

Algunas problemáticas procesales en la Ley de Responsabilidad Penal de la Empresa

El acuerdo de colaboración ¿eficaz?

Por Vanesa N. Druetta
Román P. Lanzón

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La corrupción es uno de los flagelos que afecta a los Estados de todas partes del mundo; para combatirlo, se han pergeñado disposiciones normativas que pretenden reducir los ilícitos de esa naturaleza. Nuestro país no es la excepción; así, la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria ha venido a contribuir con tal objetivo. Sin embargo, su aplicación en el ámbito procesal penal, no la exime de críticas.

Este trabajo abordará algunas problemáticas vinculadas al proceso penal y, particularmente, se enfocará en el “acuerdo de colaboración eficaz”, previsto en el art. 16 la Ley N° 27.401.

El análisis del texto normativo pondrá de manifiesto que esta legislación es solo un punto de partida y habrá que pensar ajustes en los sistemas procesales, los cuales no han sido diseñados para llevar adelante -con eficacia- la investigación y el juzgamiento de las personas jurídicas.

II. El delito de corrupción en Argentina y la sanción de la Ley N° 27.401 en el derecho interno [\[arriba\]](#)

Como se adelantó, el fenómeno de la corrupción no reconoce fronteras; no obstante ello, es una problemática que ha tenido en los últimos tiempos, un fuerte impacto en Latinoamérica.

Tal es así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con preocupación -al analizar hechos de corrupción ocurridos en Guatemala-, de la siguiente forma: “la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa, con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos. En el contexto de la OEA, la lucha contra la corrupción tiene un rol importante en la implementación de compromisos fundamentales que los Estados miembros han asumido”.^[1]

El Poder Judicial regional no ha quedado al margen, señalando la necesidad de profundizar una política efectiva de persecución y castigo de los delitos de corrupción. En el marco de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada durante el mes de abril del año 2016, en la ciudad de Asunción, se concluyó lo siguiente: “[v]aloramos, a la luz de la doctrina y los documentos internacionales sobre la materia, la importancia que tiene la lucha contra la corrupción, y reconocemos, por lo tanto, los efectos nocivos que esta produce en las instituciones públicas”.^[2]

También, desde el propio Poder Judicial doméstico, se han ensayado soluciones para evitar la impunidad de estas conductas, a tal punto que algunos tribunales declararon la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, fundándose en la interpretación amplia del art. 36 de la Constitución Nacional.[3] En igual sentido, se pronunció en fecha más reciente la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.[4]

Además, existen instrumentos internacionales que obligan a nuestro país a tratar con seriedad la investigación, el juzgamiento y la sanción de estos ilícitos. Así, la Convención Interamericana contra la corrupción (1996, Ley N° 24.759); la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2000, Ley N° 25.319); la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley N° 25.632) y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (2006, Ley N° 26.097).

Esto refleja que Argentina (al menos, en los papeles) tiene una clara política de Estado, orientada a combatir los delitos contra la Administración Pública de funcionarios en connivencia con empresarios contratistas de servicios públicos.

El citado cúmulo de textos e instrumentos legales y su paulatina recepción por vía jurisprudencial llevaron al legislador nacional a sancionar la Ley N° 27.401, que prevé un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, aunque solo con el fin de punir determinados hechos ilícitos.[5] Como se advierte, la finalidad ha sido penalizar un universo particular de delitos cometidos contra la administración pública con la colaboración o participación de personas jurídicas. En ese sentido, quedan excluidas del régimen las personas jurídicas públicas (cfr. art. 146 del Código Civil y Comercial de la Nación).[6]

Esta reforma legislativa tiene una raíz anglosajona que dista de nuestras bases jurídicas, las cuales -como todos sabemos- se inspiraron en la legislación de Europa continental, impactando no solo en el diagrama del digesto penal de fondo, sino, y principalmente, en los modelos de enjuiciamiento que estuvieron vigentes hasta no hace mucho tiempo; inclusive, a nivel federal, esta ideología se mantiene, pese a que ya fue sancionado por el Congreso Nacional un nuevo código procesal penal acusatorio y adversarial.

El cambio normativo es una condición necesaria, pero no suficiente, para afrontar adecuadamente la persecución de determinados ilícitos. De ese modo, lograr responsabilizar penalmente a los entes ideales que se benefician por la comisión de tales conductas no será una tarea sencilla para los operadores jurídicos, por más que la Ley N° 27.401 haya entrado en vigencia. En efecto, existen algunas problemáticas que conspiran contra los resultados que pretende alcanzar la norma mencionada.

En primer lugar, la formación de los profesionales del derecho en las universidades del país, quienes miran de reojo la aceptación sin cortapisas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Existe una concepción arraigada del principio *societas delinquere non potest*. [7] Tal es así que, con claridad, la doctrina señala que: “este es uno de los pocos casos en que Kelsen, Cossio, Soler y Zaffaroni coinciden, desde puntos de vista muy diferentes”. [8]

En segundo lugar, la ausencia de una bibliografía específica y de estudios doctrinarios profundos funciona también, como un obstáculo para que este tema se instale entre los operadores judiciales.

