resolución 16/2020 publicó la “Guía para la Creación y Fortalecimiento de las Áreas de Integridad y Transparencia en Jurisdicciones Nacionales, Provinciales y Municipales”. Este documento tiene como fin orientar y asistir a organismos del sector público nacional y a organismos provinciales y municipales tanto en la creación de áreas de integridad y transparencia en sus ámbitos de incumbencia como en el fortalecimiento del trabajo desarrollado en esta línea.

Poco a poco, distintos organismos del sector público comienzan a implementar medidas relacionadas con el *compliance*, tendientes a prevenir la corrupción y otras conductas indeseadas.

Este es el caso de la provincia de Mendoza, que en el año 2020 dictó la Ley N° 9237<sup>106</sup> con el objeto de adecuar la legislación provincial a los lineamientos dispuestos por la Ley N° 27.401, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, a los fines de su aplicación jurisdiccional. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 28°, segundo párrafo, de la norma nacional citada, que invita a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a adaptar su legislación.

La ley provincial establece que las personas jurídicas tendrán los mismos derechos y obligaciones que las personas físicas cuando estén imputadas en una causa penal. Por otro lado, estableció que las personas jurídicas que quieran realizar ciertos tipos de contratos con los poderes del Estado provincial, con sus órganos y/o con organismos integrantes del sector público provincial o municipal (ya sean centralizados, descentralizados o autárquicos), deberán contar con programas de *compliance* anticorrupción. En relación a los mismos, establece que serán implementados en los términos de los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401, por lo cual, deberán guardar relación con los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

---

<sup>106</sup> B.O. 11/08/2020.

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), por Disposición 86/2018 aprobó su Código de Ética<sup>107</sup> y mediante la Disposición N° 237/2019<sup>108</sup> creó el "Sistema Único de Denuncias" (SUDenu) como herramienta informática para la centralización y procesamiento de denuncias recibidas contra empleados y funcionarios de la AFIP. La norma habilita a personas físicas y jurídicas a formular denuncias que presuntamente configuran faltas, infracciones o delitos de carácter impositivo, aduanero, previsional y/o contrarios a los lineamientos establecidos en el Código de Ética de la AFIP. En línea con la Disposición 293/2018 "*Política de No Represalias y Confidencialidad de la Información en el ámbito de la AFIP*", los agentes que reciben y llevan a cabo la investigación de las denuncias, deberán garantizar la reserva de la identidad del denunciante y preservar los datos personales suministrados.

Aerolíneas Argentinas también cuenta con su Código de Ética y una Línea Ética a disposición de quien sospeche o conozca una situación contraria a los principios establecidos en el Código de Ética y el Código de Ética para Proveedores, que consiste en un canal confidencial administrado por un tercero independiente, disponible las 24 horas, los 365 días del año.

Por otro lado, teniendo en consideración las recomendaciones, han creado su "Programa de Integridad" la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) -mediante Disposición 6423/2019-; el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación -mediante Resolución 328/20-; y el Ministerio de Desarrollo Productivo -mediante Resolución N° 66/2021-; entre otros.

De manera que, comienzan a evidenciarse cambios y voluntad de adaptación a la nueva normativa, aunque aún de manera muy incipiente y aislada. Aún hay mucho camino por recorrer.

Ciertamente, habrá que evaluar en particular y en profundidad qué medidas pueden resultar adecuadas y de qué manera implementarlas en cada organización en concreto. Recuérdesse que, como ya anticipamos, no existen fórmulas universales, ni puede copiarse un modelo general, sino que cada organización deberá evaluar sus propias necesidades, dimensión, riesgos y capacidad económica, y así implementar un programa de integridad adecuado o adoptar las medidas pertinentes conforme las características específicas de la organización.

---

<sup>107</sup> B.O. 26/03/2018.

<sup>108</sup> B.O. 18/07/2019.

#### **4. Herramientas pasibles de aplicación:**

Algunas herramientas del *compliance* parecen ser pasibles de aplicación en el sector público y que presentarían buenos resultados. A continuación analizaremos las principales.

##### **a. Código ético:**

Contar con un código ético resulta fundamental, toda vez que se trata del eje central de las medidas internas. Como ya fuera expuesto con anterioridad, en las organizaciones es frecuente la realización de conductas delictivas por parte de sus miembros en virtud del contexto de neutralización y justificación que ofrece la estructura en sí. Pues bien, los códigos de ética o conducta tienen como función, justamente, contrarrestar este efecto, poniendo el eje y destacando los valores de la organización.

Mediante este código se orienta a los miembros de la organización respecto de las actitudes y los comportamientos que deben adoptarse frente a diversas situaciones controvertidas, por lo que debe estar redactado de manera clara y sencilla, y ser accesible a todos.

