



# Responsabilidad penal de la empresa y *compliance* en Argentina

## Corporate criminal liability and compliance in Argentina

Guillermo J. Yacobucci\*

### Resumen:

Este artículo se ordena a brindar un panorama general de los programas de *compliance* en el Derecho penal argentino, dentro del marco establecido por la ley N.º 27.401 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las modificaciones del Código penal. La reforma introduce por primera vez en la Argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El trabajo muestra claramente la estrecha relación entre los programas de *compliance* y la responsabilidad penal corporativa dentro del sistema legal argentino. La existencia de un efectivo programa de *compliance* opera protegiendo, bajo ciertas condiciones, de una responsabilidad penal corporativa respecto de los delitos o irregularidades cometidos por sus directores o empleados. En consecuencia, configurando un programa sólidamente cimentado, se incrementan las chances de la entidad de evitar una responsabilidad penal por un crimen; incluso, eximirse de sanción penal.

### Abstract:

This article aims to give a general overview of Compliance Programs in Argentina's criminal law within the framework established by the Corporate Criminal Liability Law n° 27.401 and the Criminal Code. The reform introduced, for the first time in Argentina, the criminal liability of legal entities. The paper shows clearly the close relationship between the compliance and the corporate criminal liability in Argentina's law. The existence of an effective compliance program protects, under certain conditions, against corporate criminal liability for some wrongdoing or misconduct of its directors or employees. Therefore, building a solid foundation of compliance increases the chances of a corporation avoiding criminal liability for a crime; even to exemption of criminal sanction.

### Palabras claves:

Responsabilidad penal empresarial - programas de cumplimiento - *compliance* - debida diligencia - canales internos de denuncia - autodenuncia - procedimientos internos - exención de pena.

### Keywords:

Corporate Criminal Liability - compliance programs- due diligence - whistleblowing, selfreporting - internal procedures - exemption of sanction.

\* Catedrático de Derecho Penal y Director Académico del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad AUSTRAL, Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Magistrado de la Cámara Federal de Casación Penal de Argentina.

## 1. Introducción

La existencia del sistema penal se inscribe en un orden de libertades que resulta el escenario básico de la convivencia social y política. El desarrollo existencial de las personas, es decir, su libre orientación, se hace posible en el contexto de natural socialización gracias a disposiciones que, en verdad, no solo son un límite sino además un cauce o condición de posibilidad para el ejercicio de las decisiones individuales.

Ese orden se exterioriza a través de normas de muy diversa naturaleza que orientan, valoran y regulan la vida convivida. La peculiaridad de todas esas normas —morales, sociales, religiosas, educativas, jurídicas— que contextualizan a las personas, es que no poseen la “necesidad”, la fuerza “física” o empírica que es propia de la naturaleza, de los instintos. Como decía en su tiempo Welzel (1987, pp. 202-203), como seres humanos “estamos desafiadados por la libertad que trasciende lo instintivo”, nos permite elegir. Por eso, esa normatividad impera, pero no se impone *per se*, tiene una cierta “debilidad” que posibilita que sea desoída, contrariada y enfrentada, dando lugar a un grado de antinormatividad en el campo de la vida convivida que es el que aquí importa. Por tanto, rige el sinalagma: ejercicio de la libertad, responsabilidad por las consecuencias.

El derecho se desarrolla asumiendo esa antinormatividad a través de consecuencias de distinto tipo. En lo que interesa para este estudio, ya en el plano propiamente jurídico, aparecen, por caso, regulaciones sobre los incumplimientos y daños en la previsión *ius civilista*, nulidades y sanciones en el ámbito societario o comercial. Sin embargo, en cuanto a la intensidad de la respuesta, el Derecho administrativo sancionador, pero, sobre todo, de modo definitorio, el Derecho penal, prevén secuelas de notoria magnitud en punto al grado de injerencia en el ámbito de disponibilidad de las personas humanas (Silva Sánchez, 2025, pp. 178-184).

En línea con el tema de esta colaboración, esas personas pueden ser asumidas en su simple individualidad, en su concurrencia grupal con diverso nivel de planificación y también en su comportamiento a través de organizaciones, empresas, corporaciones. Las normas de comportamiento que se dirigen hacia los sujetos en todos esos escenarios, aun cuando tengan una *ratio similar*, pues remiten a deberes negativos y positivos, cobran sin embargo una modalidad peculiar según el escenario donde progresá el señalamiento de responsabilidad —normas y reglas de imputación o normas de sanción—.

Dicho de otro modo, la forma de atribución de esa manifestación ilícita no es la misma en los supuestos de hechos exteriorizados por el sujeto individual —que es la base de los delitos nucleares del sistema penal— incluso acompañado simplemente por otros,

que aquellos casos intermediados por la estructura organizativa. Frente a estos últimos, la “personalidad” de la imputación, “que viene exigida por el principio de culpabilidad” (Yacobucci, 2014, pp. 629-631) ingresa en un campo donde se muestra compleja, oscurecida o, incluso, oculta dentro de una red de interconexiones que hacen a la configuración misma de la organización o la empresa.

Es por eso que, en la tradición del derecho comparado, la respuesta sancionadora de la administración ubicó a las organizaciones como entes que podían responder jurídicamente, asignándoles distintos tipos de consecuencias negativas, aunque no implicaran en su naturaleza el sentido de las penas. Estas, por el contrario, se integraban al ámbito propio del derecho penal, donde la auto responsabilidad, la comprensión de la expresividad del comportamiento, sus indicadores subjetivos y las mismas finalidades punitivas encontraban debidamente su razón de ser (Yacobucci, 2014, pp. 554-564).

En nuestros días, ese panorama se ha visto afectado por la incorporación de una responsabilidad que se denomina penal, tanto respecto de las personas físicas como de los entes ideales, organizaciones, empresas y corporaciones, que pretenden presentarse bajo una comprensión ciudadana similar a la del sujeto humano. Así, Gómez Jara-Díez no duda en señalar que se está en presencia de un “ciudadano corporativo” (2014, p. 45).

Esa búsqueda de indiferenciación dentro del campo penal entre persona humana y persona jurídica provoca una indiscutible alteración de aquellos componentes fundamentales, incluso de legitimación, que alcanza obviamente a la ciencia penal, sus principios y las nociones que integran la imputación, tanto en lo objetivo, como subjetivo y personal.

Se intenta así incorporar esos entes ideales, más allá del derecho administrativo sancionador, dentro del desenvolvimiento penal. Pues bien, esa pretensión, en lo que aquí interesa, no salva las dificultades que enfrenta la atribución de responsabilidad frente a *out put* emergentes de la estructura organizativa. Por eso, en verdad, los régimen penales recurren a una imputación paralela: es decir, tanto dirigida a la persona humana como —al mismo tiempo— orientada a la empresa, con los consiguientes problemas de fundamentación que eso implica.

Estas cuestiones se suscitan, sin embargo, en un panorama temático más amplio y que pone en evidencia el impacto en la vida social de las grandes organizaciones. Las decisiones políticas frente al importante desarrollo corporativo de estructuras y objetivos de alta complejidad, investigación, conocimiento y tecnología han encontrado en esquemas de auto regulación un instrumento que permite cierto control como respuesta a los riesgos que eso plantea, no obstante,

el innegable avance que suponen esos progresos. Si bien la instancia natural de esas regulaciones pareciera hallarse en el derecho administrativo, la previsión de riesgos —aun abstractos— de notoria intensidad, llama al análisis penal y, dentro de este, claro está, a la determinación de las responsabilidades.

Es dentro de ese campo desafiante que debe entenderse el recurso a esquemas de auto regulación de la empresa. Estos aparecen como un mecanismo que intenta cumplir funciones de prevención en el ámbito corporativo a través de la construcción de una “cultura” de fidelidad al derecho que motive a sus integrantes —directores, gerentes, profesionales, operarios, etc.—. Pero, a la vez, se busca que los incentivos comprometidos en la adopción de programas de cumplimiento, a la postre, habiliten en ciertas circunstancias liberar de responsabilidad a la organización.

Esa auto regulación mediante dispositivos de *compliance*, si bien en la Argentina no surge como una exigencia ineludible para todas las empresas, supone sin embargo algo más que el logro de un simple orden interno de desarrollo, comportamiento razonable o buena y eficaz gestión.

