

Compliance y Responsabilidad Penal del oficial de cumplimiento en la Argentina¹

Gerard Gramática Bosch
Débora Ruth Ferrari²

1. Introducción [\[arriba\]](#)

Este trabajo se origina con motivo de la consulta personal que nos hizo en nuestro estudio jurídico un Oficial de Cumplimiento (sólo OC en adelante, también llamado compliance officer) de una prestigiosa empresa. En concreto, y entre otras dudas planteadas, se nos preguntó si, debido al cargo que recientemente había asumido, podía tener algún tipo de responsabilidad penal y, en su caso, cuáles serían sus alcances y consecuencias.

Nuestra respuesta, dejando en claro previamente que no era posible emitir conclusiones generales, fue la siguiente: sí podría tener responsabilidad penal dependiendo de las circunstancias del caso pero ello necesariamente requería un análisis mucho más pormenorizado de su situación personal en la empresa.

En lo personal, consideramos que el OC asume hoy importantes riesgos jurídicos penales y su posible responsabilidad penal dependerá de múltiples factores que deberán ser examinados en forma conjunta.³ Algunos de estos factores serán desarrollados a continuación.

2. Compliance [\[arriba\]](#)

En los últimos años, la discusión jurídico-penal y, especialmente, la referida al derecho penal económico, ha estado dominada por el tema del compliance corporativo.⁴

Se considera que el compliance se conecta con una cultura de cumplimiento normativo como expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos propias del Estado. Y, por su parte, las empresas han ido asumiendo dicha delegación mediante la adopción de medidas de autoregulación (generalmente denominados programas de cumplimiento) que no sólo atañen a medidas de vigilancia sino también a medidas positivas como p. ej., formación, capacitación, actualización del programa. Estas medidas buscan, por un lado, neutralizar factores culturales o dinámicas favorecedoras de hechos ilícitos y, por otro lado, incentivar culturas de grupo de fidelidad al Derecho.⁵

Para Silva Sánchez, y en la medida de lo anterior, la cultura del compliance se enmarca en la tradición de la variante de prevención general positiva que hunde sus raíces en la doctrina de Welzel sobre el fomento de valores ético-sociales de la acción como vía de protección indirecta de bienes jurídicos.⁶

La ciencia del criminal compliance se ocupa de la responsabilidad empresarial, esto es, de las medidas necesarias que la dirección de una empresa, en el marco de su deber de vigilancia, debe haber adoptado para la evitación de infracciones de deberes jurídicos-penales por parte de sus empleados,⁷ en el marco de una reglamentación en permanente ascenso y de una globalización creciente. Además, se procura a menudo fortalecer la integridad de la empresa y su percepción pública.⁸ De igual modo, puede contribuir a 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 una mayor competitividad y eficiencia.⁹

A modo de contexto previo e ilustrativo, resulta interesante el análisis que hace Kuhlen del que considera el ejemplo alemán más instructivo, en muchos aspectos, para la interacción entre Derecho Penal y compliance. Es decir, el caso Siemens.¹⁰ Allí, se pone de manifiesto, en primer lugar, las distintas disposiciones normativas que fueron incumplidas por la empresa (penales y no penales, nacionales e internacionales). Y, en segundo lugar, describe brevemente algunas de las medidas que Siemens adoptó, en conexión con el compliance, en razón de los reproches por corrupción y que se tuvieron en cuenta a la hora de imponerle una menor sanción (p. ej., cambios estructurales de personal, despidos, sanciones u ofrecimientos de amnistías, investigaciones internas encomendadas a un bufete externo auxiliados por una empresa de auditoría, se creó una comisión de compliance, así como distintos cambios organizativos).¹¹

En el ámbito de Estados Unidos, son reconocidos los casos de Enron y WorldCom que motivaron el estudio de la ineficacia de las medidas hasta allí previstas de control y, asimismo, motorizaron la aplicación de los programas de cumplimiento.

Todo lo anterior ha sido caldo de cultivo de una tendencia actual y global tendiente a atribuir responsabilidad penal a las empresas como consecuencia de los delitos cometidos por las personas físicas que ostenten, entre otros cargos, la calidad de administradores, representantes legales, directores, presidentes y no sólo a sus empleados. Y más específicamente, la omisión del debido control o vigilancia que estas personas deberían tener en su respectivo ámbito de actuación.

Se considera que no puede soslayarse el contexto general de la economía mundial caracterizado en los últimos años por numerosos escándalos mundiales de fraude, corrupción y blanqueo de capitales tanto en Europa como en los Estados Unidos, y su conjunción con la crisis de las tesis puras de la autorregulación de la economía dominantes en los años noventa, críticas de toda intervención estatal en la economía, el cual ha provisto de un clima cultural adecuado para avanzar en la cuestión de la vida interna de las organizaciones empresariales.¹²

En Argentina, entre otros, encontramos como antecedente del criminal compliance al funcionamiento del organismo administrativo de la UIF (Unidad de Información Financiera), encargado del análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Aquí, se advierten ciertas similitudes con la imposición de determinadas obligaciones por parte de ciertas personas -sujetos obligados-. De igual modo, el art. 304 del Código Penal, en relación el delito de lavado de activos prevé que, a los fines de graduar las penas, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes. Es más, en Córdoba, el reconocido autor Gabriel Perez Barberá en un fallo sobre contaminación ambiental del año 2015, ya introducía este concepto reprochándole a una empresa el no contar con un departamento legal interno para asesorarse antes llevar a cabo sus actividades.¹³

En definitiva, estos avances, si bien fragmentados (p. ej., UIF o en el ámbito de la graduación de una eventual sanción para la empresa en el delito de lavado de activos), no son más que meros anticipos y avisos de lo que posteriormente se legisló

en nuestro país. Esto es, y por medio de la ley 27.401 (BO 1/12/2017), se instauró la responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas y, a partir de allí, se introducen menciones específicas al compliance.

3. Programas de cumplimiento [\[arriba\]](#)

Antes de avanzar sobre la posible responsabilidad penal del OC nos parece prioritario poder realizar algunas precisiones sobre los denominados programas de cumplimiento ya que, en base a ello, podremos tomar algunos puntos de partida de interés.

A modo de síntesis, estos son gráficamente los elementos previstos para un programa de cumplimiento en la Argentina, según las disposiciones normativas de la Ley 27.401.14

Elementos de un Programa de Integridad Ley N° 27.401



*3.1. Una derivación directa de la instauración del compliance en las empresas es la posibilidad que aquellas establezcan determinados programas de cumplimiento (conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos) tendientes a eliminar o reducir la creación de riesgos que pudieran derivar en infracciones penales y, en su caso, actuar diligentemente para la prevención, detección, contención y/o neutralización de dichos riesgos. Se trata de un programa que busca anticipar y detectar riesgos para la empresa tanto de la actuación derivada de sus mandos jerárquicos y medios, como de los trabajadores de esta.*¹⁵

Si bien ninguna organización puede eliminar de forma total la posibilidad de que se cometan -en contra de la voluntad corporativa adecuadamente expresada y transmitida- actos de corrupción en su nombre, interés o beneficio, un programa puede ayudar a reducir sensiblemente las chances de que eso ocurra, disminuir el impacto negativo de tales comportamientos, aumentar las posibilidades de

detección temprana y oportuna, facilitar la decisión de reportarlos a tiempo a las autoridades y contribuir a su correcta y clara comunicación y explicación.¹⁶