En relación al código de ética, el desafío será que este no sea simplemente un catálogo de buenas intenciones, sino que realmente sirva al objetivo deseado, regulando situaciones de manera concreta. Al decir de Montiel, lo que debe evitarse es que se trate de un libro de valores pregonados y meras expresiones de buenos deseos<sup>109</sup>. Para ello, resulta fundamental que cada organización desarrolle su propio código de conducta, teniendo en consideración especialmente los riesgos que más le atañen.

La implementación de códigos de conducta para funcionarios públicos también ha sido contemplada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el artículo 8º, inciso 2, que establece que cada estado Parte procurará aplicar códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas. Por su parte, el inciso 6 de dicho artículo prevé la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos.

---

<sup>109</sup> MONTIEL, Juan P.; “Lineamientos de integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento”; en MONTIEL, Juan P. (Dir.) - AYESTARAN, Nicolás (Coord.); ob. cit.

### **b. Capacitaciones:**

La capacitación del personal es un elemento que permite que los miembros de la organización conozcan los valores de la organización y lo que se espera de ellos, e internalicen esos valores. El contenido de las capacitaciones debe incluir también aquellos relacionados con la ética pública. Es importante que los miembros de una organización conozcan los problemas éticos con que se enfrenta concretamente su actividad.

Nieto Martín sostiene que una de las barreras mentales que más han obstaculizado el desarrollo de la ética pública ha sido el pensar que el funcionario debe limitarse a cumplir las leyes y las órdenes de sus superiores, por lo que no tiene que enfrentarse a problemas éticos similares a los existentes en la empresa. Y agrega que hace tiempo la ciencia de la administración ha dejado de lado esta comprensión automática de la actividad de los funcionarios públicos<sup>110</sup>. Ello, ciertamente, no es así. El funcionario o empleado público en su labor cotidiana diariamente enfrenta problemas éticos, por lo que es importante la capacitación en dichos valores y contenidos. No en vano se ha dicho que el primer y más importante freno contra la corrupción es la educación<sup>111</sup>.

El artículo 7° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el inciso d) prevé que los Estados Parte promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones.

### **c. Análisis de riesgos:**

El artículo 5° inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contempla expresamente el análisis de riesgos. En la normativa referida se establece que cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción.

---

<sup>110</sup> NIETO MARTIN, Adán; ob. cit.; p. 23.

<sup>111</sup> PELLICER GARCIA, José Luis; ob.cit.

El análisis de riesgos consiste en evaluar las actividades que se desarrollan en el seno de una organización, para identificar aquellas que pueden ser consideradas “riesgosas”, es decir, aquellas que pueden dar lugar a comportamientos indebidos o ilícitos.

Esta actividad de control interno es muy importante en materia de prevención, y para dar acabado cumplimiento a lo establecido en el código de conductas. Además, permite optimizar recursos, prestando especial atención a las actividades donde el riesgo es más alto.

Para que un sistema de *compliance* sea realmente efectivo es necesario que cada organización realice su propio análisis de riesgos, porque el mismo será distinto según la actividad y los objetivos de la misma. Por otro lado, igual de importante resulta que este análisis sea llevado a cabo de manera periódica, a fin de evaluar si los mismos persisten o se han modificado, y si las herramientas previstas para neutralizarlos han resultado efectivas o no.

Un marco de control interno y gestión de riesgos sólido es la piedra angular para la defensa contra la corrupción en una organización.

#### **d. Canal de denuncias:**

Los canales de denuncias son un instrumento fundamental de prevención, cuya implementación reporta beneficios tanto en los organismos públicos como privados. En este sentido, Nieto Martín señala que en los países anglosajones la legislación sobre el *whistleblower* nace en gran medida con el fin de incentivar esta actividad dentro de las administraciones públicas<sup>112</sup>.

Sin perjuicio de ello, su implementación será diferente según sea en el sector público o en empresas privadas.

En primer lugar, se ha dicho que la primer gran diferencia está dada por el carácter de la denuncia. Es que mientras el empresario no está obligado a realizar la denuncia, es decir, por motivos estratégicos puede decidir no exteriorizar la situación; el funcionario público que mediante el canal de denuncias toma conocimiento de la comisión de un delito sí tendría el deber de realizarla. En relación a ello, García Moreno sostiene que la cuestión más controvertida es si para el empleado público la denuncia de irregularidades es un derecho, igual que lo es para el trabajador del sector privado, o si por el contrario, sus deberes de lealtad y buena fe respecto a la administración lo convierten en una

---

<sup>112</sup> NIETO MARTIN, Adán; ob. cit.; p. 28.

obligación. Sin embargo, la existencia de un deber genérico de denuncia que alcance a todos los empleados públicos de una administración, independientemente de su jerarquía o funciones, resulta difícil de justificar, toda vez que admitir una obligación así convertiría a los empleados públicos en garantes de la evitación de todos los delitos ajenos de los que tenga conocimiento<sup>113</sup>.