El legislador se ha valido de esos instrumentos con objetivos político criminales evidentes, atendiendo al modo en que se desarrollaron esos programas en las últimas décadas y, en especial, en el contexto en que se incorporaron dentro de la imputación desde el sistema penal económico actual. Puede decirse que esas finalidades exponen, en gran medida, la imposibilidad estatal de asumir satisfactoriamente la observación de lo que acontece al interior de las organizaciones para poder reaccionar ante la exteriorización de comportamientos ilícitos de sus componentes.

Poner en cabeza de la propia empresa la formulación de esas herramientas de *compliance*, implica una descarga de aquellas tareas que no se han mostrado factibles de desenvolver de modo eficiente a través de la mera herramienta de legislación general —normas—.

El reconocimiento entonces de esas dificultades revela la complejidad que presenta la estructura de la empresa frente a las reglas de imputación penal. La constitución orgánica de la división de funciones y delegaciones en los distintos niveles, tradicionalmente reducidos a líneas verticales y horizontales para favorecer la comprensión penal, suele provocar en los hechos lagunas de punibilidad de los distintos sujetos actuantes. Así, presentar dos “vías independientes” de atribución de responsabilidad: persona humana y persona jurídica y, a la vez, exigir o proponer incentivos de cumplimiento de las normas a cargo de la propia organización amenazada de “penas”, parece justificar la decisión de Política criminal bajo estudio.

En consecuencia, resulta de interés describir críticamente al menos, la forma en que se implementa la denominada responsabilidad “penal” de la persona jurídica y las funciones que cumple, en ese marco, el *compliance*. En el presente, esa aproximación se limita al análisis de la legislación argentina sobre esas temáticas. El objetivo es considerar los institutos adoptados en esa normativa, pero poniéndolos en relación con los establecidos en el orden global, y que han sido tenidos en cuenta por el legislador argentino para construir los enunciados y cláusulas legales en la cuestión. Esta perspectiva, además, procura acercar alguno de esos aspectos a la comprensión de la ciencia penal —dogmática—.

## **2. La actual relación entre los sistemas de *compliance* y la responsabilidad denominada penal de la empresa**

Tomando en cuenta la tradición legislativa y jurisprudencial argentina, sobre todo en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que tiene entre sus competencias el control de constitucionalidad, si bien se ha aceptado históricamente cierta responsabilidad de los entes ideales, su naturaleza jurídica no adquirió en esos precedentes carácter propiamente penal sino administrativa (*Fallos*: 99:213; *Fallos*: 135:197; *Fallos*, 298:432). Incluso, en la legislación penal aduanera y penal tributaria y previsional, la responsabilidad de las empresas u organizaciones es alcanzada por medidas que representan un carácter distinto del estrictamente penal.

Eso permitió históricamente mantener las diferencias sobre los criterios de atribución y el significado de las consecuencias jurídicas impuestas a esos entes respecto de las personas humanas sujetas al sistema penal.

Precisamente, esa especificidad en el contenido jurídico determinó que no se buscara una asimilación entre la respuesta del derecho administrativo sancionador y aquella que configura la imputación penal, sobre todo en lo que respecta a la noción de comportamiento, dolo y a las instituciones de culpabilidad, retribución y, en definitiva, penas.

Cuando el legislador actual decidió definir como penal la responsabilidad de las organizaciones, puso en trámite los contenidos que constituyen esas nociones e instituciones. Esto viene exigiendo, por un lado, en el ámbito académico, lo que podría señalarse como reacomodamiento del significado de esos fundamentos, con la idea de adaptarlos a la peculiaridad de los entes ideales. Pero, por otro lado, ya en la instancia aplicativa, jurisdiccional, que se deba hacer un confronte entre esa “readaptación” y los principios que legitiman constitucionalmente el *ius puniendi* en sus distintos niveles, incluso procesales.

Por eso, Silva Sánchez (2023) entre otros, ha llamado la atención sobre el “debilitamiento de la noción de culpabilidad” como consecuencia de procurar asimilar la atribución que se hace de esta a la persona jurídica, con el supuesto de la persona humana. En ese análisis crítico, señala que la culpabilidad pasaría de ser un atributo de la personalidad humana a constituir una simple convención o un “constructo” que debe cumplir ciertas funciones de orden instrumental.

Desde esa aproximación se hace evidente que aquello por lo que se intenta cargar de responsabilidad al ente remite al comportamiento que, en verdad, ha exteriorizado alguno de los sujetos que integran la estructura de la empresa. De allí que la idea de una responsabilidad vicarial se muestre como una de las explicaciones posibles, aunque, por lo antes dicho, entre en colisión con alguno de los contenidos del principio de culpabilidad penal, especialmente en relación con la idea de auto responsabilidad.

El debate dentro de la ciencia penal se ha esforzado desde hace décadas en hallar algún modelo que permita superar esa contraposición. De hecho, usualmente, se han propuesto dos esquemas de atribución. En ambos, de todas formas, se aprecian ya algunas de las razones por las cuales la cuestión de la responsabilidad de la empresa guarda relación notoria con la idea de auto regulación y, en particular, con los sistemas de *compliance*.

El primero de esos modelos admite sin más que se trata de una imputación por transferencia, es decir vicarial, que no ha encontrado mayores obstáculos dentro del *common law*. En nuestro medio se habla en tal caso de una responsabilidad por atribución.

El segundo, sobre todo a partir de las críticas en el campo continental de los aspectos vicariales, ha intentado identificar algún título de imputación propio de la empresa, es decir, que se distinga de aquel que alcanza al sujeto físico. Por eso se ha puesto el foco, en esa perspectiva, sobre alguna falla o defeción dentro de la configuración misma de la organización que constituiría un hecho propio o su título específico de imputación, diferente del que presenta el sujeto físico.

Sin embargo, como se deja ver en la propia descripción de los esquemas, en ambos supuestos aparece como base de la responsabilidad lo actuado por la persona humana —directivos, gerentes, operarios, etc.—. En la realidad de los casos donde se enfrenta la cuestión, lo que puede observarse es un mismo hecho que pretende ser atribuido a dos entidades, a pesar de que tiene por fuente originaria al mismo sujeto —persona física—. En consecuencia, lo que se propone como trascendente, aun en el mismo hecho, es que la organización ha defecionado por distintas razones: cultura criminógena del emprendimiento, defectuosa organización y, sobre todo, fallas en la vigilancia del proceso de toma de decisiones y ejecución

de sus integrantes; habilitando —legitimando— así que se cargue sobre esta una cierta responsabilidad que se denominará penal.

La cuestión tiene como *ratio explicativa*, según Silva Sánchez (2008, pp. 129-148) “una falla en la vigilancia de algún órgano de la empresa, constituyendo un defecto organizativo que daría lugar a categorizar la culpabilidad como propia”, aunque en verdad suponga un hecho ajeno, es decir, la omisión de los órganos rectores de la persona jurídica. Por eso, no es posible asimilar las consecuencias jurídicas atribuidas a la organización con lo que expresa la noción de pena dentro de la constitución histórica del *ius puniendi*, como Jakobs se ha ocupado de remarcar (2022, pp. 65-97).

En ese contexto del debate, una parte de la doctrina termina admitiendo las dificultades de la denominación como penal de la responsabilidad de la empresa y de las sanciones como penas. Sin embargo, ha elaborado explicaciones que pretenden evitar la “erosión” del contenido propio de las instituciones penales frente a la organización. Solo a modo de ejemplo pueden identificarse dos análisis que asumen ese escenario, aunque desde perspectivas y consideraciones diferentes.

Por un lado, García Cavero (2023, pp. 40-78) sostiene la responsabilidad de la empresa basada en un hecho propio que, aun sin constituir en sentido estricto un injusto autónomo, “permite identificar una competencia específica de la organización” que resultaría de la falta de control de lo actuado por la persona humana.

Por otro lado, Cigüela Solá (2016) postula lo que denomina “responsabilidad estructural”, que tiene como contenido un contexto criminógeno de interacción de los integrantes de la organización que remite a un proceso acumulativo y múltiple, aunque difuso. Si bien ese proceso no puede asentarse en algún sujeto individual, indica un excedente de aquello que han exteriorizado dentro del caso las personas humanas en particular, esto es, en su individualidad. Ese excedente no es alcanzado entonces por la imputación personal ya que tiene una característica estructural y habilita la responsabilidad del ente. De todos modos, advierte que se trata de un fundamento objetivo, no personal y, por lo tanto, no se puede hablar de culpa ni pena retributiva en la respuesta contra la empresa, sino de sanciones preventivo indirectas. En concreto, se busca incentivar a los administradores para que la organización se mantenga fiel al derecho. De ese modo, las sanciones a la empresa “serían algo menos que una pena, pues no existe culpabilidad, pero algo más que una medida de seguridad”.