Esto implica un compromiso previo por parte de la alta dirección empresarial, asentado en dos principios básicos: tolerancia cero con la corrupción e implementación de un programa de cumplimiento.¹⁷ Los Lineamientos le exigen, en esta primera etapa, al Directorio¹⁸ (o quien sea que ejerza de manera pública y visible la conducción de la organización) definir abiertamente su compromiso de anticorrupción a partir de una breve declaración pública de intenciones que clarifique frente a los integrantes y la comunidad en general los valores éticos de la organización.¹⁹

Al respecto se ha dicho que, desde el prisma lógico antes que legal, el apoyo del alto nivel al programa constituye -al igual que sucede con la evaluación inicial de riesgos- un presupuesto básico y fundamental del carácter adecuado del programa. Es casi imposible concebir que un programa posea tal condición sin un compromiso del máximo nivel orientado a un comportamiento ético en los negocios y a la adopción de una organización interna consistente con ese compromiso. Incluso, la decisión del Directorio de implementar un programa y comprometerse con la integridad podría ser tenida en cuenta a la hora de evaluar el obrar prudente y diligente de los directores que deben velar por el interés de la persona jurídica.²⁰

Todo programa de cumplimiento es personal, dinámico y total o parcialmente distinto al resto de los implementados por otras personas jurídicas. Lo primero, ya que debe diseñarse acorde a las características propias de la organización y competencia de cada empresa y según su capacidad productiva, dimensiones, cantidad de personal y direcciones, sucursales en la misma provincia y/o fuera de la misma, recursos económicos disponibles para afrontarlo sin que con ello se ponga en serio riesgo del devenir último de la compañía o le haga perder rentabilidad o capacidad de competencia. Por otro lado, no es lo mismo una empresa que cotiza en bolsa que una PYME o fundación. Lo segundo, se conecta con la valuación y seguimiento permanente del programa a los fines de realizar las correcciones que sean necesarias y/o actualizar el programa a los nuevos y potenciales riesgos que pudieran activarse en su seno.

En Argentina, el diseño, implantación y seguimiento del programa de cumplimiento tiene una reglamentación específica prevista por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción.²¹

En esta reglamentación se precisa el objetivo de la ley 27.401, así como el objetivo que se pretende con el desarrollo y seguimiento de los Lineamientos. En cuanto a lo primero, sería 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, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

A la Ley 27.401 le subyace otro objetivo principal, no dicho de manera expresa en su texto pero sí en varios pasajes de su Reglamentación (Lineamientos), a saber: tolerancia cero con la corrupción e implementación de un programa.²²

En relación a lo segundo, 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, 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.

No es un detalle menor destacar que, de acuerdo a los Lineamientos, la existencia de un programa y su carácter adecuado son, dentro del proceso penal, cuestiones de hecho y prueba. En tal sentido, estas pautas sólo están llamadas a jugar un papel dentro del cumplimiento riguroso de los principios de libertad probatoria, mandato de certeza y amplio e irrestricto respeto al derecho de defensa.²³ Por lo tanto, y más allá que la mayoría de las pautas previstas en los Lineamientos no son “obligatorias”, sí tienen un rol fundamental el día de mañana a la hora de investigar la posible comisión de un delito de corrupción y de poder demostrar acabadamente el cumplimiento adecuado y efectivo del programa implementado (eximición de responsabilidad penal o graduación menor del monto de la pena). Ello exigirá tomar recaudos por parte del empresario a la hora de documentar acabadamente todo lo realizado, el material consultado y generado, así como debidamente encauzado por los respectivos canales de comunicación.

En nuestro país, y no obstante que la normativa especial pudiera tener algún tipo de consecuencia jurídica,²⁴ la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas está limitada a un catálogo bastante reducido de delitos que pretenden sólo prevenir y penalizar hechos de corrupción (cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados).

Como se habrá advertido, hemos resaltado con anterioridad la palabra posibilidad. Y ello se debe a que en este ámbito es discutible concluir si es obligatorio o no contar con un programa de cumplimiento porque la redacción de la ley 27.401 es poco clara al respecto. Por un lado, queda claro que no se establece en forma expresa un deber concreto de instaurar un programa de cumplimiento.²⁵ Sin ir más lejos, el art. 22 de la Ley 27.401 refiere que las personas jurídicas podrán implementar programas de integridad. Aunque paradójicamente después -segundo párrafo- refiere que el programa exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.²⁶

Por otro lado, y en otros dispositivos de la ley, se deduce que la instauración del programa no es facultativa como refiere el art. 22, sino que resulta obligatorio (p. ej., art. 24) o, bien, útilmente necesario si la empresa pretende eximirse de responsabilidad penal (arts. 8 y 9) o para celebrar un acuerdo eficaz de colaboración (art. 18).²⁷

En definitiva, y en el contexto de esta ley en particular, la instauración del programa de cumplimiento parece, más que una obligación concreta y clara impuesta por el legislador, una condición necesaria para el empresario y su compañía, si es que eventualmente pretende quedar eximido de toda responsabilidad penal.

En los Lineamientos se expresó que la ley N° 27.401 asigna una importancia determinante a los programas de integridad (en adelante, programas) como

elemento de ponderación de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción.²⁸

Por fuera de dicho ámbito, el compliance no resulta obligatorio para las empresas, más allá que pueda ser de utilidad como desarrollo de un auto control voluntario (en complemento, entre otras, con las disposiciones derivadas de las normas ISO y DIN) a través de las cuales se intentan minimizar riesgos de responsabilidad y evitar así cualquier interpretación judicial posterior ante la comisión de un hecho delictivo en el seno de la empresa que pueda ser reprochado a título omisivo aun cuando, reiteramos, no sea una obligación contar con dicho programa.

La configuración del programa de cumplimiento trae aparejado la posible²⁹ designación del denominado OC o de un Departamento de Compliance, es decir, aquella persona encargada de controlar que la empresa se comporte de acuerdo a las leyes vigentes y, en concreto, respete y haga respetar el programa de cumplimiento de su empresa.³⁰

Además de ello, y a modo de ejemplo, el programa prevé el establecimiento de un código de conducta con pautas claras del organigrama de la empresa y de las reglas internas que se deben respetar, los valores y fines que se pretenden y las posibles sanciones para los casos de incumplimiento; proveer del debido flujo documentado de información entre los distintos mandos de la compañía; la posibilidad que los trabajadores realicen denuncias -incluso anónimas- que deberían ser canalizadas en forma interna por la empresa o, bien, tercerizando el servicio (esta última opción fue la utilizada en el caso Siemens mediante la contratación de un bufete externo con soporte de una compañía de auditoría); una política de protección de denunciantes contra represalias; se realicen investigaciones internas y se apliquen las sanciones correspondientes; se prevean programas de amnistía³¹; se releven todos los potenciales riesgos que la actividad de la empresa podría generar en menoscabo de bienes jurídicos de terceros; y formar y capacitar periódicamente a los directores, administradores y empleados; procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios (p. ej., un proveedor); debida diligencia durante procesos de transformación societaria y adquisiciones; monitoreo y evaluación constante de la efectividad del programa; y cumplimiento de las exigencias reglamentarias que impongan las autoridades de control.³²

3.2. Los programas de cumplimiento en Argentina deben ser adecuados si se pretenden satisfacer las exigencias de la Ley 27.401 y los Lineamientos para su implementación y así gozar de los beneficios allí previstos.