Una cuestión que se plantea y resulta interesante para reflexionar es la posibilidad de establecer un sistema de remuneraciones para las denuncias realizadas por personas ajenas a la organización. Este sistema existe en Estados Unidos y tiene muy buenos resultados. En el año 1863 el Presidente Abraham Lincoln firmó la *False Claim Act* - FCA- también conocida como “Ley Lincoln”, con el objetivo de erradicar el fraude contra el gobierno, y fomentar la denuncia de estos hechos por parte de individuos privados. Para ello, se estableció que los denunciante pudieran obtener una compensación económica consistente en un porcentaje del dinero que el Estado recuperara si prosperaba la acción legal. En la versión original el denunciante podía percibir hasta el 50% de la cantidad recuperada. Con posterioridad a ello hubo diversas modificaciones, y actualmente la recompensa oscila entre un mínimo del 15% y un máximo de hasta el 30% de la recuperación total. Como consecuencia del éxito de la FCA en la lucha contra el fraude por parte de la administración federal, muchos Estados norteamericanos (entre ellos Nueva York, Florida, California, Georgia, Nevada y el Distrito Columbia) han aprobado sus versiones de esta norma.

Este sistema de recompensa económica puede pensarse para incentivar la denuncia de personas externas al sector público, pero resulta controvertida su aplicación cuando el denunciante es un empleado público. Es que la búsqueda de un rédito económico como el motor impulsor de su accionar no parece la conducta que se espera de un servidor público. A su respecto, se espera una conducta guiada por el interés público, por lo que tal vez otro tipo de incentivos podrían resultar menos polémicos e igualmente eficaces. Por otro lado, el reforzamiento de los valores de la ética pública y de la propia institución a través del código de ética y de las capacitaciones, también podrían fomentar estos comportamientos, independientemente de toda posible recompensa.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el artículo 8 inciso 4 establece que cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer medidas y

---

<sup>113</sup> GARCIA MORENO, Beatriz; “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública”; en NIETO MARTIN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dirs.); ob. cit.; p. 50 y ss.

sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el artículo 33 prevé la posibilidad de incorporar en el ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos de corrupción.

La implementación de canales de denuncia en instituciones públicas no es una novedad. En este sentido, Naciones Unidas y la Oficina anti-fraude europea (OLAF) disponen de este mecanismo. Por su parte, algunos Estados como Estados Unidos, Australia, Reino Unido e Italia cuentan con legislación para proteger a los denunciantes de irregularidades cometidas en la administración pública, y solo Estados Unidos lo incentiva a través de recompensas económicas. Amén de ello, su implementación en administraciones públicas nacionales dista mucho de la misma en el sector privado<sup>114</sup>.

En las legislaciones donde se encuentra regulado este tema, se presentan ciertas características comunes tales como que se admite la denuncia por parte de cualquier ciudadano, la denuncia debe realizarse por canales internos de la administración -se desaprueba la denuncia ante los medios de comunicación- y se requiere que la denuncia sea de buena fe -en este sentido, se niega la protección a quien denuncie de mala fe-.

La denuncia debe hacerse siempre de buena fe. Ahora bien, la prohibición de la denuncia de mala fe se refiere a la denuncia de hechos falsos a sabiendas de que lo son, pero no implica que deba tenerse una certeza absoluta de la veracidad de los hechos denunciados. Lo contrario significaría que las denuncias serían escasas o prácticamente inexistentes, y justamente esta herramienta debe servir como instrumento de prevención. Es decir, no solo dará lugar al descubrimiento de hechos o maniobras que efectivamente constituyan un delito; sino que la idea es que mediante ella se tome conocimiento de conductas indebidas pero que no constituyen delito, y se tenga la posibilidad de subsanar estas situaciones y reencauzar el funcionamiento de la organización y el accionar de los miembros de la organización.

En sentido contrario, Pellicer García ha dicho que el requerimiento de buena fe del alertador es un absurdo, toda vez que una información que pueda revelar casos de

---

<sup>114</sup> GARCIA MORENO, Beatriz; ob. cit.; p. 45.

corrupción, abusos o malas prácticas tiene el mismo interés público sea cual sea la intención inicial del alertador, además de que supondría una carga de prueba que recaería en el denunciante<sup>115</sup>.

Como se ha expuesto previamente, la eficacia de los canales de denuncia está estrechamente relacionada con la protección que se garantice al denunciante. La protección será distinta para el empleado del sector privado y del público, pero debe existir y ser efectiva en ambos ámbitos. Así, mientras el mayor riesgo que enfrenta el empleado de una empresa por realizar una denuncia es ser despedido, en el caso del empleado público será ver afectada su carrera con trabas en sus promociones o ser objeto de cambio de tareas, entre otras. De cualquier manera, todas esas represalias tienen entidad suficiente para desincentivar las denuncias.