Finalmente (pero no menos relevante), el sistema procesal penal parece haber sido ideado para el juzgamiento de seres humanos. En esa inteligencia, resulta inapropiado aplicar idénticas disposiciones procesales a aquellos casos en los cuales se lleve al banquillo de los acusados a una persona de carne y hueso, que cuando se pretenda enjuiciar el “comportamiento” (¿?) de un ente ideal.[9]

No obstante lo anterior, son esclarecedoras las reflexiones de calificada doctrina sobre esta temática: “me parece bien que el actual Derecho Penal disponga de un arsenal de medios específicos de reacción y control jurídico-penal de las personas jurídicas. Claro que estos medios deben ser adecuados a la propia naturaleza de estos entes. No puede hablarse de penas privativas de la libertad, pero sí de sanciones pecuniarias; no puede hablarse de inhabilitaciones, pero sí de suspensión de actividades o de disolución de actividades, o de intervención por parte del Estado. No hay, pues, que alarmarse tanto ni rasgarse las vestiduras cuando se hable de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino simplemente ser conscientes de que únicamente se trata de elegir la vía adecuada para evitar los abusos que a su amparo se realicen...Otra cosa es que para mantener la pureza del lenguaje jurídico y la coherencia con las premisas conceptuales de las que se parte, no se equiparen las sanciones específicamente aplicables a las personas jurídicas con las que se imponen a las personas físicas, o que por lo menos, se utilicen otros nombres o nomenclaturas distintas a las tradicionales penas y medidas de seguridad...”. [10]

Por otra parte, no puede soslayarse el hecho de que en Argentina, la aplicación de “penas” a los entes ideales no es por completo novedosa, ya que la legislación las contemplaba antes de la sanción de la Ley N° 27.401.[11]

En función de todo lo anterior, se impone aceptar el razonamiento enunciado, debido a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es en nuestro país - como se adelantó-, ley vigente, motivo por el cual el desafío que se presenta es debatir sobre los alcances y límites del texto positivo, sorteando las problemáticas procesales para el juzgamiento de los entes ideales. En pocas palabras, en razón de la tendencia actual a nivel mundial, ya no puede augurarse su eliminación del sistema penal.[12]

III. La persona jurídica como sujeto de derechos y los programas de integridad [\[arriba\]](#)

Una empresa involucrada en un caso de corrupción tiene mucho que perder; no solo afronta el riesgo de una eventual pena de prisión para las personas físicas que la componen o que ocupan cargos relevantes dentro de su estructura, sino que también el ente ideal está sujeto a la imposición de significativas multas y, posiblemente, por el solo hecho de ser investigada penalmente, a que se vean afectados su nombre e imagen en el mundo empresarial.[13] Esto último debe tenerse especialmente en cuenta frente a un mercado altamente competitivo, donde tanto el consumidor como el inversor están atentos a dichas variables.

Por otra parte, el elemento “humanidad”, al cual se sujeta el concepto de derecho humano, se extiende -según se desprende de las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- a “sujetos” que técnicamente no forman

parte de la especie humana, sino que provienen de la dimensión social del individuo. Esta evolución conceptual ha hecho que las personas jurídicas sean consideradas sujetos de protección de los derechos humanos. Así, el citado tribunal interamericano se pronunció en el caso “Cantos vs. Argentina”. [14]

En ese precedente, se dijo que: “la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación” (parágrafo 27).

Y, más adelante, añadió que: “...[e]sta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo N° 1 a de la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho... En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas” (parágrafo 29). [15]

En otras palabras, la Corte Interamericana ha reconocido la relación íntima entre los derechos y obligaciones de las personas jurídicas y los de las personas físicas que las constituyen, representan o actúan en su nombre. Esta relación determina, en concreto, que la violación de derechos hacia una persona jurídica pueda transformarse en la afectación a derechos humanos de las personas físicas que la conforman. [16]

Todo lo expuesto pone en evidencia que la persona jurídica tiene un interés que merece ser tutelado por el ordenamiento; por esa razón, la Ley N° 27.401 no solo impone determinadas obligaciones para el ente ideal, sino que también le otorga derechos análogos a los de cualquier persona física imputada por un delito. [17] Así, la persona jurídica tiene derecho a un abogado patrocinante que la represente en juicio [18] y, como contrapartida, su incomparecencia al proceso la hará pasible de su declaración de rebeldía. [19]

Además, la ley en estudio prevé los programas de integridad [20], para que las personas jurídicas establezcan mecanismos y procedimientos internos que les permitan prevenir, detectar y corregir irregularidades y, de esa forma, evitar la consumación de actos ilícitos, que puedan ser abarcados por los tipos penales contenidos en el art. 1 de ese mismo texto.

Esta política -denominada compliance en Estados Unidos- abarca mucho más que su aspecto normativo y tiene su principal anclaje en la autorregulación de la persona jurídica, mediante normas de conducta, códigos de ética y de gobierno corporativo, tendientes a abordar las innumerables situaciones que se suscitan a diario en la empresa y que son ajenas al conocimiento del legislador. [21]

Mediante tales programas de prevención de riesgos penales, se pretende facilitar la tarea del Estado (a quien, de otra forma, le resultaría dificultoso advertir este tipo de maniobras delictivas complejas) y, como correlato, atenuar o exonerar de responsabilidad al ente ideal. En pocas palabras, lo que se busca es poner de

manifiesto que la empresa ha hecho todo lo posible, todo lo que estaba a su alcance para evitar que se cometan delitos dentro de su propio seno.