Es importante recordar que la Ley 27.401 sólo prevé como obligatorio en todo programa de cumplimiento la implementación de un código de ética o de conducta, reglas específicas para prevenir delitos y la realización de capacitaciones periódicas (art. 23). Aunque paradójicamente, luego, se incorporen múltiples exigencias derivadas del análisis conjunto de dicho art. 23 con las pautas establecidas en los Lineamientos.

Pongamos de manifiesto el siguiente contexto figurativo. Si una empresa mediana o grande sólo cumple con los tres requisitos obligatorios referidos previamente y se comete un delito de corrupción en el seno de su compañía, pero no hay un canal de denuncias aun previsto, no se habían actualizado los riesgos, no se realizó una investigación interna y no se llevó adelante un due diligence en relación con terceros, ¿podría la empresa responder penalmente a pesar de haber cumplido sólo los requisitos “obligatorios”? Del análisis de los Lineamientos, los términos en los

que están redactados y la importancia que se le brindan a los mismos -a pesar de no ser obligatorios muchas de las pautas allí previstas-, sería difícil o, hasta incluso, temerario técnicamente recomendarle a una empresa que no trate de adoptar, en la medida de lo posible, el resto de recomendaciones contenida en la normativa. Por lo tanto, el resto de pautas -si bien no obligatorias- se convierten en “tácitamente” obligatorias si se pretende eximir el día de mañana de responsabilidad penal al empresario y su empresa. Muy por el contrario, la recomendación técnica debería ser que se adopten todos aquellos recaudos -aún no obligatorios- que, por las características de la operatoria comercial en concreto y habitual, puedan brindar mayor contención y reducción de riesgos.

De hecho, y en sintonía con lo anterior, en los Lineamientos se afirma lo siguiente: Por supuesto, su inclusión no garantiza por sí misma que el programa sea adecuado. Otros elementos pueden ser igualmente necesarios en muchas organizaciones. Así, por ejemplo, atendiendo al número de personas cuya actuación en nombre o beneficio de la persona jurídica puede implicar riesgos (por ejemplo por la interacción frecuente con funcionarios por parte de representantes, gestores, socios comerciales, etc.) ciertas medidas de debida diligencia con los terceros pueden ser imperiosas incluso en organizaciones de limitada dimensión y capacidad económica. Difícilmente sería adecuado el Programa de una compañía que afronte un proceso de fusión sin integrar el elemento 'debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones' previsto el inciso VII del artículo 23 de la Ley. Lo mismo podría suceder, por caso, con la figura de responsable interno sin la cual, en muchos casos, un Programa integrado por otros elementos podría aparecer insuficiente o carecer de operatividad efectiva.

Además, la sola incorporación de tales o cuales elementos no importará por sí misma para que el programa sea adecuado, sino que será necesario analizar cómo se lo ha sido diseñado, implementado y puesto en funcionamiento a cada uno de ellos.³³

Así las cosas, lo adecuado -o no- de un programa se conecta necesariamente con las disposiciones de los arts. 22 y 23 de la Ley 27.401 y con las pautas previstas en los Lineamientos. Y todo ello debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica.³⁴

No hay dudas que ningún programa de cumplimiento podrá ser adecuado si no satisface las exigencias mínimas y obligatorias del art. 23 incs. a, b y c de la Ley 27.401 (código de ética o de conducta, reglas específicas para prevenir delitos y la realización de capacitaciones periódicas).

3.3. Una vez definido y publicitado el compromiso previo por parte de la alta Dirección de la empresa en relación a la implementación del programa de cumplimiento, el OC puede intervenir en distintas etapas del programa de cumplimiento. Podría tener intervención, entre otras, en la etapa de evaluación de riesgos; la definición - diseño o plan de acción; la implementación; control y seguimiento del programa y la comunicación.³⁵

Evaluación de riesgos iniciales. Se debe identificarlos y evaluarlos y a partir de allí tomar decisiones informadas y razonables respecto de las características concretas del programa que la organización necesita.

Definición/Plan: es necesario clarificar la decisión sobre el nivel aceptable de exposición a riesgos, definir los objetivos que va a perseguir el programa, los valores

que se pretenden transmitir, la adaptación a la normativa vigente, los componentes que contendrá y las acciones a través de las cuales se lo implementará (p. ej., canales de denuncia; catálogo de infracciones y sanciones; investigaciones internas, derechos de los empleados en caso de una investigación interna y límites de la empresa al iniciarla).

Implementación: acciones concretas para llevar adelante el programa. Esto requerirá de la asignación de recursos para garantizar su viabilidad (fondos, recursos humanos y tiempo) y de apoyo permanente del máximo nivel. Así, p. ej., se deberá cumplir con la supervisión y control del programa y del respeto del mismo por parte de los directivos y los empleados, reportar toda irregularidad e iniciar las investigaciones correspondientes.

Medición y mejora: puesto en marcha el programa y transcurrido un tiempo razonable de funcionamiento es necesario medir impacto y progreso con relación a los objetivos planteados. Esta actividad permite identificar las fortalezas y debilidades del programa, las cuales harán posible realizar los necesarios ajustes y actualizarlo periódicamente a los riesgos cambiantes. Serán relevantes al efecto tanto el análisis periódico de riesgos como el monitoreo y mejora continua.

Comunicación: se debe garantizar que los empleados y terceros relevantes estén permanentemente informados de las políticas internas y procedimientos. Para ello, es importante comunicar de manera regular el programa, las políticas y su progreso y actualización.

3.4. Ya aclaramos que designar un OC no es un requisito obligatorio de la Ley 27.401. No obstante, en las organizaciones de mayores dimensiones y capacidad económica es prácticamente imposible concebir una adecuada estructuración del programa sin una persona o equipo con responsabilidad para su desarrollo, puesta en marcha y funcionamiento.³⁶

El OC es tan sólo un órgano auxiliar ya que el cumplimiento del Derecho en la empresa es tarea primordial de sus órganos directivos, quienes son los realmente llamados a organizar un sistema de cumplimiento en el cual el OC - de haberse creado el cargo- será solo la cabeza visible.³⁷

Las tareas y obligaciones del OC no están expresamente previstas por la Ley 27.401 y tampoco existe en la actualidad una reglamentación concreta al respecto que las establezca en forma taxativa.³⁸ Todo lo cual genera dudas a la hora analizar acabadamente los alcances de su eventual responsabilidad penal.

Para ello será importante contar con el contrato de prestación de servicios firmado por el OC y verificar cuáles han sido las obligaciones y tareas allí impuestas y asumidas ya que las mismas pueden variar según cada empresa, atendiendo, p. ej., a sus dimensiones, organigrama, capacidad económica, objeto social.

Sin ir más lejos, será relevante conocer si el OC tiene la competencia asignada y asumida -o no- y, por lo tanto, un deber concreto de interrumpir o neutralizar unilateralmente un curso de acción riesgoso para la empresa o bienes jurídicos de terceros o, bien, sólo debe reportarlo a sus superiores. De aquí, se desprenden mayores o menores alcances de su deber que tendrá incidencia directa en su posible responsabilidad penal.

Asimismo, será necesario una real y material asunción de los deberes correspondientes.³⁹

Por su parte, los Lineamientos establecen algunas pautas de interés en relación al OC.⁴⁰

El OC en una empresa de grandes dimensiones podrá ser tanto una persona del organigrama interno como un externo, pero se recomienda que sea de tiempo completo y avocado exclusivamente a dichas tareas. En organizaciones de menores dimensiones o recursos, la función puede ser acumulada a las responsabilidades de un perfil interno que, tanto por las características de sus funciones preexistentes como por sus habilidades personales, exhiba más afinidad con las pautas que exigen. Mientras que, en una organización especialmente pequeña, el propio dueño podría encarnar el rol si todos los trabajadores tuvieran acceso directo y cotidiano a él.