Por otro lado, se plantea si la organización pública tendrá la obligación de asumir la defensa jurídica del denunciante cuando se trate de un empleado de la misma. García Moreno señala que no existiría la misma obligación para el caso de tratarse de un denunciante externo, pero que esa desventaja podría subsanarse ofreciendo para esos supuestos una recompensa de tipo económica<sup>116</sup>.

#### **e. Responsable de cumplimiento:**

En general, en los *compliance programs* la figura del oficial de cumplimiento es central y tiene una importancia preponderante. De manera que, el interrogante que se plantea es si la misma puede ser aplicable al ámbito público y de qué manera.

Como ya se ha dicho, el *compliance officer* es el encargado del desarrollo, coordinación y supervisión del programa implementado. Esta función puede ser desempeñada por un empleado de la propia organización, con suficiente jerarquía e independencia, o por alguien externo a la institución. Al respecto, se ha sostenido que en el caso del sector público, el carácter externo del responsable es deseable a fin de evitar la “politización” del mismo.

También han surgido interrogantes respecto de la forma de designación, que posiblemente recaería sobre el principal responsable de la organización. En este aspecto, se ha planteado la posibilidad de que el cargo sea asignado por concurso público, de manera de asegurar la transparencia en la elección y la idoneidad del candidato electo.

---

<sup>115</sup> PELLICER GARCIA, José Luis; ob.cit.

<sup>116</sup> GARCIA MORENO, Beatriz; ob. cit.; p. 58.

Será necesario, en caso de implementar esta figura, dotarla de las características necesarias para que pueda desempeñar su función. En este sentido, resulta fundamental que tenga independencia. No es una cuestión menor, y tiene relación con su nombramiento, dependencia orgánica y jerárquica. Por otro lado, deberá contar con los medios necesarios para cumplir su función.

La implementación del oficial de cumplimiento en el ámbito público podría llevarse a cabo, pero serán necesarios muchos ajustes y una regulación adecuada. Otro tema muy importante a revisar y consensuar será el relativo a su responsabilidad. Deberá ser debidamente estudiado y estrictamente regulado, a fin de evitar diversas interpretaciones que puedan dar lugar a resultados injustos.

**f. *Tone from the top:***

El compromiso efectivo y público por parte de los máximos dirigentes de una organización resulta fundamental para la adhesión al programa y la defensa del mismo por parte de los demás integrantes. El ejemplo y compromiso de las altas esferas se transmite al resto de la organización.

Es importante que este compromiso sea visible e inequívoco, de manera que no existan dudas acerca de cuáles son los valores imperantes y, en razón de ello, el comportamiento debido y esperado por parte cada uno de los empleados de la organización.

Estas son solo algunas de las herramientas del *compliance* que podrían aplicarse en el sector público, pero ciertamente no son las únicas. Podrían aplicarse otras y también surgir nuevas. Lo importante será, siempre, la consideración específica del organismo en que se pretenden aplicar, los riesgos concretos que enfrenta el mismo, y que las herramientas escogidas resulten adecuadas a dicha entidad. Es fundamental el estudio específico de la organización en concreto.

En definitiva, hemos pretendido simplemente una aproximación a los elementos más conocidos a fin de verificar si su implementación sería posible y beneficiosa. Ahora bien, ciertamente se trata de un abordaje genérico del tema que deberá ser profundizado oportunamente.

**5. Otras cuestiones:**

Del estudio de este tema, surge que existen otras propuestas que podrían resultar provechosas. Así, por ejemplo, algunos instrumentos sugieren la regulación de la actividad de quienes fueron funcionarios públicos, una vez que dejan de serlo. En este sentido, se plantea la posibilidad de establecer prohibiciones por hasta tres años para incorporarse en el sector privado en compañías con las que tuvieron contacto en virtud del desempeño de su función pública, o la obligación de dar aviso de sus ocupaciones posteriores al cese de la función pública durante un determinado lapso, y hasta la posibilidad de someter la aceptación de un cargo en una empresa privada a la decisión de un Comité.

Otra cuestión que se reitera en la doctrina es la posibilidad de regular específicamente las áreas o materias que se evidencian como más proclives a la corrupción. Entre las áreas que se señalan como más vulnerables en este sentido se encuentran las relacionadas con la contratación pública, urbanismo, contratación de personal y subvenciones.

En relación a la contratación pública, la OCDE ha dicho que se trata de la actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción<sup>117</sup>. La vulnerabilidad de la contratación pública a la corrupción es un fenómeno global, y ello puede observarse en la preocupación con que se trata este tema en diversos países. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se ocupa del tema de la contratación pública en su artículo 9. En el mismo, establece que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces para combatir la corrupción. También establece la necesidad de que exista difusión e información pública, gestión de riesgos, control interno, entre otras cuestiones.