Se espera que, paulatinamente, esos programas vayan afianzándose en la región y, para permitir que ello ocurra, la Oficina Anticorrupción creó una guía, a fin de que las empresas puedan cumplir adecuadamente con lo previsto en los arts. 22 y 23 de la Ley N° 27.401.[22] Lo que se pretende con dichos lineamientos generales, es brindar una guía técnica, no solo para las empresas, organizaciones de la sociedad civil y demás personas jurídicas, sino también para las agencias estatales, los operadores del sistema de justicia penal y la comunidad profesional experta en su conjunto.[23]

IV. El acuerdo de colaboración eficaz celebrado entre el fiscal y la persona jurídica [\[arriba\]](#)

Con respecto a las disposiciones legales importadas de otras latitudes y que fueron plasmadas en la ley argentina, se destaca la que permite que el ente ideal alcance un acuerdo con el Ministerio Público Fiscal, a fin de atenuar su responsabilidad penal por el hecho ilícito investigado.

El art. 16[24] regula el acuerdo de colaboración eficaz. Su denominación -por sí misma- indica que la información dada por la persona jurídica, a través de sus representantes, al fiscal debe tener entidad suficiente para alcanzar resultados favorables para la persecución penal; es decir, los datos aportados deben cumplir ciertos estándares de eficacia procesal. En otras palabras, esa colaboración no conlleva solo una obligación de medios para el ente ideal, sino también de resultados para el esclarecimiento de los hechos ilícitos.

En cuanto a su naturaleza, no debe perderse de vista que este “acuerdo” contiene siempre la imposición de una eventual pena para el ente ideal (en principio, el pago de una multa y el decomiso de determinados bienes), motivo por el cual es dable considerarlo un procedimiento de negociación especial que, ante el juzgamiento y en caso de condena a la persona jurídica, debe ser respetado, tanto por el actor público, como por el tribunal sentenciante, desplazando por especificidad las normas previstas en los digestos de fondo y de forma, sin perjuicio de lo establecido en el art. 28[25] de la ley.

A esta altura, y más allá de lo que será específicamente abordado a continuación, no puede dejar de señalarse la similitud existente entre este instituto con el acuerdo de colaboración previsto en la Ley N° 27.304, para la figura del “arrepentido”, incorporada, a su vez, en el art. 41 ter del Código Penal.[26]

Teniendo en cuenta que tal vez, los representantes de la persona jurídica con legitimación para negociar el acuerdo puedan ser los más involucrados con el accionar ilegítimo investigado, entendemos que se trata de una herramienta que debe ser utilizada con prudencia por el actor penal público, en tanto si se advierte un conflicto de intereses entre la persona física y la persona ideal que aquella representa, debe intimarse al ente para que la sustituya.[27] La ley no lo dice, pero creemos que es el fiscal, quien durante todo el tiempo en el que transcurre la negociación, debe arbitrar los medios necesarios para sortear el conflicto de intereses que pueda presentarse en un caso concreto, ya que, de advertirse el mismo

tras su presentación, el acuerdo de colaboración podría ser invalidado y carecer de efectos para el proceso penal la información allí suministrada.

El citado art. 16 establece cuáles son las condiciones que debe cumplir la información otorgada por la persona jurídica para que el acuerdo produzca los efectos previstos en la ley. La redacción de la norma es poco feliz y obliga a desentrañar (no sin esfuerzo) el alcance de tal disposición.

Pareciera ser que basta con que los datos precisos, útiles y comprobables proporcionados por el ente ideal alcancen alguna de las siguientes finalidades: a) esclarecer los hechos; b) identificar a los autores o partícipes de los comportamientos punibles; c) recuperar el producto o las ganancias del delito; d) cumplir con lo previsto en el art. 18 de la propia ley. No dice la ley (y creemos que no cabe interpretarlo de ese modo) es que todas estas finalidades deban lograrse.

Esto es lógico, si se tienen presentes los diferentes ilícitos abarcados por el art. 1 de la presente ley, ya que no es lo mismo que el delito investigado encuadre en la figura de tráfico de influencias a que, por ejemplo, se persiga el delito de enriquecimiento ilícito de un funcionario público. Cada tipo penal tiene sus particularidades y es, por esa razón, que los datos otorgados por la persona jurídica deben ser analizados en el contexto del ilícito investigado.

El acuerdo puede celebrarse hasta la citación a juicio (cfr. art. 16 de la Ley N° 27.401 y art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación).[28] La ley, en este punto, se aparta de lo previsto para el “arrepentido” en Ley N° 27.304 que -con mejor criterio- establece un límite anterior para la presentación del acuerdo, cual es el dictado del auto de elevación a juicio.[29]

No obstante, el legislador no ha establecido como requisito -contrariamente a lo regulado para el procedimiento abreviado-, que previamente se haya presentado la acusación fiscal (cfr. art. 346 del Código Procesal Penal de la Nación). En función de lo que se dirá más adelante sobre los efectos del acuerdo alcanzado por las partes, entendemos que este deberá contener una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos ilícitos sobre los cuales aparece sindicada la persona jurídica. Esto es sumamente importante, ya que el convenio bien podría celebrarse antes del llamado a indagatoria del ente ideal, por lo que debe quedar suficientemente claro qué hechos con apariencia delictiva se le atribuyen a la persona jurídica, en función de los cuales esta decida brindar colaboración al órgano de persecución penal, aportándole información sobre los mismos y sus responsables.