Teniendo en cuenta las reflexiones ponderadas en este punto, aunque de distinto perfil y fundamentación, en todas ellas es posible identificar la relación que existe en nuestro tiempo entre la responsabilidad

de la empresa y los sistemas de *compliance*, y en particular, el caracterizado como *compliance* penal. En las líneas de argumentación señaladas, el defecto o fallo organizativo, la cultura criminógena, la falta de una adecuada vigilancia o control de los órganos de la empresa, se resaltan como concurrentes para configurar el título de atribución a la organización. Y es en ese marco que los programas de integridad surgen como un instrumento tendiente a neutralizar esos aspectos que comprometen a la corporación frente al sistema penal.

### **3. Una aproximación a la legislación argentina**

El relevamiento de los términos que han dado impulso a la discusión académica en la materia y que permite relacionar el desenvolvimiento de programas de cumplimiento con la implementación de la responsabilidad de la empresa, sobre todo la que se denomina penal, encuentra correlato y, *sit verbo*: verificación, en la legislación argentina que se busca analizar.

Como sucede en el escenario global, esos programas se postulan operativos ante la atribución de consecuencias a las empresas. No obstante, resulta paradójico observar a nivel comparado que el etiquetamiento sobre la naturaleza de la responsabilidad de las organizaciones ofrece cierta peculiaridad —¿retórica?— dentro del debate. Así, en aquellos ordenamientos que señalan el carácter administrativo de los fundamentos por los que la empresa ha de ser objeto de sanciones, la crítica sostiene —contrariamente— que en realidad la normativa encubre un perfil de tipo punitivo, penal, como serían los casos de las leyes italiana o peruana. Del otro lado, donde el sistema se auto define justamente como de responsabilidad penal de las organizaciones, tal lo dispuesto en Argentina o España, es visto por quienes rechazan esa caracterización como un modelo que en verdad solo puede progresar sobre bases administrativas sancionadoras.

Ante esa paradoja, siempre recuerdo una conferencia de Mir Puig sosteniendo, frente a la expresa cláusula del código español, que él se desinteresaba del *nomen iuris* escogido por el legislador, pues la empresa, desde la ciencia penal que es la que decide el tema, no podía ser más que responsable administrativamente.

Por tanto, más allá de la importancia de la definición de esa responsabilidad en cada caso, resulta pertinente mostrar cómo operan los conceptos e institutos a través de los cuales se concreta la atribución de consecuencias a la organización y cuál es la función que se asigna en esa línea al *compliance*. Dentro del sistema penal argentino, la relación de los programas de cumplimiento con la reacción frente a la empresa se sostiene en dos ámbitos diferentes.

Por un lado, dentro del Código penal, opera como un criterio para ponderar el *quantum* de las consecuencias jurídicas previstas para la organización —art. 304 del CP—. Así en el Título XIII del Libro Segundo del Código, que adopta como bien jurídico el Orden Económico y Financiero, se establecen sanciones a las personas jurídicas en casos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo —arts. 303, 304, 306 del CP— *insider trading* —art. 307 del CP—, actividades financieras ilícitas y en mercado de valores —arts. 309 al 311 del CP— corrupción en entidades financieras y del mercado de valores —art. 312 del CP—.

En el Código Penal no se hace referencia a la naturaleza de la responsabilidad de la persona de existencia ideal, más allá de que se cargue sobre esta *los delitos que se hubieran realizado en su nombre, o con su intervención, o en su beneficio*, con la consiguiente aplicación de sanciones a la organización —arts. 304 y 313 del CP—. En el balance de esas sanciones se deberá tener en cuenta, por ejemplo, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y participes en el delito, el daño causado, el monto de dinero involucrado, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Por otro lado, la ley 27.401 establece expresamente lo que denomina responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque de modo limitado en razón del elenco de delitos para los cuales se aplica y que en buena parte señalan un nexo con la corrupción de funcionarios públicos. Así, opera en los casos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional —arts. 258 y 258 bis CP—, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas —art. 265 del CP—, concusión —art. 268 del CP—, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados —art. 268 1 y 2 CP— balances e informes falsos agravados —art. 300 bis CP—.

Esa responsabilidad de la organización surgirá, básicamente, cuando esos delitos se hubieran realizado —directa o indirectamente— *con su intervención, en su nombre, interés o beneficio* —art. 2—. Incluso, se prevé esa responsabilidad, si se tratara de un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. De modo tal que solo podrá eximirse de ese vínculo en los casos donde el sujeto humano que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la organización.

El art. 3 de la ley enfrenta una de las dificultades que históricamente se han señalado como óbice para sostener la responsabilidad penal de los entes ideales. Esto es, su falta de unidad de conciencia que muestre su estabilidad, identidad y permanencia temporal. Por eso, el legislador ha dispuesto una cláusula de “responsabilidad sucesiva” con dos niveles de opera-

tividad, con la intención de superar las consecuencias en la praxis empresaria de esa situación. Pero, claro está, no como solución científica aceptable del tema.

El primero, se suscita en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, donde dispone que la responsabilidad es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente. Criterio que naturalmente carece de justificación sólida en la comprensión penal de la culpabilidad de las personas humanas, donde la personalidad de la pena es un obstáculo para que la responsabilidad trascienda del sujeto a terceros.

El segundo nivel, atiende a una situación fraudulenta. Pues prevé que la responsabilidad penal subsiste cuando de manera encubierta o meramente aparente, la organización continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

En esta ley, la existencia de programas de cumplimiento adquiere una función particular pues permite, dadas ciertas circunstancias, eximir de sanciones a la empresa, incluyendo las de orden administrativo. No hay duda entonces de la relación predicada dentro del debate académico entre la adopción de programas de integridad, identificados como *compliance* y la responsabilidad de las organizaciones, sobre todo la señalada con naturaleza penal —art. 9—.

Al mismo tiempo, se muestra dentro de la ley 27.401 otra caracterización ya remarcada en la discusión, no solo científica, sino también de Política criminal, ya que el legislador ha establecido en el art. 6 de la norma cierta independencia de acciones dirigidas contra la persona jurídica respecto de aquellas ordenadas contra la persona humana. Para eso dispone que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Ya el uso mismo de la noción de tolerancia expresa una defeción en los mecanismos de *due diligence* que regulan el desenvolvimiento de la organización y que si bien pueden estar precisados en normas societarias o penales —lavado de activos— instituyen un compromiso sobre la gestión de los riesgos peculiares del emprendimiento, cuya identificación y control aparecen básicamente en la construcción de los programas de cumplimiento.

#### **4. El *compliance* frente a la caracterización del contenido material de la responsabilidad de la empresa**

De lo antes expuesto se infiere que la justificación de la responsabilidad del ente encuentra explicación en

una configuración “interna” que incentiva o facilita la contradicción con los deberes frente al orden jurídico, aunque los comportamientos concretos, en realidad, sean ejecutados por los agentes que componen su organigrama. Puede observarse, como remarca Silva Sánchez, “un potencial criminógeno de sesgos cognitivos y dinámica de grupo”, favorecidos por el anonimato, concepciones erradas de lealtad y pautas informales de comportamiento (Silva Sánchez, 2022, p. 165).

Por eso, el escenario al que cabe atender implica la posible concurrencia, por una parte, de incentivos de actuación ilícita dentro del desarrollo del emprendimiento, como sucedería en casos de una estructura deficitaria y vulnerable a las irregularidades, una cultura corporativa criminógena, en razón de la facilitación —tentaciones— de motivaciones por el ilícito, la desorganización y carencia de controles y el obscurecimiento sobre los roles y competencias de los sujetos.

Y, por otra parte, se aprecia en consecuencia, la necesidad de elementos que desincentiven esa posible orientación, neutralicen la motivación ilícita y terminen modificando y promoviendo una adecuada cultura: en este caso, de fidelidad al derecho de los integrantes de la corporación. Esto es posible en la medida que la empresa implica, en su constitución, “un medio de socialización y de interiorización de códigos de conducta” que hacen a las predisposiciones de las personas humanas que interactúan en ese ámbito laboral, como ha mostrado Agustina Sanllehí (2010, pp. 54-55).