En relación a este tema, Gallego Córcoles sostiene que son dos las razones que explican la vulnerabilidad de la contratación pública a la corrupción. En primer lugar, al estar inserta entre los sectores público y privado, puede ser origen de que ambos sectores, público y privado, distraigan fondos para beneficio personal. En segundo lugar, la contratación pública moviliza una gran cantidad de recursos. Los efectos negativos de la corrupción en la contratación pública no sólo tienen carácter financiero -relacionado con

---

<sup>117</sup> OCDE; “La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z”; INAP; Madrid; 2009; p. 9.

los sobrecostos añadidos a un contrato-, sino que también tienen impacto desde la perspectiva económica, en la salud, seguridad e innovación. Por otro lado, además de dañar la competencia y el desarrollo económico, producen la erosión de los valores y de la confianza en el gobierno<sup>118</sup>.

Por último, también es un tema recurrente el relacionado con los partidos políticos, en particular en relación a su financiamiento. Al respecto, la OCDE realizó un “Estudio sobre Integridad en Argentina” en el año 2017<sup>119</sup>, donde trata especialmente el tema relativo a los partidos políticos, las debilidades en el financiamiento político y los procesos electorales. Menciona que aunque las contribuciones anónimas a los partidos están prohibidas, las donaciones en efectivo representan el 90% de todas las contribuciones en Argentina, hacen imposible identificar a los donantes y pueden convertirse en un canal de influencia indebida, socavando la legitimidad de las elecciones. Los controles y las sanciones a las regulaciones de financiamiento político son insuficientes para disuadir a los partidos políticos del incumplimiento y las brechas entre las regulaciones nacionales y provinciales brindan oportunidades para los abusos. Al respecto, sugiere que Argentina podría prohibir las donaciones en efectivo y asegurar el cumplimiento a través del monitoreo y cumplimiento efectivo. El tema de los partidos políticos ha adquirido relevancia en el último tiempo, por lo que también se ha planteado aplicar el *compliance* en los partidos políticos. Este asunto interesa y tiene notoriedad en diversos lugares, así por ejemplo, en España en los últimos años han existido condenas a partidos políticos como personas jurídicas<sup>120</sup>.

Como podemos observar, el tema es muy amplio y presenta muchas aristas y posibilidades que merecen un estudio en mayor profundidad. Este trabajo ha pretendido solamente plantear la cuestión, en la búsqueda de aclarar el panorama existente y mediante la presentación de algunas herramientas que podrían exitosamente ser aplicadas y aprovechadas por el sector público en la lucha contra la corrupción.

La corrupción es un fenómeno innegable que afecta a todas las estructuras y sectores de la sociedad y que no conoce de fronteras ni nacionalidades. Tampoco se trata de algo nuevo, sino que desde hace muchos años constituye una preocupación para la

---

<sup>118</sup> GALLEGO CORCOLES, Isabel; “La prevención de la corrupción en la contratación pública”; NIETO MARTIN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dirs.); ob. cit.; p. 63 y ss.

<sup>119</sup> Recuperado en: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

<sup>120</sup> Entre ellos, podemos mencionar el Partido Popular (PP) involucrado en el “caso Gürtel”, la Unió Democràtica de Catalunya (UDC) por el “caso Pallerols” y la Convergència Democràtica de Catalunya (CDC) por el “caso Palau”.

humanidad. Allá por 1855, Juan Rico y Amat escribió el “Diccionario de los Políticos ó verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo”, y definió a la corrupción como “Epidemia contagiosa que hace estragos horribos en el país de la empleomanía. Los periódicos en su parte sanitario anuncian con frecuencia la marcha al extranjero, con objeto de mudar de aires, de algún depositario de fondos públicos, atacado mortalmente de esa enfermedad, la conducción al lazareto del Saladero de otro empleado invadido y socorrido á tiempo, y una porción de casos semejantes que tienen alarmada á todas horas á la sociedad. Si los resguardos de Melilla y Peñón de la Gomera no establecen oportunamente un cordón sanitario y hacen pasar una rigurosa cuarentena á los que sienten los primeros síntomas, el desarrollo será espantoso y las consecuencias muy fatales” (sic).

Así, y en este estado de las cosas, cualquier aporte será útil para reflexionar sobre este tema y ayudar en la búsqueda de herramientas que permitan combatir la corrupción, en pos de la defensa de la legalidad y transparencia.

## CONCLUSIONES

La corrupción ha existido desde siempre, en todos los tiempos y lugares. En los últimos años, la globalización, medios tecnológicos y de comunicación han contribuido a que este fenómeno sea más visible y palpable. Tal vez la magnitud de las operaciones y montos, el acceso a la información o la impunidad reinante; han llevado a que la sociedad sea cada vez menos tolerante con estas prácticas.