De ese modo, se evitarán problemáticas futuras, tendientes a desentrañar sobre qué plataforma fáctica debe versar el control jurisdiccional posterior y, de esa forma, el ente ideal podría invocar eficazmente la garantía constitucional del ne bis in idem, si eventualmente el fiscal pretendiera llevar adelante una nueva persecución penal por el mismo delito. En este punto, también, es más clara la regulación del acuerdo previsto en la citada Ley N° 27.304.[30]

Hay que destacar que ninguna disposición de esta ley señala expresamente lo antes dicho; no obstante ello, luce razonable que así sea, ya que el acuerdo de colaboración tiene como finalidad principal ayudar al fiscal en su labor investigativa con relación al ilícito y, por ese motivo, es altamente probable que el acuerdo se celebre con anterioridad a que el actor público requiera la remisión del caso a juicio, ya que se torna dificultoso pensar que luego de presentar su acusación, el Estado no

haya recabado las evidencias suficientes para sostenerla y lograr el dictado de una sentencia condenatoria, dependiendo para ello de la “voluntad” de colaboración del ente ideal.

Las tratativas de negociación entre los representantes de la persona jurídica y el Ministerio Público son confidenciales.[31] Esto se vincula con la necesidad de otorgar garantías adecuadas para el ente ideal, estableciéndose que el incumplimiento hará aplicables las normas que penalizan la violación de secretos. En ese caso, si bien la ley hace una remisión general a todo el capítulo pertinente del Código Penal, la conducta quedaría atrapada por el art. 156 del digesto de fondo.

El art. 18[32] establece qué debe contener el acuerdo alcanzado por las partes para tener validez, así como las condiciones a las que debe aceptar someterse el ente ideal en caso de resultar condenado.

Además de las condiciones previstas en los incs. a), b) y c) del art. 18, el legislador agregó otras -en los incs. d) a g), de carácter enunciativo- que pueden añadirse al convenio “según las circunstancias del caso”. Estas se vinculan con las pautas previstas en el Código Penal para el dictado de la condena de ejecución condicional o la suspensión del juicio a prueba (cfr. art. 27 bis del Código Penal).

Por lo tanto, podría decirse que la ley analizada, en este punto, ha amalgamado algunos aspectos de la regulación legal de, principalmente, dos institutos: el procedimiento abreviado, por un lado, y la condena de ejecución condicional, por el otro.

Se destaca que, fuera de los alcances de este acuerdo, la pena de multa que puede imponerse a una persona jurídica condenada -por remisión a las penas previstas en el art. 7- será fijada en un monto de dos a cinco veces el beneficio económico obtenido “o que se hubiese podido obtener” (como se advierte, existe un margen amplio de discreción para determinar el monto en aquellos supuestos en que el beneficio obtenido por el ilícito no se pueda evaluar con precisión). Frente a ello, la multa pautada en el acuerdo se reduce a la mitad del mínimo allí establecido, con lo que el beneficio obtenido por la persona jurídica que eventualmente resulte condenada (en tanto, la información aportada sea “eficaz”) es ciertamente considerable en este aspecto, más aun si se contempla que no podrían imponérsele en la sentencia ninguna de las demás penalidades previstas en el referido art. 7.

Ello determina que si la persona jurídica es hallada responsable penalmente en los términos de esta ley luego de un juicio, será merecedora de una “pena”, pese a la información proporcionada al fiscal en el convenio suscripto, aunque con los beneficios antes referidos, que no le comprenderían en caso de no prosperar el acuerdo.

En tal sentido, una vez aprobado el convenio y corroborada dentro de un plazo la utilidad de la información otorgada, el ente ideal no evita el juicio oral en su contra y, ante una eventual condena, debe siempre pagar una multa (que es una de las penas previstas en el art. 5 del Código Penal) y aceptar el decomiso que, por regla, también tiene (si bien, de carácter accesorio) naturaleza punitiva, no obstante los cambios legislativos que autorizan -en determinados supuestos- el decomiso de bienes anticipado o sin condena previa.

No obstante, una problemática que debe resolverse para que estos acuerdos tengan operatividad y no se conviertan en letra muerta, es cómo van a interactuar los demás organismos estatales que funcionan separadamente al Ministerio Público Fiscal y que tutelan intereses distintos.

En efecto, el Fiscal representa los intereses generales de la sociedad (cfr. art. 120 de la Constitución Nacional); sin embargo, no necesariamente debe velar por las pretensiones de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), la Oficina Anticorrupción, el Banco Central de la República Argentina, la Comisión Nacional de Valores, la Unidad de Información Financiera y las oficinas de rentas provinciales.