La caracterización entonces de ese campo de intervención es de naturaleza regulatoria, pues se concreta fundamentalmente a través de protocolos de actuación, códigos de ética, estándares de comportamiento, no solo internos, sino también, sobre todo, en relación con terceros: proveedores, clientes, profesionales, empresas, funcionarios públicos etc.

Los programas de cumplimiento se exhiben, así como un esquema de auto regulación empresarial, más allá de exigencias normativas que la autoridad pueda disponer para su constitución, esto es, en definitiva, de una auto regulación regulada. Como tales, los contenidos del *compliance* no configuran un mero recordatorio de la legislación penal, aunque puedan integrar necesariamente aspectos reclamados por alguna normativa particular —lavado de activos o financiación del terrorismo, por ejemplo—. En la praxis, los programas deben operar en los posibles “prolegómenos” de las conductas orientadas a injustos penales.

Puede decirse entonces que caracterizan un elenco de incumbencias, esto es, de criterios que se ordenan a facilitar o asegurar el bloqueo de orientaciones anti-jurídicas. Esas reglas están a los flancos de decisiones

de talante ilegal, actúan con una cierta capacidad de adelantamiento. Incluso, tienden a contener o contrarrestar sesgos que se supone, pueden presentarse en el inicio de la decisión ilícita; no como simples errores de apreciación (Gigerenzer, 2018) sino como formando parte de la personalidad de directores o gerentes (Tversky y Kahneman, 1974) por ejemplo, de sujetos *overconfident*.

Sin embargo, no solo han de incorporar estándares que podrían tener una función "negativa"; también han de atender a lo que desde hace un tiempo se denomina *nudges*, (Thaler y Sunstein, 2021) es decir, impulsos —empujones— que acomodan, sin quitar libertad, en la toma de decisiones correctas. Se caracterizan entonces como incentivos "positivos" que, en los espacios corporativos, responden a una racionalidad particular. En nuestro tiempo, esa racionalidad no está meramente dirigida al *profit*, sino también a la preservación del contexto que rodea al sistema empresario. En concreto, no aparece orientada exclusivamente a la maximización del beneficio —*wealth maximization*— y satisfacción de los propietarios, socios o accionistas —*shareholders*— aunque estos sean sus objetivos fundamentales, como remarca Bainbridge (2010). Hoy suele sumar otros aspectos —medioambientales, producción sustentable, educación— que se vinculan con los *stakeholders*, según ha mostrado Stout (2008) y que hacen en buena medida a su reputación.

De esa forma, esos indicadores —normas legales e incumbencias— pasan a formar parte de la *due diligence* que resulta una exigencia particularmente dirigida a directores y gerentes, y cuyo comportamiento se analiza a partir de la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, como establece el art. 59 de la ley de sociedades argentina. En términos de relevancia penal, se integran al contenido de su competencia, que es la fuente por la cual será juzgada penalmente la actuación de los sujetos implicados.

Los directores y la alta gerencia son alcanzados por deberes que imponen una cierta proactividad que, llevada a la praxis penal, supone en muchos casos, poner entre paréntesis las reglas del principio de confianza. Es más, se suele hablar a partir de la *due diligence*, del principio de desconfianza que reclama de esos niveles de dirección —también de distintos profesionales— avanzar sobre la obtención de información, verificación de las calificaciones de proveedores, empresas asociadas y la observancia y respeto sobre ciertos valores medio ambientales, de trato humano etc. En definitiva, esos estándares incorporan a la esfera de competencia de altos directivos de la empresa obligaciones especiales de cara al control sobre la legalidad y legitimidad de la actividad o negocio planteado.

Por eso, mientras el comportamiento leal de los directores demanda descartar todo conflicto de intereses y

procurar el beneficio de la organización, la diligencia requiere un actuar prudente, contar con la debida información que impone la situación y atenerse a los esquemas de vigilancia y control dispuestos. Uno y otro aspecto hacen a la valoración de la buena fe con la que debe desenvolver su actividad el *high level* de la corporación. En términos del derecho comparado, expresan *the duty of care* y *the duty of loyalty* (Gold, 2007) que si bien pueden estar fundamentalmente determinados por la legislación societaria y las actas concretas donde se distribuyen competencias, también incorporan reglas específicas surgidas del programa de integridad.

De todos modos, como ya se adelantó, más allá de esas funciones de regulación interna, la existencia de *compliance*, por disposición normativa, opera como una barrera de contención ante la posible atribución de responsabilidad a la organización. En concreto, evitaría cargar con las consecuencias jurídicas que la legislación prevé para esos casos o, al menos, para limitar su impacto —arts. 8 y 9—. Es decir, que, al objetivo de formular incentivos y desincentivos a través de los programas, se suma que su constitución y aplicación permita que la empresa pueda eximirse de sanciones a pesar de haberse identificado un hecho ilícito. Se trataría, en principio, de una causa de no "punibilidad" ya que la ley habla de exención de pena.

Desde esa aproximación general han de interpretarse los requerimientos que la ley 27.401 impone a los programas de integridad que deben adoptar las organizaciones que interactúan y negocian con el Estado —arts. 22 y 23— y la cláusula de exención expuesta en el art. 9.

## 5. Las exigencias legales de los programas de cumplimiento

### 5.1. La orientación básica del *compliance*

Si bien la actividad empresarial está connaturalmente vinculada a riesgos, el punto de partida de los programas de cumplimiento es la identificación de aquel tipo de riesgos que pueda poner en crisis el respeto a las regulaciones y estándares que enmarcan el objetivo del emprendimiento. En esto, además, se juega la reputación corporativa.

En consecuencia, una correcta actividad de *compliance* no se mueve en un plano de abstracción, sino que debe descender a la especificidad de los escenarios por los que transita la corporación en búsqueda de sus objetivos. Dicho de modo sencillo, no son asimilables los riesgos que se presentan en una explotación minera de aquellos que aparecen en el mercado financiero, de la producción de medicamentos, de provisión de sistemas de inteligencia artificial o de uso intensivo de mano de obra humana.

Más allá de estándares universales de buen gobierno, es necesario que esos programas señalen *red flags*

propias de cada actividad, sobre todo frente a negocios con la administración pública o estatal. Esto resulta aún más acuciante si se pone en relación con la posible reacción del sistema penal, ya que desde esa perspectiva es importante mostrar la distinción entre riesgos jurídicamente aceptados y aquellos que son penalmente inaceptables.

Sobre esa ponderación reposará, a la postre, el progreso o no de la posible imputación a la organización y de aquellos integrantes que, por su competencia, puedan considerarse que han intervenido en el ilícito. Intervención que, cabe acotar, no requiere que sea de “propia mano”, sino que se refiere a una competencia de carácter normativo, ya que expresa un haz de facultades y deberes que descansan en determinados sujetos según su rol dentro de la estructura de la organización.

En esa estructura, la delegación de funciones, encargos o actividades puede resultar un presupuesto idóneo para determinar posiciones de garante en individuos que, “sin poner sus manos” en el asunto, tienen un dominio normativo que los hace responsables por omisiones de provisión, control o vigilancia de aquellos que, en el campo empírico, han sido ejecutores del suceso. Además, vale recordar los supuestos de delitos especiales propios o de infracción de deber que se relacionan con determinado círculo —cerrado— de sujetos sobre los que recae las responsabilidades sobre lo acontecido.

Si bien por regla, la relación entre los socios y los directores no se interpreta penalmente como una delegación, esta transferencia de competencia resulta usual, por el contrario, en la relación entre los directivos y la gerencia; incluso, dentro de esta última, entre los diferentes niveles de gerenciamiento. Esta situación jurídica tiene notorias implicancias en cuanto a la determinación de deberes de control, vigilancia, provisión de medios e información.

En esa perspectiva, identificados los riesgos, valorada su diversa intensidad y señaladas las áreas que de modo particular los enfrentan —competentes— el programa debe avanzar con ciertas distinciones de importancia para la evaluación de los comportamientos de sus miembros. Y esto, tanto hacia el interno de la organización empresarial como sobre aquellos que pueden trascender desde ese sistema hacia fuera, es decir, hacia el análisis de autoridades administrativas o de carácter jurídico penal.