También podrá tratarse de una sola persona o de un Departamento específico avocado a dicha tarea, con distintos empleados entre los que también habrá una distribución de tareas, debiendo reportar periódicamente al OC encargado del mismo.

Las funciones pueden variar en cada OC y ya precisamos la relevancia de contar con un contrato escrito de prestación de servicios donde se detallen sus obligaciones, ante quién reportarse y su poder de decisión, así como la asunción real de las mismas.

Algunas de las funciones pueden ser las siguientes: análisis inicial y actualización de riesgos; diseño, adaptación, puesta en marcha, conducción, control, actualización y mejora del programa; asesoramiento y resolución de problemas éticos; gestión del sistema de denuncias; protección de denunciantes; liderazgo en investigaciones internas; apoyo a decisión de alto nivel sobre autodenuncia y cooperación con las autoridades; participación en la planificación estratégica de la organización, diseño y ejecución de capacitaciones.⁴¹

Mientras mayor sea la organización interna y externa de la empresa, mayor deberá ser su autoridad y autonomía, así como mayores deberán ser los recursos que disponga el OC para poder cumplir adecuadamente sus tareas (p. ej., apoyo y asesoramiento de profesionales con conocimientos especiales en cada materia). De igual modo, y en relación a empresas de ciertas dimensiones, su nivel jerárquico se podría corresponder con el nivel gerencial, p., ej., con las posiciones equivalentes a un gerente legal, financiero o auditor en remuneración, reporte y acceso al Directorio, evaluación y desempeño.⁴² Aunque con mayores garantías y estabilidad laboral por las particularidades de su cargo, máxime si canaliza las denuncias y ejecuta las investigaciones internas.

Es importante una debida coordinación del OC con el resto de las áreas, gerencias operativas (p. ej., legales, recursos humanos, financieras) y auditores externos de la compañía a los fines de evitar solapamientos en sus funciones, órdenes contradictorias y/o puntos ciegos de responsabilidad.⁴³

3.5. Será normal y razonable esperar que, a mayor estructura, capacidad económica, organigrama, producción, recursos para diseñar y mantener un programa y/o para contratar asesores externos de jerarquía y nivel técnico, generación de riesgos hacia terceros, se elabore e implemente un programa de

cumplimiento más sólido y confiable. Y viceversa para aquellos casos de pequeñas empresas y medianas empresas o familiares. En general, cuanto mayor es la probabilidad esperada que se produzca un daño por la inobservancia de la norma debida, mayores son las medidas a adoptar.⁴⁴

Los mismos Lineamientos se encargan de establecer matices según las mayores o menores dimensiones y estructura de una empresa.

Los esfuerzos a comprometer en un programa no pueden ser iguales para una Fundación, una Pequeña y Mediana Empresa (PYME), una gran empresa de capitales nacionales o incluso una compañía multinacional con presencia global.

Las exigencias deben graduarse teniendo en cuenta variables tales como la complejidad de la organización interna, la configuración de las funciones de la Dirección, la alta Gerencia y los mandos intermedios, la cantidad de trabajadores, su dispersión en sedes, entre otras. En el diseño e implementación es esperable que las compañías de mayores dimensiones vuelquen, proporcionalmente, mayores recursos materiales y humanos a sus programas.

Del mismo modo, a mayor talla de una organización más esperable es que se responsabilice por la promoción extendida de sus políticas de integridad no sólo puertas adentro sino en relación con sus partes relacionadas, especialmente a su cadena de valor en base a un enfoque de riesgos. La dimensión también será indicativa de las posibilidades reales de promover activamente sus estándares éticos a terceros, siendo razonable matizar las exigencias de una efectiva diligencia o monitoreo frente a organizaciones con limitado poder de negociación con sus partes relacionadas y siempre guardando consistencia con los riesgos.

También es esperable un mapeo inicial más sofisticado y riguroso y una priorización más reflexiva y cuidadosa allí donde la amenaza latente sea mayor y los recursos para enfrentarla más numerosos.

4. Responsabilidad Penal del empresario [\[arriba\]](#)

Antes de avanzar sobre el fundamento de la posible responsabilidad penal del OC, es necesario indagar sobre la existencia o no de una posición de garantía del empresario, para luego concluir si la posición de garantía del OC es originaria o delegada.

Se suele afirmar que la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión. Una dimensión ad intra, orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa que hace del administrador un garante de protección. Una dimensión ad extra, orientada a la evitación de resultados lesivos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa que convierte al administrador en un garante de control.⁴⁵ En esta línea, nos encontramos ante una posición de garantía originaria ya que el empresario tiene el deber de evitar los cursos lesivos que surgen de la actividad empresarial.⁴⁶

Esta posición de garantía tendría su fundamento en que, con el establecimiento de la organización, el empresario asume el compromiso de contener aquellos riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial que de la misma vayan surgiendo para los bienes jurídicos de los demás y que se descontrolan con el paso del tiempo. Esta

es la contrapartida a la libertad ejercida mediante el establecimiento de la empresa.⁴⁷

Asimismo, es común que se hable de la idea de delegación de competencias entendiéndose por ello el mecanismo de transferencia y transformación de posiciones de garantía. Transferencia porque, en virtud de dicha delegación previa, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado. Transformación porque la posición de garantía del delegante no desaparece sino que se modifica o convierte y pasa a verse como secundaria o residual, conservando algunos deberes como, p. ej., correcta selección, formación, información al delegado, dotación de medios necesarios para el cumplimiento de las funciones del delegado, coordinación de la actuación de los delegados y el deber de vigilancia.⁴⁸ Como se advierte, al delegante ya no le compete el deber de control directo de los focos de riesgo que se hallan en el ámbito de competencia del delegado.⁴⁹

También puede darse el caso habitual en las empresas de grandes dimensiones y en relación con el deber de vigilancia que retiene el superior jerárquico cuando delega competencias a sus subordinados, que la primera delegación sea asimismo delegable (p. ej., podría ser el caso del OC).⁵⁰

En la práctica, puede darse la existencia de un sistema de doble o triple control de riesgos y estos se encuentran bajo el control del sujeto directamente competente para ello. Pero están también sometidos al control de otros sujetos - superiores jerárquicos de aquél- a quienes se les imponen deberes de supervisión y control sobre el sujeto directamente competente. Y este sistema de control dependerá del tipo de principio que rijan cada relación en concreto (p. ej., separación de esferas o competencia; desconfianza o confianza).⁵¹

Las relaciones interpersonales se rigen por el principio de estricta separación de esferas (principio de competencia), el cual lleva implícita la idea de neutralidad. Es decir, la inexistencia de una posibilidad de extensión del deber en función del conocimiento.⁵²

Ahora bien, la alta y media dirección debe establecer un mecanismo proactivo de control sobre sus subordinados (no pasivo, ni reactivo a la espera de indicios de una actuación defectuosa del subordinado) porque en este contexto rige el principio de desconfianza.