En ese esquema, difícilmente una empresa acuerde con el fiscal y se exponga a semejantes contingencias como las apuntadas, si no le aseguran la renuncia no solo a la persecución penal, sino también a la de índole administrativa o de otro orden por parte de las reparticiones antes enumeradas.[33]

Pero aun cuando tales circunstancias sean superadas, hay que destacar que el fiscal no goza de discrecionalidad en materia de persecución delictual. Así, salvo lo previsto en algunas legislaciones provinciales, no está instalada (y mucho menos, legislada) una cultura procesal que le otorgue al fiscal adecuadas y eficaces herramientas de negociación sobre la pretensión punitiva. Por el contrario, a nivel federal, todavía subsiste el principio de legalidad procesal[34] y, en aquellos sistemas de enjuiciamiento en los cuales el actor público goza de cierta disponibilidad, esta no es total y está sometida al control del órgano jurisdiccional.

Lo mismo puede decirse con respecto a la posibilidad de negociar una pena a través del procedimiento abreviado. Las legislaciones procesales prevén férreos controles, no solo estableciendo límites sobre los hechos ilícitos que pueden ser parte de abreviación o imponiendo un máximo de pena privativa de la libertad susceptible de ser acordada (por ejemplo, el código federal establece como tope máximo la pena de seis años), sino también pergeñando controles internos en la órbita del propio Ministerio Público[35] y, además, dejando en manos del tribunal la aceptación o no de ese convenio.

Esta última condición dificulta aún más el panorama tendiente a alcanzar eficacia en los acuerdos de colaboración entre la persona jurídica investigada y el actor penal público, ya que a las contingencias previamente apuntadas hay que agregarle que el control judicial posterior, a juzgar por cómo está previsto en la ley, puede desarticular con facilidad el acuerdo arribado por las partes.

En efecto, el art. 19[36] establece que el juez evaluará “la legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada y decidirá su aprobación, observación o rechazo”.

Ante todo, corresponde determinar quién es el juez competente para ello. Del contenido del art. 26[37], se podría extraer la regla de que en materia federal, durante la etapa de instrucción, será competente para analizar el acuerdo el juez federal que interviene en el marco del ilícito oportunamente denunciado.

Una vez más, la ley no lo dice expresamente, ya que el citado artículo se limita a regular la intervención jurisdiccional para la aplicación de penas a las personas jurídicas y no para el tratamiento del acuerdo de colaboración previsto en el art. 16. Sin embargo, esta lógica se impone, si se tiene presente la regulación del sistema

procesal penal nacional[38] y lo que surge por analogía del art. 9 de la Ley N° 27.304.[39]

Entendemos, no obstante, que esto impacta en la garantía de imparcialidad del juzgador, ya que el mismo juez que intervendrá en el trámite vinculado al acuerdo de colaboración es quien lleva adelante la investigación del hecho ilícito. Si bien este no es el mismo magistrado que dicta la sentencia, lo cierto es que cumple un rol fundamental -como se verá más adelante- en la suerte del convenio, a punto tal que, si este supera el tamiz judicial, deben respetarse (si al concluir el juicio oral se halla culpable a la persona jurídica) las sanciones oportunamente pactadas entre las partes.

Esta problemática no se evita delegando la instrucción en manos del Ministerio Público Fiscal, ya que aun en esos supuestos, el juez debe llevar a cabo actos procesales que lo comprometen de igual modo en la atribución de responsabilidad a la persona jurídica involucrada; así, por ejemplo, recibir su declaración indagatoria, dictar el auto de procesamiento[40] en su contra o disponer la clausura y elevación a juicio de la causa (cfr. arts. 213 y 215 del Código Procesal Penal de la Nación).

Como se advierte, solo en los casos en que el Fiscal tenga a su cargo (verdaderamente y no solo en términos formales) la investigación del ilícito penal -lo que no ocurre en el ámbito federal-, el acuerdo de colaboración resultaría inobjetable, en cuanto a la afectación de la garantía de imparcialidad del juzgador. De allí que solo en aquellas latitudes donde el modelo de enjuiciamiento es otro y el poder penal para investigar y decidir llevar a juicio a una persona (física o jurídica) está concentrado en el actor, es que los mecanismos de colaboración como el analizado pueden alcanzar algún grado de éxito.

Si el convenio, en cambio, es presentado luego de que la causa fuera remitida a plenario, habrá que definir si el tribunal oral interviniente debe conformarse de manera unipersonal o colegiadamente.[41] Teniendo en cuenta la escala penal en abstracto prevista para todas las conductas delictivas abarcadas por el art. 1 de la Ley N° 24.701 (que en ningún caso, superan los seis años de prisión), debería constituirse un tribunal unipersonal, máxime cuando el régimen está emparentado con otros institutos y, para esos casos, el legislador previó la integración del órgano judicial con un solo magistrado (cfr. art. 32 apartado II del Código Procesal Penal de la Nación). Sin embargo, se impone tener presente que en los ilícitos de esta ley especial, aparece siempre vinculado un funcionario público, lo que obligaría a integrar el tribunal pluripersonalmente, según lo establece el código de forma (cfr. art. 32, apartado III, inc. 2).

Sentado lo anterior, cabe debatir sobre lo que luce más problemático: el “control judicial” del acuerdo, celebrado entre el actor penal y el ente ideal (cfr. art. 19 antes citado).

Como se dijo, el actor penal no puede desistir libremente (aunque lo haga de manera fundada) de la pretensión punitiva; su accionar está condicionado por mecanismos de revisión interna y, a la postre, por la decisión final del órgano jurisdiccional. Esta ley no es la excepción: el tribunal puede decidir la aprobación del convenio, su observación o, eventualmente, su rechazo.