Por eso, Pastor Muñoz (2022, pp. 812-816) muestra que en los programas de cumplimiento se encuentran “dos clases de normas de conducta”. Las primeras tienen por objeto posibles comportamientos cuyo deber de omisión se justifica por estar en las proximidades de previsiones alcanzadas por los tipos penales —lavado de activos, corrupción, etc.—. Las otras, en realidad, indican la expectativa que plantea

la organización respecto del modo de conducirse de sus integrantes. Esto requiere la remisión a roles y esferas de responsabilidad de distinta naturaleza. De allí que los protocolos, guías y códigos de conducta presenten distintos criterios y estándares en cada supuesto. Unos dirigidos a neutralizar la proximidad delictiva, con imposición de obligaciones de vigilancia y control; otros ordenados a un gobierno racional, eficaz y correcto a través del respeto de protocolos, incumbencias y modo de interrelación.

## 5.2. Los señalamientos históricos del *compliance*

La forma en que la legislación argentina caracterizó los programas de *compliance* y sus diversos requisitos exhibe buena parte de los criterios con que se reaccionó a nivel global frente a las grandes crisis padecidas a principios del siglo. Tanto las graves falencias detectadas en los mecanismos de control, incluidos el sistema de *compliance* y código de ética, los fraudes, la manipulación de la información y de la auditoría durante la investigación del caso Enron —su bancarrota— (2001) cuanto, poco tiempo después, en la quiebra de Lehman Brothers (2008) que mostró la falta de adecuado aseguramiento y vigilancia de los negocios financieros —prestamos e hipotecas *subprime*— son referencias insoslayables, históricas y técnicas, para explicar la cuestión.

En ese marco, el art. 22 de la ley 27.401 identifica a los programas de integridad como el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. Sobre esa base, en el art. 23 se diferencia entre los contenidos indisponibles para los programas, de aquellos que solo se proponen o aconsejan.

Entre los primeros, el *compliance* deberá contener en argentina: a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley, b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público y c) Capacitaciones periódicas sobre el Programa de integridad a directores, administradores y empleados.

Por un lado, el código de ética y la formulación de protocolos aparecen remarcados en el acta del Senado de los Estados Unidos conocida como Sarbanes-Oxley (SOX, 2022). El especial acento puesto en las características que debe exhibir la función de auditoría de modo de asegurar la transparencia frente

a las autoridades y la protección de los inversores, muestra la relevancia de los controles, la ética e independencia en esas actividades. Tiempo después, la denominada *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Dodd-Frank Act del 2010) remarca aspectos técnicos, éticos y de procedimientos internos. En lo que aquí interesa, en la Secc. 748 y 922, se propone y valora el aporte del mecanismo de *whistleblowing*, donde el *whistleblower* es definido como el sujeto que proporciona información relativa a la violación de reglas que establece la Comisión y que deben ser atendidas por las corporaciones y entidades financieras. Postula incluso incentivos y brinda estándares sobre el peso que debe tener la información aportada para proceder.

Por otro lado, las reglas del *Treadway Commission* (COSO)—*Comitee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission*— a través de sus distintos programas (I, II, III) se caracterizan por su relevancia técnica, desarrollando especialmente criterios que deben adoptarse en materia de control interno e identificación de riesgos, sobre todo de naturaleza contable y financiera para detectar posibles fraudes y reforzar la transparencia en la gestión.

Esos objetivos demandan la elaboración de modelos de gestión dentro de un ambiente de control y seguimiento, que tienen como eje central la evaluación de los riesgos propios de la actividad que desenvuelve la organización. De allí que deban adoptarse, como lo exige el art. 23 de la ley argentina, protocolos internos, procesos y estructuras de funcionamiento y supervisión. Por eso, se destaca que la cuestión central gira en torno a un adecuado reconocimiento de los riesgos y su ponderación e impacto en el desenvolvimiento de la empresa, sopesando grados, probabilidad de acaecimiento y contingencias que, en definitiva, será lo que permita neutralizarlos o reducirlos.

Naturalmente, la existencia de los programas de cumplimiento no implica *per se* que los *out put* ilícitos desaparezcan, mucho menos si se piensa que basta con un buen manual de prácticas y reconocimiento de valores éticos para lograr esos fines. En realidad, el *compliance*, a través del código de ética y los protocolos internos, debe asumir que se desarrolla en un complejo escenario de interactuación de personas, a las que intenta comprometer en el respeto por la integridad y los valores morales, para lo cual, la ejemplaridad de la alta dirección tiene un peso significativo —*tone at the top*—.

Además, no puede olvidarse que la información a partir de la cual se elaboran esos instrumentos está sometida a la dinámica natural de las relaciones internas y externas en las que se inscribe el emprendimiento. Las actividades de control, los cambios en la segregación de funciones —sobre todo de hecho, sin perjuicio del organigrama— que dispone la gerencia y las modificaciones en la regulación que surge de la

actividad administrativa estatal, obligan a someter a reconsideraciones y reevaluaciones los contenidos de esos procedimientos.

Las capacitaciones periódicas sobre esos aspectos se ordenan al efectivo conocimiento de los integrantes de la corporación en todos sus niveles, promoviendo así el compromiso en el seguimiento del código de ética y la operatividad de protocolos y guías de procedimiento y actuación. Sin embargo, desde la óptica penal, esa actualización informativa que incluye la clara comprensión sobre valores y las exigencias procedimentales, jugará un rol importante en la ponderación sobre una posible imputación subjetiva frente a un hecho ilícito. En tanto la atribución de un obrar doloso depende en buena medida de la información o conocimiento concreto o debido que posea el sujeto sobre lo que se debe hacer u omitir, esas capacitaciones han de ser tenidas en consideración para evaluar la evitabilidad de errores o ignorancias alegadas por los individuos competentes. En los hechos, condicionará el progreso de esa defensa.

Sobre todos esos aspectos, la ISO 37301 que atiende a la naturaleza y funciones del *compliance*, remarca que lo propio de este es la supervisión, ya que de suyo no tiene poder o competencias decisorias a menos que actúe en rol directivo. Una consecuencia con relevancia penal en ese punto es que el oficial de cumplimiento por regla no es garante de que no ocurran comportamientos ilícitos en la organización de modo que lo ubique en la línea de imputación si esos se verifican. La función del *compliance* es supervisar el giro del programa, su performance, el acceso al conocimiento de los integrantes de la organización y la evaluación de su cumplimiento.

La conclusión fundamental de esos criterios será entonces que los programas atienden a una correcta y eficaz identificación de los riesgos que toma la empresa en sus objetivos particulares y los mecanismos para enfrentarlos, reducirlos y gestionarlos, de tal modo que facilite la detección de irregularidades en la actividad del staff. De hecho, ya en su momento, la ISO 19600, distinguía entre incumplimientos, que advierten sobre un apartamiento de las reglas que puede dar lugar a un ilícito y acciones que meramente no resultaban conformes con los procedimientos de la empresa, sin alcanzar una orientación delictiva.

## **6. Algunos contenidos que la normativa aconseja integrar a los programas de cumplimiento**

Como ya fue advertido, el art. 23 de la ley 27.401, además de establecer contenidos indisponibles en la formulación del plan de *compliance*, propone o aconseja, a través de distintos apartados, otros mecanismos útiles para configurar un instrumento que no debe quedar en una mera presentación cosmética.

El primero de estos, precisamente, se refiere al análisis periódico de riesgos, pues se tiene en cuenta la dinámica propia, tanto de los objetivos específicos de la empresa, como las modificaciones de su entorno, fáctico y legal. De allí la finalidad de que esos cambios impacten en el programa de integridad que deberá adaptarse a los mismos y mostrar su efectividad (apartados I, VIII y X). En ese marco, la actividad regulatoria, nacional e internacional presenta un desafío particular, ya que incluso criterios o estándares que surgen del ámbito calificado como *soft law*, pueden exigir, desde la *due diligence*, el reacomodamiento de protocolos y procedimientos internos. Baste en ese sentido exemplificar con exigencias sobre medio ambiente, deforestación, *cruelty free*, contribución al ODS, que hacen a la reputación de la organización pero que también pueden resultar una reivindicación en el intercambio de mercado y negocios.