También existe una creciente preocupación en el ámbito internacional dado que el fenómeno de la corrupción tiene efectos económicos y sociales devastadores, a la vez que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral, la justicia y el desarrollo integral de los pueblos. Ello ha motivado que la comunidad internacional manifieste un creciente interés en brindar herramientas aptas para combatirla, y evitar comportamientos y prácticas que, además de ser sumamente dañinas para la comunidad, muchas veces se encuentran relacionadas con el crimen organizado.

Por otro lado, la corrupción opera como un obstáculo al goce efectivo de los derechos humanos. En este sentido, se ha dicho que la corrupción impide que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales en esta materia, toda vez que el desvío de fondos de los fines a los que deberían estar destinados, indudablemente acarrea falta de recursos e inversión, lo que a su vez genera desigualdad, discriminación, pobreza y vulnerabilidad. Por todo ello suele decirse que la corrupción es un obstáculo estructural al ejercicio de los derechos humanos, y que la lucha contra la corrupción es, en sí misma, una forma de prevenir las violaciones de los derechos humanos.

En esta globalización expansiva, con la internacionalización de los negocios, la velocidad de las comunicaciones y la información; la empresa se ha convertido en un actor fundamental de la actividad económica mundial con gran concentración de poder y recursos, y por ello mismo, artífice de un sinnúmero de maniobras delictivas en pos de aumentar ganancias o evitar pérdidas. En este sentido, se observa que diferentes empresas han tenido participación en los resonantes casos de corrupción de los últimos tiempos.

Es que la empresa, como ente socialmente organizado, ofrece un campo fértil para la comisión de delitos desde una “irresponsabilidad penal organizada”, lo que se traduce en la posibilidad de actuar desde el anonimato, por la imposibilidad de individualización del autor de la infracción en el seno de la empresa y la dispersión de la responsabilidad.

A todo ello se suma la posibilidad de participación en el crimen organizado y delitos transnacionales, por lo que se tornó necesario encuadrar su actuación en parámetros legales, replantear las estrategias político-criminales para abarcar a las empresas y evaluar la atribución de responsabilidad penal a las mismas.

En este contexto, resurgió la antigua discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En sus orígenes, este tema fue objeto de diferente tratamiento en el derecho anglosajón y en el derecho continental europeo. Mientras el primero reguló la responsabilidad penal para las sociedades comerciales; el segundo sostuvo con firmeza el principio *societas delinquere non potest*, que implicaba que solo la persona física podía tener responsabilidad penal.

Sin embargo, en los últimos años del siglo veinte comenzó a experimentarse un giro en estas tendencias, y el principio penal según el cual las personas jurídicas no podían delinquir comenzó a perder vigencia, y a dar paso a la recepción en los sistemas jurídicos de diferentes países de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, en numerosos países se ha reconocido la responsabilidad penal de la persona jurídica. Tal ha sido el caso de la República Argentina, mediante la ley 27.401 del año 2017.

La reciente ley 27.401 estableció un sistema integral de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas. Con esta ley, se ha procurado ajustar nuestro sistema jurídico a los estándares internacionales exigidos en diversos Tratados. Esta ley supone un punto de inflexión en la materia, toda vez que consagra, de manera expresa, la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

Esta ley resulta muy importante y trata diversas cuestiones, entre ellas, regula los denominados “programas de integridad”. Estos consisten en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. Este programa debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad de la empresa, su dimensión y capacidad económica.

La ley establece que las personas jurídicas comprendidas “podrán” implementar programas de integridad, es decir, se trata de una elección que no reviste carácter obligatorio. Sin embargo, la existencia del programa de integridad es requisito necesario para contratar con el Estado Nacional, cuando se trate de contratos que por su monto deban ser aprobados por autoridad competente con rango no inferior a Ministro y se trate de licitaciones, contratos públicos o contratos de concesión o licencia de servicios públicos. Es decir, en esos casos se trata de un requisito obligatorio.

Si bien fuera de la excepción señalada, la implementación del programa de integridad es facultativa para las empresas, lo cierto es que la ley señala una serie de “beneficios” para aquellas que decidan implementarlo. Así, la inclusión de este sistema de control y supervisión adecuado con anterioridad al hecho, cuya violación haya exigido un esfuerzo por parte de los intervinientes en la comisión del delito, podrá dar lugar a la exención o disminución de la pena.

Los programas de integridad configuran una herramienta del *compliance*. De manera que, si bien Argentina no cuenta con una política general de *compliance*, ha receptado mediante diversas normas instrumentos del mismo.

En los últimos años, el *criminal compliance* ha adquirido notoriedad por resultar una herramienta eficiente para combatir la corrupción. Diversos casos de corrupción internacional, evidenciaron que las estructuras empresariales tradicionales y el derecho penal resultan insuficientes para prevenir delitos en las empresas. En este contexto, el control interno por parte de la propia organización surgió como una alternativa viable, complementaria al derecho penal, con el objeto de establecer mecanismos de prevención de conductas delictivas dentro de las empresas.