Tampoco se exige una revisión total de todos los actos del subordinado que haría inútil e ineficiente la delegación efectuada. P. ej., implantando sistemas de inspección periódica, procedimientos de información periódica de los subordinados al delegante o creando un órgano específico. Hasta tanto no se logra ese mecanismo de control activo existe en el superior jerárquico un deber previo de procurarse información acerca del modo en que el subordinado está gestionando su propia esfera de competencia y un deber posterior de instar al subordinado a la corrección de tal actuación defectuosa, evitando las consecuencias lesivas derivadas de aquella o, en caso de no hacerlo, la corrección directa de dicha situación. ⁵³

Este deber puede configurarse distinto en el caso de jerárquicos inferiores - en relación a sus superiores - con deber de vigilancia sobre sus subordinados. Por un lado, el deber previo de obtener información; y por el otro, el deber de transmitir o

reportar la información recibida a su superior con competencia para corregir la situación defectuosa.⁵⁴

Por el contrario, si el delegante o superior jerárquico cumplió con lo anterior - establecido el sistema de vigilancia-, ya puede verse amparado por el principio de confianza, es decir, ya no se tiene el deber de procurarse información acerca de si el subordinado está obrando defectuosamente en su propio ámbito de actuación.⁵⁵ Ahora bien, sí tiene un deber residual pasivo y reactivo en caso de tomar conocimiento o haber sido reportado de indicios de una actuación defectuosa del subordinado.⁵⁶

Volviendo a la idea de compliance, y teniendo en cuenta las características previamente analizadas del mismo, podría concluirse que su implantación en la empresa no constituye un deber jurídico penalmente reforzado -por lo menos en relación a la estricta responsabilidad de la persona jurídica privada en hechos de corrupción-⁵⁷, sino que es una facultad que tiene como finalidad, entre otras, la de prevenir y neutralizar estados de cosas defectuosos (defectos de organización) existentes, favorecedores de hechos delictivos individuales, y sustituirlos progresivamente por estados de cosas favorables al cumplimiento del Derecho por parte de los subordinados y sus directivos.⁵⁸

Y, una vez implementado un programa de cumplimiento adecuado, el principio de desconfianza que rige las relaciones verticales se ve sustituido por el principio de confianza. Es decir, los superiores jerárquicos de la empresa pueden confiar en que no se producirá un hecho lesivo, salvo que adviertan indicios o sean informados de los mismos y que el propio programa habría de poner de manifiesto.⁵⁹ Recién allí, el superior jerárquico debería actuar reactiva o proactivamente para corregir la situación defectuosa o instar al subordinado a corregirla.

5. Responsabilidad Penal del OC [\[arriba\]](#)

Sobre el tema, cobró repercusión en la literatura jurídica penal la sentencia de la Sala 5ª del BGH de 17/7/2009, por la cual se confirmó la condena como cómplice en comisión por omisión del delito de estafa a la persona que, al momento de los hechos, era director del departamento de revisión interna y director del departamento jurídico. Pero, a modo de obiter dictum, el Tribunal afirmó que al OC le incumbía por regla general un deber de garante jurídico penal en el sentido del §13 StGB en el contexto de la actividad de impedir delitos que surgieran de la empresa por parte de sus miembros. Según el BGH esa era la necesaria contrapartida del deber asumido frente a la dirección de la empresa de impedir ilícitos y especialmente delitos.⁶⁰

Como ya se expresó, y en relación al deber de vigilancia que retiene el superior jerárquico cuando delega competencias a sus subordinados, aquél es asimismo delegable. Es decir, cuando el órgano de administración transfiere la gestión del programa de cumplimiento a un OC o a un Departamento de Compliance integrado, asimismo, por varias personas -donde se producirán nuevas delegaciones- bajo la dirección del jefe del Departamento. En este contexto parece que opera una forma de delegación especialmente relevante y, más allá de cumplir distintas funciones, también es un delegado de vigilancia.⁶¹

Aquí el OC asume las competencias delegadas y, más allá de su propio ámbito de actuación, una parte de la correspondiente posición de garantía transferida

oportunamente.⁶² Y su responsabilidad se fundamenta en el incorrecto desempeño de los deberes asumidos.⁶³ Por lo general, se tratará de una conducta contraria y omisiva a los deberes previamente asumidos cuya realización hubiera supuesto una obstaculización a la comisión del delito.⁶⁴

Con una opinión distinta, García Caveró distingue, a la hora de analizar la posible responsabilidad del OC y su fundamento, entre i. programas de cumplimiento normativo impuesto legalmente con la obligación específica de nombrar un OC; ii. programa de cumplimiento normativo adoptado voluntariamente para proteger intereses propios y iii. Programa de cumplimiento normativo adoptado voluntariamente para evitar delitos en perjuicio de terceros.

Con relación al punto i, considera que la posición de garantía del OC tiene una naturaleza institucional por la asignación de deberes estatales de prevención. Por lo tanto, su responsabilidad penal vendría como consecuencia de la infracción de deberes positivos de colaboración para con el Estado. Si el incumplimiento de estos deberes legales facilita o permite la comisión de un delito por parte de un miembro individual de la empresa entonces su omisión será equivalente a la realización activa de ese delito y podrá responder penalmente.

Con respecto al punto ii, también se propugna una posición de garantía del OC de naturaleza institucional basada en una relación de confianza especial que la empresa deposita en el OC. Aquí, al igual que lo anterior, aquél podrá responder penalmente por la infracción de sus deberes positivos de velar por los intereses de quien lo nombró como tal.

Finalmente, y en lo atinente al punto iii, la posición de garantía del OC se fundaría en la competencia por organización, en la medida que haya asumido la gestión de la información que el directivo necesita conocer para adoptar una medida de prevención o cesación de la comisión de delitos en el marco de la actividad empresarial. En este contexto, será necesario establecer que el cumplimiento adecuado de alguno de los deberes previamente asumidos habría evitado o, cuando menos, dificultado la realización de la infracción penal del miembro individual de la empresa.⁶⁵

Dicha delegación, para ser válida y expandir sus efectos jurídico penales, debe haber sido realizada por un delegante libre y un OC que asume libremente las nuevas competencias; el delegado debe ser una persona capaz de desarrollar las nuevas tareas y acompañada de la entrega del necesario dominio y recursos para el cumplimiento del deber.⁶⁶

En principio, parece razonable que el OC, ante un programa de cumplimiento adecuado previamente diseñado, pueda confiar en el buen funcionamiento de este, salvo conocer o tener indicios de fallas, y deba sólo gestionarlo, actualizarlo y corregirlo ante la presencia de indicios de organización defectuosa.⁶⁷

Ahora bien, de modo general y siempre que el OC no tenga funciones ejecutivas,⁶⁸ le corresponderá la obtención de información sobre la gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento y el reporte de la información obtenida a los jerárquicos superiores competentes para dar solución al problema.⁶⁹ Si el OC tuviera funciones ejecutivas, además tendría que instar al subordinado a

corregir la situación de riesgo o corregirla directamente de ser necesario, más allá de reportar a sus superiores.

¿Qué sucede si los superiores jerárquicos, en el caso de no contar el OC con funciones ejecutivas para neutralizar per se el riesgo en cuestión, no atienden a la información reportada ni a sus sugerencias? En lo personal, y en nuestra legislación, consideramos que no tiene el OC un deber de denunciar penalmente a las autoridades dicha situación⁷⁰ ya que no se trata de un funcionario público. Lo cual no quita que, si lo hiciera voluntariamente y una vez iniciada una investigación penal, ello sea un indicio de interés para demostrar el cumplimiento integral de sus deberes y su eventual falta de responsabilidad penal en el hecho.