Si bien suele presentarse con sentido dialéctico la opción entre *profit* o ganancias y atención y cuidados sobre fines sociales o del entorno ambiental, lo cierto es que la solicitud sobre estos últimos puede formar parte del modo en que la empresa se presenta ante la sociedad —no solo frente a sus inversores, socios o accionistas—. Esta imagen o reputación aporta en la realidad un “valor” a la corporación en general y, sobre todo, a sus marcas o productos por la carga simbólica que pueden exhibir.

En esa línea aparece en los apartados VI y VII, la importancia de adoptar procedimientos que permitan comprobar la integridad y trayectoria de terceros o socios, proveedores, prestadores de servicios o agentes en el momento de evaluar la contratación de servicios en la relación comercial. Desde los aspectos antes señalados, ciertos proveedores o prestadores de servicios pueden quedar fuera de los estándares con los que la empresa se presenta en las relaciones de mercado y comerciales, ya que entrarían en contradicción con los valores asumidos.

A partir de esos escenarios se entiende el reclamo (apartado II) de un visible e inequívoco apoyo del *high level* al programa de integridad. Las decisiones del directorio y la gerencia entonces, deben consultar esos criterios que dan consistencia a la cultura de la empresa y se expresa en su externalización.

De todos modos, por el impacto que han de tener en la cláusula del art. 9, b) de la ley sobre la posible exención de sanciones para la empresa, cabe atener a los apartados II, IV y V. En ellos se hace mención a la existencia de canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; la consiguiente protección de denunciantes contra represalias y, finalmente, la elaboración de 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.

Así, la constitución de un mecanismo de *whistleblowing* aparece como un elemento que brinda concreción al programa pues facilita, no solo el seguimiento sobre la eficacia del mismo, sino que además asiste a la operatividad del sistema de investigaciones. Desde esos presupuestos puede surgir el *self reporting* que es una exigencia de la exención antes mencionada.

## 7. El reconocimiento del *whistleblowing*

El incentivo para que integrantes de la empresa señalen irregularidades o fallas dentro de la actividad, explica Ragués i Valle (2013, p. 88) es una muestra de las dificultades que encuentra en esos ámbitos de organización la identificación de comportamientos antinormativos y, sobre todo, de la fuente de la que estos surgen. El entramado de relaciones laborales y personales puede oscurecer el origen de las fallas que en ciertos casos son el prolegómeno o, directamente, un *out put* delictivo. Más allá de cuestiones culturales que condicionan la decisión de los individuos de advertir —denunciar o delatar— al área de *compliance* o a las propias autoridades de la empresa, esas irregularidades, no puede obviarse la ponderación que hace el propio sujeto sobre las posibles consecuencias negativas que podrían recaer sobre él por dar noticia del hecho. Estos aspectos han sido tenidos en cuenta a nivel comparado para trazar el diseño de esta herramienta de control.

Ya se recordó que el *whistleblowing* fue postulado en su momento por la SOX. Sin embargo, desde entonces, su importancia ha crecido significativamente y ha merecido disposiciones de soporte legal. Mínimamente, los canales de denuncia deben ser puestos en conocimiento y a disposición de los miembros de la empresa, aunque sea a través de sistemas sencillos de correo electrónico o comunicaciones internas deformalizadas.

Lo peculiar de este recurso reside en que aparece integrado al interno mismo de la estructura organizativa sin que el individuo tenga actividad como auditor o vigía, tiene trato directo con los procesos y funciones y, por lo tanto, alcanza una información o percepción difícilmente obtenida por otras vías. Puede tratarse de alguien que ha visto, oído o verificado, algún indicio o comportamiento que entra en colisión con lo establecido en el código de ética, los protocolos de la empresa o, directamente, con las propias normas penales.

En consecuencia, la necesidad de protección de esos agentes —*whistleblower*— debe explicitarse y trascender aquello que establezca la legislación laboral. Repárese, en este punto, la importancia que en el programa de integridad se precisen todos estos aspectos ya que ese agente, al ser parte de la estructura misma de la corporación esta alcanzado por deberes de lealtad, buena fe y confidencialidad.

En ese marco ha de entenderse la preocupación y exigencia expresada, dentro de la Unión Europea, a través de la Directiva (UE) 2019/1937, que, si bien atiende a denuncias públicas, busca incentivar que las personas se valgan primariamente de los canales internos que deben habilitar las empresas, tanto para información oral como escrita.

Entre las garantías que alcanzan al informante, señaladas en la norma, aparece el impedimento de toda forma de represalia —despido, degradación, intimidación e inclusión en listas negras— la facilitación de acceso a un asesoramiento independiente y asistencia jurídica de conformidad con las normas de la UE y, en particular, ciertas medidas provisionales o de inmunidad frente a posibles infracciones de las cláusulas de confidencialidad de sus contratos.

Por eso, en el apartado 43 se sostiene:

una prevención efectiva de las infracciones del Derecho de la Unión exige que se conceda protección a las personas que faciliten información necesaria para revelar infracciones que ya hayan ocurrido, infracciones que no se hayan materializado todavía, pero que muy probablemente se vayan a cometer, actos u omisiones que el denunciante tenga motivos razonables para considerar infracciones, así como intentos de ocultar infracciones.

En esa directiva se postula además la necesaria ponderación sobre la naturaleza y contenido de la información entregada por la persona. Si bien considera justificada la protección para las personas que no aporten pruebas concluyentes, pero al menos supongan sospechas razonables, descarta esa garantía en los casos en que esa información ya sea pública, este disponible, o sea producto de rumores no confirmados.

El objeto de denuncia resulta en esa normativa de notoria amplitud, pues atiende a la contratación pública, servicios, productos y mercados financieros; prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, la seguridad en materia de productos, del transporte, sistemas de información, nuclear, alimentaria, sanidad animal, salud pública, protección del medio ambiente, gestión de residuos químicos, infracciones que afecten a los intereses financieros de la UE, el mercado interior y la competencia.

## 8. La eximente de “pena” a la empresa

El art. 9 de la ley 27.401 exige como condición para que la persona jurídica pueda obtener la exención de pena e, incluso, de responsabilidad administrativa, la demostración de que cumple con una serie de requisitos que han de concurrir simultáneamente. En ese marco se destaca no solo la devolución del beneficio obtenido por el delito sino, además, la actuación eficaz en su señalamiento por parte de la

actividad de *compliance* y la decisión de la empresa de autodenunciarse.

Estos aspectos mencionados en la legislación argentina se encuentran ya atendidos en su momento dentro del Capítulo 8 del *Guidelines Manual*, que está orientado a fijar lineamientos de ponderación de consecuencias jurídicas e institutos aplicables a las organizaciones. El presupuesto de esos indicadores, en lo que aquí interesa, es contar con un *effective Compliance and Ethics Program*, como criterio fundamental a la hora de evaluar la responsabilidad de la organización —8 B21—. De allí se sigue la relevancia de la reacción de la empresa frente a la advertencia del ilícito Part B1.1 y B1.2, por eso se enfoca en las víctimas y la necesaria reparación de daños. En esa perspectiva aparece el *self reporting* como sustancial de cara a la posible concesión de una *probation* o reducción de la sanción. Ese comportamiento exhibiría así la colaboración de la empresa con las autoridades y el propio reconocimiento de la ilicitud de lo actuado.

La normativa argentina toma en cuenta esos elementos, por un lado, en el art. 8 para graduar las sanciones. De esa forma los jueces han de considerar, entre otros criterios, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia.

Por otro lado, ya en punto a la exención de pena, el recordado art. 9 reclama para el progreso de esa presentación que la empresa: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervenientes en la comisión del delito y c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

El análisis de esas exigencias deja ver que si bien el primer punto establecido es la denuncia espontánea del delito —*self reporting*— esta debe tener por origen la actividad interna de la corporación. Esto muestra, una vez más, la relación del *compliance* con la decisión Político criminal de responsabilizar en un sentido etiquetado como penal a la persona jurídica. Esa finalidad a su vez se sostiene en la formulación de una autorregulación que permita que, detectado el ilícito, sea denunciado y, al mismo tiempo, que la empresa tenga la posibilidad de eludir las consecuencias punitivas.