Por otro lado, como se dijo previamente, la corrupción azota a todas las instituciones, de todos los ámbitos. Así, también preocupan los niveles de corrupción y conductas indebidas registradas en el sector público. Es que el ámbito público es sumamente propicio para distintas maniobras ilícitas, en virtud de la difusión de responsabilidad que favorece la criminalidad de grupo, la delegación de funciones y falta de control, y los asuntos de gran envergadura en los que tiene injerencia. En los últimos tiempos hemos tomado conocimiento de grandes escándalos de corrupción en los que han tenido participación funcionarios públicos.

Frente a este panorama, nos preguntamos si sería posible aplicar las herramientas contempladas en los sistemas de *compliance* para combatir la corrupción en el ámbito privado, al sector público. Es decir, si podrían utilizarse en el sector público modelos de control interno y de gestión de riesgos en forma similar a la metodología que se utiliza en el sector privado, teniendo en consideración que la defensa del interés público merece contar con los estándares de integridad más altos.

La aplicación de estas herramientas, sin dudas requerirá de una debida adaptación, toda vez que existen diferencias entre el ámbito privado y el público.

Habrá que evaluar en particular y en profundidad qué medidas pueden resultar adecuadas y de qué manera implementarlas en cada organización en concreto. Recuérdese que no existen fórmulas universales ni puede copiarse un modelo general, sino que cada organización deberá evaluar sus propias necesidades, dimensión, riesgos y capacidad económica, y así implementar un programa de integridad y un sistema adecuado.

La cuestión no es sencilla y requiere de un análisis y estudio exhaustivo a fin de evaluar la posibilidad de aplicación de este sistema, qué estímulos positivos o negativos podrían válidamente ser aplicados, qué herramientas pueden resultar útiles, la adaptación de las mismas y en qué tipo de organizaciones. Este debate recién comienza, pero no caben dudas de que es necesario. Toda discusión en la búsqueda de herramientas que nos permitan luchar contra la corrupción enquistada en todos los niveles y ámbitos de nuestra sociedad, valdrá la pena.

Como podemos observar, el tema es muy amplio y presenta muchas aristas y posibilidades que merecen un estudio en mayor profundidad. Este trabajo ha pretendido solamente plantear la cuestión, en la búsqueda de aclarar el panorama existente y mediante la presentación de algunas herramientas que podrían exitosamente ser aplicadas y aprovechadas por el sector público en la lucha contra la corrupción.

De cualquier manera, se vislumbra que estas herramientas podrían ser aplicadas y que podrían significar un avance en la materia. Nuestro país ha comenzado a introducir algunos de estos cambios, aunque aún de manera escasa e incipiente.

Para lograr el cambio esperado es necesario avanzar hacia una cultura de la integridad en la función pública. Para ello, las instituciones públicas deberían incorporar el *compliance* como parte de sus sistemas de gestión, para prevenir y luchar contra la

corrupción y generar buenas prácticas que le ayuden a recuperar la confianza de los ciudadanos.

En este sentido, la importancia y valía de estas herramientas radica en que no solo pueden ayudar a desbaratar maniobras delictivas constitutivas de delitos, sino, lo que es más importante aún, pueden significar un instrumento fundamental para prevenir los comportamientos y conductas que podrán dar lugar a los mismos. Así, existirá la oportunidad de corregir a tiempo, de subsanar y de evitar situaciones más complejas. Verificar cuándo y dónde existen situaciones riesgosas permitirá accionar a tiempo y prevenir que éstas evolucionen a un mal mayor así como también impedir que estas se repitan. De esta manera quedarán en evidencia las actividades que requieren de mayor control o capacitación, y se podrá trabajar en ellas. En definitiva, los beneficios son muchos.

Con la mira en este objetivo, resulta fundamental la especificidad del sistema. Es decir, después de estudiar las características generales del mismo y las herramientas que podrán aplicarse, es necesario, a la hora de su concreta implementación el análisis concreto de la institución u organización donde serán aplicados, los riesgos propios de esa actividad, la dimensión, capacidad económica y demás cuestiones características; a fin de aplicar concretamente los instrumentos que serán adecuados a ese organismo. Es que podemos hablar de marcos generales, pero para que el *compliance* aplicado al sector público sea realmente efectivo, esta operación de adecuación a conciencia resulta imprescindible.

Con este panorama, entendemos que así como el *compliance* ha sido utilizado en otros ilícitos tales como el caso de lavado de activos y otros delitos económicos, y se muestra como una herramienta útil para la prevención de la corrupción en el ámbito privado, también podría resultar beneficiosa para el sector público. Para ello, será necesario promover una verdadera cultura de integridad en toda la sociedad, fomentar los valores de la misma y la transparencia en la gestión pública.