Tampoco se configuraría automáticamente la responsabilidad penal del OC por cualquier hecho doloso de corrupción que se produzca en la empresa (sólo podría tratarse de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados y no se prevé la comisión imprudente de los mismos) ya que es necesario que el OC también haya obrado con dolo.

Si lo que está en discusión no se trata de un riesgo típicamente empresarial o bien, aun siéndolo, se han dispuesto los mecanismos organizativos adecuados -incluyendo los relativos a la obtención de información- y, sin embargo, se producen resultados lesivos, estos sólo pueden explicarse como realización de riesgos en sí permitidos. También es importante destacar que el riesgo de comisión delictiva no impedido debe ser uno de aquellos que el OC asumió controlar en forma expresa y real en cada caso concreto.⁷¹

Por lo tanto, y retomando la pregunta inicial de este trabajo,⁷² el OC asumió determinadas competencias derivadas de la posición de garante originaria del empresario y, a partir de allí, tiene una determinada posición de garante de control y vigilancia que, atento a las circunstancias del caso concreto, le pondrían hacer incurrir en responsabilidad penal (generalmente, en calidad de autor o partícipe por omisión en comisión) con las salvedades y limitaciones que se establecieron en este trabajo.⁷³ Y, en la medida que el OC infringe los deberes que le incumben (principalmente el deber negativo de no dañar a otro), obra de forma típicamente desaprobada en relación al delito finalmente cometido.⁷⁴

Bibliografía [\[arriba\]](#)

- Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, “La intervención delictiva del compliance officer”, en Compliance y teoría del Derecho penal, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

- Bock, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en Compliance y teoría del Derecho penal, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

- García Cavero, Percy, “La posición del garantía del oficial de cumplimiento”, en Derecho Penal y Persona (Libro homenaje al Prof. Dr. H.C.Mult. Jesús María Silva Sánchez), Coordinadores: García Cavero, Percy; Chinguel Rivera, Alejandro Ignacio, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019,

- Gómez-Aller, Jacobo Dopico, “Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica” en Responsabilidad de la Empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal, Directores: Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor, B de F, Montevideo, 2014,

- Kuhlen, Lothar, “Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal” en Compliance y teoría del Derecho penal, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)” en Responsabilidad de la Empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal, Directores: Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor, B de F, Montevideo, 2014,

- Prittwitz, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers, en Compliance y teoría del Derecho penal, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,

- Regner, Gustavo G., “Tone-at-the-top: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia”, en: Durrieu Nicolás y Saccani Raúl R. (Dir.), Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria (pp. 211-216), Thomson Reuters: Buenos Aires, 2018,

- Robles Planas, Ricardo, “El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el Derecho penal”, en Criminalidad de empresa y Compliance, Director: Silva Sánchez, Jesús María, Atelier, Barcelona, 2013,

- Silva Sánchez, Jesús María, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial” en Compliance y teoría del Derecho penal, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Notas [\[arriba\]](#)

1 Esta ponencia fue presentada en el III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en las jornadas realizadas en Córdoba, en el marco de la temática: “La empresa: visión jurídica y social. Sus contribuciones al crecimiento global”, con fecha 14/11/2019.

2 Estudio jurídico Gramática-Ferrari-Gramática (<http://www.estudio-gramatica.com.ar/profesionales.html>).

3 Prittwitz reconoce los riesgos que asume el OC. Al referirse al potencial de la regulación mediante autoregulación o autoregulación regulada refiere que, sin embargo, no parece ser el caso porque el mismo Estado que ha coaccionado amablemente a las empresas a contratar un OC para investigar y evitar delitos en el seno de la empresa, extiende ahora su mano punitiva precisamente hacia tales oficiales. Si estos no cumplen sus tareas como se desea, no solamente perderán su fuente de trabajo sino que, eventualmente, se harán merecedores de un castigo

penal. Más adelante sostiene el autor que se trata de un OC que no solamente tiene la función de organizar el compliance sino quizás, también, la de servir como responsables identificables del non-compliance. Concluye dicho artículo, afirmando que los OC son los que cargan con los riesgos de la punibilidad. Prittwitz, Cornelius, 2013, ps. 211-212 y 217-218. Bermejo y Palermo también afirman que los riesgos jurídicos a los que se encuentra el OC son importantes. Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 188.

4 Así, García Caveró, Percy, 2019, p. 963.

5 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 100. Bock, Dennis, 2013, p. 107, se refiere al compliance como a la fidelidad al Derecho en lo que se refiere a mandatos y prohibiciones. Según una comprensión restrictiva del concepto, aludiría al deber de lograr una estructura de implementación tendente a garantizar esa fidelidad al Derecho. Y, en concreto, sostiene que se refiere a la evitación de riesgos de responsabilidad penal. Por su parte, Prittwitz se pregunta cómo impone el Estado la fidelidad a la norma en un subsistema específico de la sociedad; se trataría por tanto del potencial de la regulación mediante autoregulación o autoregulación regulada. Prittwitz, Cornelius, 2013, p. 211.

6 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 100.

7 Bock, Dennis, 2013, p. 108.

8 Kuhlen, Lothar, 2013, p. 62.

9 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

10 El autor también destaca otros casos en Alemania: Deutsche Bank, Deutsche Telekom, empresa de construcción de máquinas MAN y consorcio comercial Ferrostaal-AG. Kuhlen, Lothar, 2013, p. 61.

11 Kuhlen, Lothar, 2013, ps. 52 y ss.

12 Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 172.

13 Cámara de Acusación de Cba., AI 267, 05/06/2015: “...es contrario a la lógica no figurarse que si supuestamente Tecnocampo S.A. era una empresa de envergadura y con trayectoria, no tuviera un departamento de asuntos legales en donde evacuar las dudas, antes de llevar a cabo sus actividades. Y si no lo tenía, ello les sería reprochable, tal como enfatizan los recientes estudios sobre “compliance” y derecho penal (véase al respecto, por todos, BACIGALUPO, Enrique, Compliance y derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2012)...”

14 Fuente: Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

15 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

16 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-27-2018-314938/texto>).

17 Esto se conecta también con el art. 23.II de la Ley 27.401 que establece, entre los elementos de un programa de cumplimiento, el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.

18 Tone from the top (tono de la alta gerencia) y probablemente extensible, debido al uso del término Directorio, al tone from the middle (tono de los mandos medios). El tono que demuestren los líderes es lo que determinará la manera en que la empresa toma decisiones y resuelve problemas y será determinante para la generación de la cultura de una organización. Así, Regner, Gustavo G., 2018, ps. 211-216.

19 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr.

<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

20 Para mayores precisiones sobre el compromiso, cómo asumirlo y cuál podría ser su contenido cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

21 Por medio del Decreto 277/2018, Reglamentación. Ley N° 27.401, de fecha 05/04/2018 se resolvió: Artículo 1°.- La OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 (cfr. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegIntern/et/anexos/305000-309999/308488/norma.htm>).

Asimismo, se complementa con la resolución del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Resolución 27/2018, RESOL-2018-27-APN-OA#MJ, Ciudad de Buenos Aires, 01/10/2018. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>). En adelante, sólo Lineamientos para la implementación de programas de integración. En la misma línea, el Plan de Acción 2018 - 2022 de la Oficina Anticorrupción contempla entre sus objetivos el de fomentar la colaboración entre el sector privado y el sector público en la prevención e investigación de la corrupción.

22 Frente a la corrupción hay escaso margen para algo distinto a una tolerancia cero si existe un verdadero compromiso desde la alta Dirección.