La calidad del programa de integridad, que se relaciona con la configuración del *compliance*, se vincula con una cláusula a la que recurre el legislador para neutralizar una elaboración meramente formal o cosmética de esos programas. En el texto argentino, el estándar valorativo viene establecido a través de la demostración de que el ilícito violatorio de esos controles, *exigió un esfuerzo de los intervenientes en su comisión*.

Como enunciado valorativo, la mención del esfuerzo expresa un contenido sumamente abierto a la ponderación jurisdiccional ya que, de suyo, no surgen pautas de referencia que habiliten normativamente indicadores o marcadores de intensidad del empeño comprometido para la realización ilícita.

Sin embargo, una pauta que puede concurrir en ese balance viene dada por la noción de tolerancia de la empresa frente a la observación de irregularidades de cara a los programas de integridad. Ese dejar hacer expresa, como ya se dijo, una omisión de reaccionar adecuadamente y, en tanto tal, una falta de compromiso de la alta dirección en el control y respeto de aquello que disciplina la actuación —cultura de fidelidad a las normas— de la organización.

De todas formas, la concreción o demostración del esfuerzo reclamado por la ley, en buena medida, quedará sujeta a la hermenéutica de la jurisprudencia, que señalará a través de sus decisiones los baremos a considerar o, en su caso, dentro de un sistema acusatorio, lo que el Ministerio Público Fiscal elabore a tales efectos.

Ya en punto a la devolución del beneficio obtenido, la cuestión se emparenta con el instituto de la reparación ya que aun sin indicar la satisfacción de la víctima, ese reintegro no puede obviar el daño padecido en ciertos supuestos por quienes han sido alcanzados por el delito. En el caso argentino, como la responsabilidad penal de la empresa se relaciona de manera especial con la actividad de los funcionarios estatales, esa devolución por regla implicaría satisfacer la afectación de las cuentas públicas. En ese punto, el art. 10 de la ley habilita el decomiso de acuerdo con las regulaciones del Código Penal.

## 9. La posibilidad de un acuerdo de colaboración con la Fiscalía

Precisamente, las atribuciones de los fiscales dentro del sistema aquí previsto habilitan para que estos puedan llegar a un acuerdo de colaboración eficaz con la empresa, sujeto a exigencias que impone el art. 16 de la norma.

En la ley se indica que la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de

sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito. Ese acuerdo se podrá celebrar hasta la citación a juicio de la organización.

Sin embargo, a través de los arts. 17 y 18 de la ley se establece la confidencialidad de la negociación y la información que allí se incorpore. El acuerdo deberá considerar las características de la información, datos o pruebas a las que se sumaran diversos comportamientos a los que se obliga la persona jurídica. Entre esos se destaca pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido para el hecho, restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito y abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena.

La fiscalía también podrá acordar según las circunstancias, la realización de acciones necesarias para reparar el daño causado, prestar un determinado servicio en favor de la comunidad, aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo y, en su caso, implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

Este acuerdo de colaboración, de todos modos, queda sujeto al control jurisdiccional —art. 19— que evaluará la legalidad de lo pactado, pudiendo aprobarlo, observarlo o rechazarlo.

Como garantía para la persona jurídica, en caso de rechazo, las pruebas e informes presentados no podrán ser presentadas en el juicio, al menos que la Fiscalía hubiera llegado a ellas con independencia del aporte de la organización —art. 20—.

## 10. La naturaleza jurídico penal de estos institutos

Por fuera de estos aspectos que surgen de la praxis aplicativa de la norma, la exención de pena a que habilita el art. 9 o, el acuerdo de colaboración eficaz, plantean en el análisis de la ciencia penal una serie de cuestiones que deben tomarse en cuenta.

El marco jurídico en que las mismas deben integrarse es el que corresponde a los casos de solución *post delictual*, es decir, de neutralización de las consecuencias sancionadoras por algún comportamiento del agente *ex post* del delito. En términos concretos, cuál es la *ratio* técnica que habilite, ya ejecutado el ilícito —la propia tentativa incluso ya recibe esa caracterización antijurídica— la exención de la pena prevista para el hecho.

Aquí entran en consideración, entre otros aspectos sustanciales, la finalidad de la sanción penal —que hace a su justificación— y la relación de la responsabilidad con esas consecuencias. Dentro del elenco de institutos que posibilitan esas decisiones aparecen distinciones relevantes.

Baste señalar que las cláusulas aquí estudiadas no se igualan con aquellas relacionadas con la inexigibilidad fundada en situaciones dilemáticas para el sujeto y que “pueden poner en crisis la legitimidad de la respuesta punitiva del Estado frente al incumplimiento de la norma de comportamiento” (Yacobucci, 2021, p. 74)

Las discusiones sobre estos temas llevan a recordar el debate histórico sobre el motivo por el cual el desistimiento de la tentativa faculta la neutralización de la pena. Esa referencia tradicional, le permite a David (2009, p. 37) analizar críticamente la idea del “puente de oro” que se le da —con criterios preventivos— al delincuente para no consumar —agravar— el curso lesivo, volviendo sobre sus pasos. De contrario, y con criterios que estimo aplicables en nuestro escenario normativo, David explica que la impunidad del desistimiento se basa en que “aparece como subrogado o equivalente funcional de la pena”, pues cumpliría la misma función que esta: restablecer la vigencia de la norma defraudada. (pp. 115 y ss.)

En una aproximación con cierta analogía, Montero expone en su estudio de los equivalentes funcionales de la pena (2023, pp. 171-175) que un determinado comportamiento posterior al injusto culpable precedente solo “puede considerarse funcionalmente equivalente al deber de soportar la punición si este constituye, al mismo tiempo, una reacción comunicativamente vinculada a ese delito”.

A mi entender, entre los supuestos que pueden guardar cierta familiaridad con los expuestos en la ley argentina, aparecen la regularización tributaria, la confesión y la reparación, aunque, en este último caso, Montero considera que sería un equivalente funcional solo parcial, pues no alcanza a su criterio a materializar en la misma medida la punición.

En ese escenario de análisis, Silva Sánchez considera respecto de la legislación española, que el impacto del *compliance* en la ponderación de la naturaleza del riesgo empresario y las consecuencias para la organización de una configuración eficaz de este instrumento, muestran que el legislador parte de la idea de que existe un estado de cosas dentro del emprendimiento de cierto descontrol.

A su criterio, “tanto el estado de cosas de descontrol como el estado de cosas de control, por regla, son imputables a una multiplicidad difusa —en términos tanto sincrónicos, como diacrónicos— de personas físicas”. De esa forma, esas situaciones no son atribuibles a ninguna acción u omisión en concreto, sino “a la interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de las personas físicas que se integran en los diferentes órganos de la empresa”. Esos estados de cosas se asocian entonces a la persona jurídica. La adopción del *compliance* —adecuado— crea un modelo de prevención que cumpliría así con las expectativas que cabe dirigirle a la empresa en cuanto

a la evitación del delito. Su ponderación valorativa reside, según Silva Sánchez, en que excluye el disvalor objetivo del estado de cosas favorecedor del delito por parte de la organización y justifica la eximente (2018, pp. 236-248).

Se muestra entonces que el fundamento jurídico penal de la función eximente de sanciones a la empresa, que la legislación le otorga a la existencia de un adecuado y serio programa de prevención, integridad o, en términos generales, de *compliance*, se encuentra en la equivalencia funcional y comunicativa que adquiere respecto de la penalización. De allí la conexión que este instrumento debe demostrar con la advertencia del ilícito por parte de la propia organización y su auto denuncia a las autoridades, más allá de la reparación del daño.

## 11. El problema de las investigaciones internas de la empresa

La espontaneidad de esa autodenuncia de la empresa, antes señalada como requisito de la eximente de pena, al estar vinculada por la norma con los procedimientos internos, debe ser motivo de atención dentro del marco de *compliance*; ya que ha de preverse que de las constancias de esos procedimientos surjan los indicadores de delitos que habiliten la presentación de la propia organización ante la jurisdicción o la fiscalía.

En consecuencia, en ese escenario, aparece una serie de importantes exigencias para la configuración de esa instancia programática. En primer lugar, la naturaleza y extensión de las garantías que han de acompañar el procedimiento, donde concurrirán declaraciones, documentos, injerencias en ámbitos que, si bien se integran al espacio laboral, no por eso dejan de ser alcanzados por la protección constitucional de la privacidad e intimidad de las personas involucradas.