El texto legal no se explaya sobre qué es lo que se puede “observar”[42] y qué consecuencias produce sobre el acuerdo de colaboración. Tampoco señala de qué

modo la “observación” del tribunal se exterioriza; pareciera ser que debería comunicarse a las partes en el marco de una audiencia oral convocada al efecto.

Pero hay que tener en cuenta que, como se dijo, la etapa de negociación es confidencial y no debe trascender -según textualmente reza el art. 17- “hasta la aprobación del acuerdo”. Con lo cual, si el tribunal decide “observar” el convenio, no tendría otra alternativa que comunicar esa circunstancia en una audiencia, pero sin publicidad, a fin de evitar la difusión anticipada de lo acordado por las partes.

Otra cuestión que subyace es qué actitud procesal pueden adoptar las partes frente a la observación del acuerdo realizada por el juez. En nuestra opinión, no quedaría otro camino que adecuar los términos del convenio en el sentido indicado por el órgano jurisdiccional, ya que la ley no prevé la posibilidad de impugnar o recurrir esa “observación” ante otro juez.

Ahora bien, superada esa instancia, el tribunal debe aprobar o rechazar el acuerdo. Es decir, cualquiera sea el alcance que se le asigne al término “observar”, el juez finalmente debe pronunciarse en un sentido o en el otro.

Se impone señalar que la regulación del rechazo del acuerdo previsto en el art. 20[43] prevé dos hipótesis, en tanto puede ocurrir que el acuerdo se rechace en la primera oportunidad de control judicial o que, habiendo sido aprobado, luego “no prospere”.

Efectivamente, los efectos del convenio se encuentran condicionados a que el mismo prospere: ¿qué significa que el acuerdo debe prosperar? Según el diccionario de la Real Academia Española, que algo prospere, en su segunda acepción, es “tener éxito o imponerse (una idea, una opinión o una iniciativa)”; este pareciera ser el sentido que cabe asignarle a la expresión legal. Por lo tanto, esta parte del artículo se refiere al supuesto en que, habiendo sido aprobado el acuerdo por el tribunal, luego se determine que el mismo no ha alcanzado los resultados pronosticados; ello, en función de lo establecido en el 3º párr. del artículo siguiente.[44]

Ahora bien, en cualquiera de esos supuestos, la ley señala que: “la información y las pruebas aportadas... durante la negociación deberán devolverse o destruirse, y no podrán ser empleadas judicialmente”. De algún modo (aunque en este caso, no hay un reconocimiento expreso de la culpabilidad por parte de la persona jurídica), la consecuencia legal evoca lo previsto por el código federal, al regular el procedimiento abreviado, cuando establece que, ante su rechazo judicial, ese acuerdo “no será tomado como indicio en su contra [del imputado]”.

La excepción a esa regla está dada por el hecho de que el Ministerio Público haya tenido conocimiento previamente (o por una vía independiente) de la información que contiene el acuerdo de referencia.

Como puede apreciarse, se legisló en sentido análogo a la regla jurisprudencial que prevé la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente: su invalidez arrastra también, a todas las pruebas que fueron su fruto, a excepción de que se acredite -por una fuente alternativa de conocimiento- que se hubiera podido alcanzar de igual modo y legalmente ese extremo probatorio que luce viciado.

En el caso que aquí se está analizando, corresponde aplicar idéntico estándar de exigencia que para la invalidez probatoria y, por lo tanto, el cauce independiente

de la información contenida en la negociación que se pretenda utilizar en un juicio luego del rechazo del acuerdo, debe ser cierto y concreto, no meramente conjetural o hipotético.[45]

Para que el convenio de colaboración alcance eficacia (“ prospere”) en el caso, dentro de un plazo determinado, hay que corroborar que la información proporcionada por el ente ideal ha sido verosímil y útil para la investigación y juzgamiento de los hechos ilícitos.

En pocas palabras, la persona jurídica puede estar hasta un año, contado desde la fecha en que se aprobó el acuerdo de colaboración, en una situación incierta, ya que si la información suministrada en el convenio no cubre las expectativas del órgano investigador, el juez podrá dejar sin efecto aquel y continuar el proceso penal de acuerdo a las reglas generales.

Con un aditamento que no puede ser soslayado, que es que el control de cumplimiento (“eficacia”) del acuerdo no le corresponde solo al fiscal, sino también al tribunal que le dio su aprobación (cfr. art. 21 de la ley, antes citado).

Cabe agregar que, aunque la ley no lo diga expresamente, los miembros del tribunal que adopten la decisión de rechazar el acuerdo o de dejarlo sin efecto (cfr. arts. 20 y 21 de la Ley N° 27.401), deberán inhibirse de intervenir en el eventual juicio oral (si la causa ya hubiera sido remitida a plenario o llegare a serlo), debido a que se vería afectada la garantía de la imparcialidad prevista constitucionalmente (cfr. art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; entre otros).