Los altos mandos deben tendrán la responsabilidad de procurar que todos los integrantes compartan los valores de la compañía, comprendan la política de tolerancia cero a la corrupción y estén convencidos de que ante la detección de una infracción ética se actuará con justicia, rigor y rapidez

Expresión de tolerancia cero al soborno o pagos indebidos realizados en nombre o interés de la persona jurídica.

Finalmente, incluso prescindiendo de toda consideración sobre el marco regulatorio, es de esperar que la mayor parte de las organizaciones elijan simplemente ejercitar la tolerancia cero a la corrupción por propia preferencia moral. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

23 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

24 P. ej. el art. 304 del Código Penal, en relación el delito de lavado de activos prevé que, a los fines de graduar las penas, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes.

25 Esto es ratificado en los Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>) al decir que es importante aclarar, sin embargo, la adopción de tales Programa no es legalmente obligatoria.

26 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

27 El art. 22 de la Ley 27.401 se refiere a que la existencia del programa de cumplimiento es condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional. El art. 8 de la Ley 27.401 prevé que la graduación de la pena tendrá en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos así como la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes. Mientras que el art. 9

exime de pena y responsabilidad administrativa a quien hubiera implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de la Ley, con anterioridad al hecho del proceso y cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.

Por su parte, el art. 18 también cobra relevancia como condición para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz.

28 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

29 Aquí la normativa es distinta a lo que sucede con la Ley 25.246 (Lavado de activos y UIF) en donde se establece la obligación de la persona jurídica regularmente constituida de designar un OC (cfr. art. 20 bis). Asimismo, la normativa derivada de la UIF establece que el OC debe ser miembro del órgano de administración de la sociedad. Esto último tampoco es exigido por la Ley 27.401.

30 Ni en la Ley 27.401 ni en los Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>), se prevé como una obligación la designación de un OC. Sin perjuicio de lo cual, se torna prácticamente necesario e insustituible en los casos de medianas y grandes empresas.

31 Los arts. 16 y ss. de la Ley 27.401 prevén la posibilidad de realizar un acuerdo de colaboración eficaz y confidencial con el Ministerio Público Fiscal.

32 Algunos de los contenidos que el programa de cumplimiento deberá contener se encuentran previstos en el art. 23 de la Ley 27.401 en los incisos a, b y c. Luego, y en el mismo art., el legislador considera que el programa podrá contener los elementos descriptos del punto I al X.

33 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

34 Para un mayor detalle al respecto cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

35 Estas etapas se describen en Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. para mayores precisiones <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>). También Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, ps. 182-183, desarrollan las etapas de diseño, implementación y control.

36 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

37 Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 322.

38 No obstante lo anterior, en los Lineamientos para la implementación de programas de integración se fijan algunas pautas de interés (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

39 Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, ps. 189 y 203 adhiriendo a la posición sostenida por la Sala 5ª del BGH (17/7/2009). Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 325, sostiene que los concretos deberes se hallan limitados por el alcance de la delegación real y materialmente asumida por el OC.

40 Lo que sigue cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

41 Para conocer algunas de las competencias y habilidades que podría tener el OC, cfr. Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto>).

42 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. [https://www. Argentina .gob.ar/normativa /nacional/resolución -27-20 18-31493 8/texto](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto)). Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 321, considera que el OC tiene una posición inmediatamente subordinada a los órganos de dirección, similar a la de un alto directivo.

43 Lineamientos para la implementación de programas de integración (cfr. [https://www. argentina.gob.ar/no rmativa/na cional/res olución-27- 2018- 314938/texto](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto)).

44 En esta línea, Bock, Dennis, 2013, ps. 112-113 y Lineamientos para la implementación de programas de integración ([https://www.arg entina.go b.ar/norma tiva/na cional/resolución-27-2018- 314938/t exto](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto)).

45 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 80.

46 Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 322.

47 Robles Planas, Ricardo, 2013, ps. 322-323. Aquí el empresario asume el deber de establecer mecanismos organizativos adecuados de dirección y control para evitar la existencia de potenciales riesgos o, en su caso, minimizarlos hasta que deriven en tolerados. También asume el deber de procurarse los conocimientos necesarios de los peligros típicamente empresariales (ibídem., p. 323). Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 188, consideran que la libertad de organizarse en forma de persona jurídica tiene, como sinalagma (libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias), el deber de las empresas de elaborar un sistema de control interno de juridicidad respeto de la actuación de sus administradores y de sus subordinados, de modo que la organización empresarial no favorezca o no promueva la comisión de hechos delictivos. Según, Lascurain Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 305, la razón para la atribución de la posición de garantía del empresario parte del ejercicio de la libertad como presupuesto de la responsabilidad. Así, la asignación de deberes de garantía sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de la autonomía personal.

48 En relación con dicho deber de vigilancia, el art. 8 de la ley 27.401 (graduación de la pena) prevé la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes. Por su parte, en los Lineamientos se afirma que, entre otras cosas, la correcta implementación de un programa constituye un medio idóneo para ejercer la supervisión y control de los integrantes de la organización y sus partes relacionadas (Lineamientos para la implementación de programas de integración ([https://www.argen tina.gob.a r/normat iva/na ci onal/resoluci ón-27-2018- 314938/t exto](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-27-2018-314938/texto))).

49 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 80. Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 328 refiere la delegación correctamente efectuada modifica la posición jurídica del delegante liberándolo de los deberes inherentes al ámbito competencial que se trate. Ahora bien, el delegante mantiene el poder de revocación de la delegación, lo que significa que de algún modo le incumbe lo que el delegado organice. Esa incumbencia no puede tener como contenido un deber de vigilancia y control exhaustivo respecto de la actividad delegada. Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 186; Gómez-Aller, Jacobo Dopico, 2014, ps. 344-345; Lascurain Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 307, también aluden a la transformación o modificación de la posición de garante.

50 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 99. Aquí resulta dudoso que sea siempre posible delegar su doble contenido: deber de adquirir conocimiento y deber de corregir la actuación defectuosa o de instar al subordinado a su concreción porque, en muchos casos, no se podrá transferir el deber de corrección por imposibilidad de transmitir las competencias necesarias para ello. Por lo tanto, y de ser así, el delegado de vigilancia tendrá dos deberes: por un lado, del deber de obtener conocimiento; y por el otro, el deber de reportar la información obtenida al superior jerárquico competente para corregir la situación defectuosa (ibídem., p.

99). Para Bock, Dennis, 2013, p. 114, la supervisión es delegable. Surge así un sistema en forma de cascada de control intraempresarial. Los deberes de supervisión de la dirección de la empresa se convierten en deberes mediatos (no delegables), en un deber de segundo grado, esto es, en un deber de metavigilancia.

51 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 84 y 87. Gómez-Aller, Jacobo Dopico, 2014, ps. 345-346, se refiere a deberes activos y pasivos según la mayor o menor proximidad a la realización material de la tarea riesgosa. En el caso que el empresario delega la coordinación y ejecución de las tareas a determinadas personas, su posición de garantía originaria muta en un deber de vigilancia y supervisión activo de dicha actividad. Si se produce una nueva delegación a favor del OC, la posición del empresario vuelve a mutar a un deber de supervisión pasivo (procurarse información y reaccionar en caso de conocer una situación de peligro). 52 P. ej., las relaciones entre los directivos situados en el mismo plano horizontal (niveles de alta y media dirección) se hallan, por lo general, regidas por este principio. Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 85, 93-94.