Parte de esas cuestiones, al mismo tiempo, reclaman definir el estatus jurídico de quienes son convocados a dar explicaciones o brindar información. Baste en ese punto con señalar que, además de cuestiones relacionadas con la garantía de no auto incriminación, es importante determinar si quien concurre, actúa como representante de la empresa o como sujeto que solo se desempeña laboralmente sin un rol decisivo. Al mismo tiempo, esas distinciones también pueden operar en relación con el reclamo de aportes documentales y, en especial, con la posibilidad de injerencias dentro del proceso, en los soportes técnicos e informáticos del sujeto. Dicho en otras palabras, cuánto de la intimidad de este, está limitada por su inserción funcional o rol dentro de la estructura.

Ya en un campo específico, habrá que considerar los deberes profesionales de quienes operan dentro mismo de la organización o aportan externamente al emprendimiento. Esto muestra una especial sen-

sibilidad cuando se atiende a los deberes de secreto profesional de los abogados, sobre todo de aquellos que son parte de la corporación —*lawyer in house*—. En definitiva, cuándo están obligados a denunciar o informar, o cuándo actúan en representación de la empresa frente a quienes resultan “indagados” o escuchados, de modo que la persona que se presenta en el procedimiento tenga certeza de las características del rol que desenvuelve ese letrado que recibe su información.

Aun siendo disponible parte de aquello que hace a la intimidad y privacidad de los funcionarios y empleados de la organización a través del consentimiento, el acuerdo contractual alcanzado u otros soportes legales que forman parte de la relación jurídica entre las personas humanas y la empresa, siempre opera el principio de proporcionalidad y, obviamente, no es de recibo “aniquilar” esas prerrogativas que surgen del reconocimiento de la dignidad humana.

En esa línea, el Tribunal Constitucional Español (TCE) ha señalado que el derecho a la intimidad garantiza que a nadie se le pueda exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos de su vida privada personal o familiar (STCE 7/2014 del 27/01/2014). Se trata de un derecho emergente del art. 18.1 de la CE que asegura el secreto sobre nuestra propia vida personal y que veda a terceros —particulares o poderes públicos— que definan por sí mismo los contornos de privacidad de nuestra existencia (STCE, 176/2013).

En el caso del derecho argentino, la Constitución a través de la hermenéutica del art. 18 entiende que la intimidad implica una protección especial del domicilio, los datos, papeles y comunicaciones de las personas; en definitiva, el aseguramiento de la expectativa de no padecer la interferencia de terceros no deseados. Un derecho “a ser dejado a solas”, de excluir a otros del conocimiento de ciertos aspectos o ámbitos. Por eso, en ese campo se exige la justificación de la injerencia a través de la intervención jurisdiccional.

En esa perspectiva, puede ser de interés tomar en consideración el precedente *Barbulescu v. Rumania* —5/09/2017— del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, en oportunidad de resolver en un caso vinculado a la información obtenida por la empresa de computadoras y otros elementos informáticos ordenados a las tareas propias, profesionales y laborales, desarrolladas por el empleado en ese ámbito, aportó ciertos estándares de regulación.

En ese fallo se estableció que ha de ponderarse, en lo sustancial: (1) Si se ha notificado al empleado la posibilidad de que el empresario adopte medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones; notificación que debe ser clara sobre la naturaleza de la supervisión y darse con antelación; (2) El alcance

de la supervisión por parte del empresario y el grado de intrusión en la intimidad del empleado, debiendo distinguirse entre el relevamiento del flujo y el de su contenido; (3) Si el empresario ha proporcionado razones legítimas para justificar la monitorización de las comunicaciones y el acceso a su contenido real, ya que esto último supone una intrusión más significativa y, por tanto requiere de una mayor justificación; (4) Si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivas que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado; (5) Las consecuencias del control para el empleado, la utilización por el empresario de los resultados de la operación de monitorización y si estos se usaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida y (6) Si se habían proporcionado al empleado las garantías adecuadas, especialmente cuando las operaciones de supervisión del empresario eran de carácter intrusivo. Esas garantías deben asegurar, en particular, que el empresario no pueda acceder al contenido real de las comunicaciones en cuestión a menos que el empleado haya sido notificado con antelación de esa eventualidad.

## 12. Algunas conclusiones obligadas

El análisis precedente permite concluir en ciertos aspectos que caracterizan la operatividad de los programas de integridad o *compliance* en la legislación penal argentina:

1. Más allá de la adopción desde hace décadas del *compliance* por parte de algunas corporaciones, particularmente de capitales extranjeros, su relevancia e impacto en el sistema jurídico penal nacional se gesta a principios del presente siglo.
2. Ese interés y regulación se entiende a partir de la decisión de Política criminal de ubicar —en un primer momento— su adopción como un criterio para ponderar las sanciones aplicables a las personas jurídicas dentro del ámbito de delitos integrados al Código penal, a través del título XIII, sobre el orden económico y financiero. Sin embargo, ya en una segunda instancia, la elección asumida de definir como penal la responsabilidad de las personas jurídicas para un determinado elenco de delitos mediante la ley 27.40, determinó que el *compliance* apareciera en el centro de la cuestión.
3. En ese marco, resulta innegable que los programas de *compliance* señalados en la legislación se explican a partir de la aceptación de una posible responsabilidad penal de la empresa, que exterioriza, además, la dificultad estatal de avanzar en la imputación eficaz por ilícitos surgidos de

- la estructura corporativa y que se muestran de una notoria lesividad para el mercado y la vida social en general.
4. En esa vía, se suscita la auto regulación —en cierto modo regulada— como mecanismo donde halla su *topos* natural el *compliance* y, a la vez, funda la posible exención de sanciones a la empresa que cumpla con las expectativas de una adecuada vigilancia, control y cultura de fidelidad al derecho que se le reclama.
  5. En definitiva, el *compliance* penal en nuestros días surge y se sostiene en la pretensión, científicamente discutida desde hace tiempo, de identificar un título “propio” de la persona jurídica frente al delito desenvuelto por las personas humanas —físicas— que conforman su estructura.
- ### **Lista de referencias**
- Agustina Sanllehi, J. (2010). *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intraempresarial y deberes de control del empresario*. Atelier.
- Bainbridge, S. (2010). *Director Primacy*, Law & Economics Research Paper Series, UCLA School of Law.
- Cigüela Sola, J. (2016). El injusto estructural de la organización. *InDret*, 1/2016.
- García Cavero, P. (2014). *Derecho penal económico*, PG, (3.a ed.) Jurista editores.
- García Cavero, P. (2023). *Derecho penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico.
- Gerd Gigerenzer, G. (2018). The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*, 5(3-4), 303-336. <http://dx.doi.org/10.1561/105.00000092>
- Gold, A. S. (2007). A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty. *Maryland Law Review*, 66(2). <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol66/iss2/5/>
- Gómez-Jara Díez, C. (2014). *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*. BdeF.
- David, H. A. (2009). *El desistimiento de la tentativa, repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2022). *¿Punibilidad de las personas jurídicas?* En P. García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. ARA editores.
- Montero, F. (2023). *Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*. Atelier.
- Pastor Muñoz, N. (2022). Sobre el estatus normativo de los programas de cumplimiento y su relación con los deberes jurídico-penales de las personas físicas que operan en la organización empresarial. En *Un modelo integral de derecho penal: libro homenaje a la Prof. Miren Txu Corcoy Bidasolo*, vol. I. Boletín Oficial del Estado.
- Raguer i Valle, R. (2013) *Whistleblowing, una aproximación desde el derecho penal*. Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. M. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. *Derecho penal y criminología*, 29(86-87), 129-148.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). La eximente de “modelos de prevención de delitos”. En *Delito y empresa estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial* (Cap. 9). Ragués i Valle, Robles Planas (dirs). Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (2022). *El riesgo permitido en derecho penal económico*, Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (2023). Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. *RRPPJC*, 1(1).
- Silva Sánchez, J. M. (2025). *Derecho penal. Parte general*. Civitas.
- Stout, L. A. (2008). Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 724.
- Thaler, R. y Sunstein, C. (2021). *Nudge, the final edition*. Penguin Book.
- Tversky, A. y Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science, New Series*, 185(4157).
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán* (12.<sup>a</sup> ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Yacobucci, G. (2021). *(In)exigibilidad y pena: el problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*. BdeF.
- Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los principios penales*. BdeF.