Pero la torpeza legislativa es, a esta altura, de una gravedad inusual porque tampoco prevé en qué marco debe ser evaluada la información proporcionada por el ente ideal; es decir, cómo se efectúa el “control de cumplimiento” del convenio previamente aprobado por el tribunal. A nuestro modo de ver, cualquiera de las partes -dentro del plazo anual previsto- podría solicitar una audiencia ante el tribunal, a fin de que este evalúe la utilidad de la información aportada y, de ese modo, exigir la operatividad del convenio ante el eventual dictado de la sentencia que condene a la empresa. En esa audiencia convocada al efecto, las partes tendrían la posibilidad de exponer sus respectivas posiciones y, en ese marco, el tribunal resolverá lo que considere pertinente.

Ahora bien, una vez transcurrido el plazo anual, sin que el Ministerio Público Fiscal aportara elementos suficientes que permitan corroborar la verosimilitud y utilidad de la información dada oportunamente por la persona jurídica, el tribunal no podrá dejar sin efecto oficiosamente el acuerdo. Esta decisión se impone, si se tiene presente -una vez más- el objetivo principal del convenio: la colaboración con el Ministerio Público Fiscal por parte del ente ideal para el esclarecimiento de los hechos; si esa información no fue aprovechada adecuadamente dentro de un plazo razonable por el actor penal, mal podría ser castigada la empresa y dejado sin efecto el acuerdo. En ese esquema, entendemos incluso que si las partes no hubieran solicitado la audiencia de control -transcurrido el plazo anual referido-, el tribunal tampoco podría de oficio convocarlas a tales fines, debiendo respetarse el acuerdo suscripto, que resulta eventualmente oponible ante el tribunal sentenciante.

Por lo demás, tampoco el convenio podría quedar supeditado a lo que suceda con la investigación iniciada o continuada a partir de la cooperación de la persona jurídica, ya que la persecución y juzgamiento de los delitos de esta naturaleza dependen del impulso de las agencias estatales y no de los particulares, por más que estos aparezcan vinculados con tales ilícitos. Cabe agregar que la propia ley ha regulado la extinción de la pretensión por el transcurso del tiempo (cfr. art. 5[46]), sin alterar las causales suspensivas e interruptivas previstas en el Código Penal.

En síntesis, si el convenio de colaboración supera todas las barreras impuestas por la ley y la persona jurídica es hallada responsable penalmente en el marco del juicio, el dictado de la sentencia judicial -como se dijo- debe respetar las condiciones establecidas en aquel, no pudiendo imponerse otras penas diferentes a las pactadas (cfr. art. 21, 2º párr., antes citado).

Con todo lo dicho, es dable decir, entonces, que el acuerdo de colaboración regulado en la Ley N° 27.401 es una suerte de procedimiento abreviado, cuya sentencia condenatoria -disminuida- se encuentra sometida a una doble condición suspensiva: a) que luego del juicio el ente ideal sea hallado responsable penalmente por el hecho ilícito y, b) que la información oportunamente suministrada por la persona jurídica haya adquirido la eficacia necesaria, a los fines de la investigación penal; en ese marco, la sentencia deberá respetar los términos pactados oportunamente entre las partes y, de ese modo, la persona jurídica podrá “beneficiarse” del acuerdo oportunamente suscripto con la imposición de una pena reducida.

En síntesis, teniendo en cuenta los múltiples condicionamientos e imprevisiones que surgen del texto legal analizado, el éxito del acuerdo de colaboración regulado en el art. 16 parece cuanto menos dudoso al concluirse que, tras la aprobación judicial del acuerdo suscripto, la persona jurídica carece de toda previsibilidad sobre su destino final -en tanto resta aún determinarse la “eficacia” de la información suministrada para que el acuerdo “prosperare”- y que, aun acreditada dicha utilidad, la persona jurídica de todos modos no resulta exenta de la imposición de una sanción punitiva.

V. Conclusiones finales [\[arriba\]](#)

Es loable que el Estado prevea reformas normativas, tendientes a combatir el fenómeno de la corrupción que afecta a la administración pública, no solo en nuestro país, sino a nivel global. Sin embargo, la Ley N° 27.401 es únicamente un punto de partida que debe ser complementado con profundos cambios en las demás áreas estatales para lograr los resultados esperados. Creer que es posible solucionar esta problemática, a partir de la criminalización de determinados comportamientos del ente ideal es, cuanto menos, de una inocencia intolerable.

Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho indiscutible que la responsabilidad penal para las personas jurídicas ya está instalada en nuestro país, como una herramienta de política criminal que ha llegado para quedarse.

En ese contexto, se enmarca el acuerdo de colaboración eficaz previsto en el art. 16 de la ley, que permite al ente ideal alcanzar un convenio con el fiscal, proporcionándole información útil en la investigación de los hechos y sus responsables a cambio de atenuar su responsabilidad penal por el ilícito que se le atribuye.

Nos corresponde señalar al respecto, como fue analizado en este trabajo, que la deficiente regulación normativa traerá más problemas que soluciones, teniendo en cuenta las numerosas imprevisiones legales que dejan al arbitrio de las prácticas tribunalicias la definición de importantes aspectos.

En tal sentido, hemos visto que la aprobación del acuerdo -en tanto se haya comprobado la eficacia de la información suministrada por la persona jurídica- conlleva a que lo allí pactado deba ser respetado, tanto por el actor público, como por el tribunal sentenciante, tras el juzgamiento y eventual condena de aquella, pero no evita bajo ningún concepto la imposición de una pena para el ente ideal que, en principio, consiste en el pago de una multa -aunque reducida respecto de la previsión general- y el decomiso de determinados bienes, sin mencionar las penalidades que podrían imponérsele en el ámbito administrativo (sobre lo cual nada reguló la ley).