53 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 86, 88, y 90 y nota 38. Coincide que no puede exigirse a la cúpula de la empresa un control total de los riesgos que se deriven de la misma, incluyendo la que proceda de la actuación de los subordinados, Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 323. Éste autor agrega que lo exigible termina con una adecuada organización de la vigilancia en aras a evitar la realización de riesgos típicamente empresariales. Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 315, alude a delitos que puedan entenderse como expresión de la empresa como fuente de peligro en sí misma.

54 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 88.

55 Este podría ser el caso del Consejo de Administración y de los miembros entre sí (interacción en el seno de un grupo horizontal bien definido, con relaciones estrechas relativa fungibilidad de los roles, igualdad, reciprocidad y un objetivo común bien determinado). Si bien tienen deberes de garante recíprocos, no serían deberes de vigilancia. Esto es, no tendrían el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significaría que, si un consejero toma conocimiento de la comisión de un delito por parte del otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita. Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 96-97. Para Bock, Dennis, 2013, p. 118, el deber de control del jerárquico hacia el subordinado, una vez cubierto correctamente el puesto de trabajo, está limitado por la exigibilidad y viabilidad práctica. No es exigible que el delegante esté en todo momento enterado de lo que el delegado ha hecho, es suficiente con un acompañamiento general. Y, más adelante refiere que, en éste contexto rige con ciertos límites el principio de confianza: el director de la empresa puede confiar - por regla general- en la observancia de las normas. La indagación desproporcionada, el espionaje y el control integral de forma constante son inexigibles. Según Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 309, la cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia.

56 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 86 y 90. En este contexto, la imputación de la infracción del deber de control presupone el conocimiento de la situación que activa el deber. Y ese conocimiento surge en A, precisamente, cuando éste advierte que B está obrando defectuosamente. Solo puede imputarse subjetivamente A la infracción del deber de no evitación del resultado producido en la esfera de B si A llegó a conocer (o a poder conocer) precisamente que se daban los presupuestos de activación de su deber (ibidem., ps. 85-86). En este ámbito podrían cobrar fuerza los casos de bloqueo de información, información

falsa o reporte defectuoso o incompleto de la información de los inferiores a los superiores y, en consecuencia, la falta de conocimiento o de conocimiento incompleto del superior que podría derivar en supuestos de autoría mediata por omisión de los inferiores que instrumentalizan a los superiores (ibídem., p. 93). En la misma línea, Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 328, al decir que esta situación podría determinar una situación de error invencible en el órgano de administración.

57 Sería distinto el caso, que por motivos de extensión no podemos desarrollar aquí, de los supuestos que exceden la ley 27.401 (es decir, que excedan los hechos de corrupción y los pocos delitos que prevé la ley). Si bien podría tratarse de una voluntaria política idónea para que la empresa establezca una más adecuada organización interna y externa frente a riesgos de otro tipo (p. ej., hurto, robo, lesiones, fraude interno, daños al medio ambiente, seguridad operacional, salud y seguridad en el trabajo), ello contiene una valoración jurídica penalmente distinta al contexto que subyace a la vigencia de la ley 27.401. Principalmente, porque es posible que en el seno de una empresa se ejerza un debido control y vigilancia sobre los subordinados sin que exista necesariamente un programa de cumplimiento previo. Por el contrario, en grandes y medianas empresas y una vez conocida la posibilidad de diseñar e implantar programas de cumplimientos, resultaría recomendable instaurar el compliance en forma efectiva y adecuada y, con ello -a pesar que no estén en juego hechos de corrupción pero sí potenciales hechos graves que atenten, p. ej., contra la integridad psicofísica o la vida de las personas- será más factible que el empresario se exima de responsabilidad penal. Ahora bien, no será exigible esta situación, ni se deberían extraer consecuencias negativas penales, si se analizan hechos de larga data, nos atrevemos a pronosticar más de 5 años de antigüedad en la Argentina ya que, con anterioridad y si bien a nivel internacional ya era conocido y aplicable, no tenía mayor difusión ni aplicación. Por lo menos, no en los términos que hoy se pretende.

58 Por el contrario, y con relación a la legislación española, Silva Sánchez considera que sí se trataría de un deber jurídico reforzado para la empresa. Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 101. 59 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, ps. 101-102.

60 Robles Planas, Ricardo, 2013, ps. 319-320. Como sostiene el autor, esta sentencia generó un revuelo en la doctrina que, a la fecha de la resolución, no se había planteado la posibilidad de que el OC llegara a responder penalmente por incumplir los deberes asumidos.

61 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 103. Las funciones, obligaciones y características del OC fueron analizadas en el apartado correspondiente de este trabajo y allí nos remitimos.

62 No existe una posición de garante original del OC por los delitos que se cometan en la empresa. Así, Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 321. El OC no asume la completa posición de garantía de control y vigilancia por delegación del competente ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte. No obstante, y al disponer de la información relevante para el cumplimiento de la función de vigilancia y control residual del garante primario, ocupa una posición privilegiada en la empresa y condiciona la actuación del órgano directivo que tiene que tomar decisiones en base a la información que el OC le reporte (ibídem., ps. 324-325). Según Bermejo, Mateo G.; Palermo, Omar, 2013, p. 197, los deberes de asunción pertenecen al ámbito de los deberes negativos. Con cita de Jakobs, afirman que “el que organiza a otro merma en su protección, debe compensar este deterioro con aportaciones propias”. Comparte la noción de asunción, Gómez-Aller, Jacobo Dopico, 2014, ps. 343-344.

63 Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 325.

64 Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 326. Según el autor, se podría tratar de la pasividad ante la presencia de indicios sobre posibles conductas delictivas o de la no transición de la información obtenida al órgano competente para impedir las. Más raramente se dará el supuesto de total dejación de funciones por parte del OC.

65 García Caveró, Percy, 2019, ps. 973,974, 976,977 y 981. Esta distinción entre competencia institucional y por organización trae importantes consecuencias jurídicas, en su posición, a la hora de analizar si el OC responde, en general, a título de autor (siempre lo será en el caso de incumplimiento de deberes positivos) o partícipe (podrá serlo en el caso de infracción de un deber negativo).

66 Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, 2014, p. 310.

67 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 103.

68 Se afirma que el OC, en general, es independiente en términos organizativos, económicos y materiales aunque carece de facultades ejecutivas. Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 321. Más adelante refiere que el OC no tiene facultades ejecutivas ni asume, con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su asunción es limitada: debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, en caso de detectar alguna irregularidad, debe transmitirlo para que lo corrija el competente (ibídem., p. 324).

69 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 104.

70 Silva Sánchez, Jesús María, 2013, p. 104.

71 Robles Planas, Ricardo, 2013, ps. 323 y 326. García Caveró, Percy, 2019, ps. 977-978, considera que, al referirse a la competencia por organización del OC, no le alcanza una responsabilidad penal por todos los delitos cometidos desde la empresa en perjuicio de terceros. Su competencia organizativa debe estar referida exclusivamente a los ámbitos de organización efectivamente asumidos en el marco de sus labores específicas.

72 Si, debido al cargo que recientemente había asumido el OC, éste podía tener algún tipo de responsabilidad penal y, en su caso, cuáles serían sus alcances y consecuencias.

73 Lo que no se explica aquí por motivos de extensión, más allá de algunas breves ideas introductorias y que será objeto de un futuro trabajo, son los alcances de la concreta intervención delictiva del OC en un hecho delictivo y bajo qué calidad específica podría responder (autor, coautor, autor mediato, partícipe primario o secundario).

74 Robles Planas, Ricardo, 2013, p. 328.