## BIBLIOGRAFIA

ABOSO, Gustavo E.; “Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional”; Ed. BdeF; Buenos Aires; 2019.

BALCARCE, Fabián I. y BERRUEZO, Rafael; “Criminal Compliance y Personas Jurídicas”; Ed. BdeF; Montevideo-Buenos Aires; 2016.

BASILICO, Ricardo A. y TODARELLO, Guillermo; “Negociaciones incompatibles con la función pública. Herramientas legales para controlar la corrupción”; 1era. Ed.; Ed. Astrea; Buenos Aires; 2016.

BERMEJO, Mateo; “Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal”; Revista Derecho Penal; Año II; N° 4; Ediciones Infojus; recuperado en: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

BERMEJO, Mateo G. y MONTIEL, Juan P.; “Compliance officers tras las rejas”; recuperado en: [www.academia.edu](http://www.academia.edu)

BERRUEZO, Rafael; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal”; en Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal; N° 13; Mayo 2014; recuperado en: [www.ar.ijeditores.com](http://www.ar.ijeditores.com)

BONACERA, Georgina; “La corrupción como crimen de lesa humanidad bajo el Estatuto de Roma”; Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad; recuperado en: [www.ejc-reeps.com](http://www.ejc-reeps.com)

CASTEX, Francisco (Dir.), DUBINSKI, Andrés y MARTINEZ, Sebastián (Coords.); “Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”; 2da. Ed. Actualizada y ampliada; Ed. Ad Hoc; Buenos Aires; 2019.

D’ALESSIO, Andrés J. (Dir.), DIVITO, Mauro A. (Coord.); “Código Penal Comentado y Anotado. Parte General. Tomo I”; 1era. Ed.; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2005.

DAYENOFF, E. y KOFFMAN, H.; “Código Penal Comentado. Anotado con jurisprudencia”; 4ta ed.; Ed. García Alonso; Buenos Aires; 2016.

FONTAN BALESTRA, Carlos; “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III”; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires; 1966.

HUBER, Ludwig; “Una interpretación antropológica de la corrupción”; IEP; 2005; recuperado en: [www.cies.org.pe](http://www.cies.org.pe)

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Eds.); “Compliance y teoría del Derecho Penal”; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2013.

MALEM SEÑA, Jorge F.; “La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”; Ed. Gedisa; Barcelona; 2002.

MARTINON QUINTERO, Ruth; “Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Eunomía. Revista en cultura de la legalidad; N° 10 Abr-Sep 2016; recuperado en: [www.e-revistas.uc3m.es](http://www.e-revistas.uc3m.es)

MIR PUIG, Santiago; “Derecho Penal. Parte General”; 7ma ed.; Ed. Reppertor; Barcelona; 2006.

MONTIEL, Juan P. (Dir.) – AYESTARAN, Nicolás (Coord.); “Lineamientos de integridad: reportes en compliance”; 2018; recuperado en: [www.crimint.org](http://www.crimint.org)

NIETO MARTIN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dirs.); “Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos”; Ed. De la Universidad de Castilla-La Mancha; Cuenca; 2014.

OCDE; “La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z”; INAP; Madrid; 2009.

PATRIONA ARANA, Raúl; “Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú”; IDEHPUCP; recuperado en: [www.perso.unifr.ch](http://www.perso.unifr.ch)

PELLICER GARCIA, José Luis; “Herramientas y propuestas para luchar contra la corrupción en el sector público: ética, transparencia y compliance”; Revista Internacional Transparencia e Integridad; N° 5; Sep-Dic 2017; recuperado en: [www.encuentros-multidisciplinares.org](http://www.encuentros-multidisciplinares.org)

PRADO, Carolina; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”; recuperado en: [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

QUINTEROS, Eloísa; “Compliance en caso de Trata de Personas”; Tesis doctoral presentada en la facultad de Derecho de la Universidad Austral; Buenos Aires; 2016; recuperada en: [www.riu.austral.edu.ar](http://www.riu.austral.edu.ar)

RIVES, Emanuel; “Afectación de la fórmula ‘nullum crimen nulla poena sine praevia lege’ por dos fallos que postulan la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”; Revista Intercambios N° 18 de la Especialización en Derecho Penal; UNLP; recuperado en: [www.revistas.unlp.edu.ar](http://www.revistas.unlp.edu.ar)

SOSA, Omar J. (Coord.); “Perspectiva del Derecho Penal sobre los actos de corrupción: el rol de la Oficina Anticorrupción”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, Oficina Anticorrupción; 1era. Ed.; Buenos Aires; 2012; recuperado en: [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar)

VITOLLO, Daniel R. (Dir.); “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas”; 1era. Ed.; Ed. Rubinzal Culzoni; Buenos Aires; 2018.

VOLOSIN, Natalia A.; “Corrupción imprescriptible: episodio II”; recuperado en: [www.crimenyrazon.com](http://www.crimenyrazon.com)