Por otra parte, se destaca la similitud existente entre este instituto y el acuerdo de colaboración previsto en la Ley N° 27.304 para la figura del “arrepentido”, resultando cuanto menos curioso que, al poco tiempo, se haya regulado -casi innecesariamente- una especie más de procedimiento de negociación especial.

No obstante, este acuerdo, previsto en la ley de responsabilidad de la persona jurídica, está sometido a múltiples controles jurisdiccionales que, a la postre, ponen en riesgo su eficacia pudiendo transformarlo en una herramienta procesal de escasa aplicación. Así, en la medida en que el Fiscal no tenga a su cargo (verdaderamente y no solo en términos formales) la investigación de los ilícitos penales -lo que no ocurre hasta el presente en el ámbito federal-, el acuerdo de colaboración regulado en la Ley N° 27.401 no solo resulta difícilmente aplicable debido al férreo control jurisdiccional al que está sometido, sino que además -como se trató en este trabajo- esto último resulta objetable en orden a la afectación de la garantía de imparcialidad del juzgador.

De allí que solo en aquellas latitudes donde el modelo de enjuiciamiento es otro y el poder penal para investigar y decidir llevar a juicio a una persona (física o jurídica) está concentrado en el actor, es que los mecanismos de colaboración como el analizado podrán alcanzar algún grado de éxito.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 1/17 de fecha 12.09.17, “Derechos Humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción”. En sentido similar, se pronunció un año después, en la ciudad de Bogotá (Colombia), a través de la Resolución N° 1/18 de fecha 2.03.18.

[2] Véanse estas conclusiones publicadas en el siguiente sitio web: www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento/conclusiones/download/374/333/15.

[3] Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en autos “M.D.M. y otros s/296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, de fecha 6.10.16, Expediente N° FLP 3290/2005. Véase, sobre el particular, el voto del Dr. Leopoldo Shiffrin. Por su parte, la Dra. Calitri fue todavía más lejos en su voto y argumentó que los delitos de corrupción debían ser considerados, además de imprescriptibles, crímenes

contra la humanidad.

[4] Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en autos “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/recurso de casación”, de fecha 29.08.17, causa N° CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8, Reg. N° 1075/18. En dicho precedente, el Dr. Gustavo Hornos señaló -en relación con lo que surge del art. 36 de la Constitución Nacional-, que: “...la tercer conducta prevista [en el citado texto constitucional] que es la que posee más vigencia en estos tiempos en el que las instituciones democráticas se encuentran definitivamente consolidadas, es la de quien se enriquece mediante la comisión de un grave delito doloso en perjuicio del Estado. Entonces, es posible afirmar, sin mayores cuestionamientos, que del 5° párr. del art. 36 de la Constitución Nacional surge que quien comete un grave delito doloso contra el Estado que haya conllevado enriquecimiento atenta contra el sistema democrático”. Y, más adelante, dijo que: “...no puede desconocerse la trascendencia institucional de las investigaciones judiciales que versan directamente sobre la presunta comisión de las maniobras delictivas que forman parte de una clase gravísima, cuyas consecuencias producen efectos insidiosos que trascienden a la sociedad en su conjunto. En este sentido, puede además afirmarse que este tipo de delitos, además de socavar los cimientos mismos del Estado de Derecho, afecta seriamente su orden económico y financiero. Y, como contracara, surge la necesidad de un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, tal como lo ordena la Constitución Nacional... Por ello, desde una mirada dinámica y flexible del derecho, debe señalarse que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 de la Constitución Nacional, los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, que conlleven enriquecimiento, resultan imprescriptibles...”. Por su parte, el Dr. Juan Carlos Gemignani compartió -si bien con fundamentos propios-, la tesis esgrimida por su colega, señalando que: “la acción penal nacida a raíz a de la intervención delictiva de funcionarios públicos, cualquiera sea su gravedad, no será susceptible de extinguirse vía la invocación de la causal de prescripción”. Se impone destacar que en el presente caso, se pronunció con una fundada disidencia el Dr. Mario Hernán Borinsky.

[5] Art. 1: “Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:

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

[6] Para un mayor desarrollo sobre este punto, puede consultarse el artículo de Marcelo A. Riquert, titulado “Los acuerdos de colaboración eficaz en la Ley N° 27.401 (de responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos contra la administración pública y cohecho nacional y transnacional)”, publicado en el sitio web: <http://riquert-pr.ocesop.ena.l.blog.spot.com/2018/06/los-acuerdos-de-colaboracion-eficaz-en.html>.

[7] A modo de ejemplo, cabe recordar las enseñanzas de Eugenio R. Zaffaroni, plasmadas en un reconocido pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Fly Machine S.R.L. s/recurso extraordinario”, de fecha 30.05.06, Fallos: 329:1974). En ese precedente, sostuvo en su voto en disidencia, que: “el requerimiento de conducta humana como

presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico- penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*” (considerando N° 5). Y más adelante, agregó que: “más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad, dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto -precisamente, por su incapacidad de acción y de autodeterminación-, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido, asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica “la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena” (considerando N° 11).

[8] AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “Apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal (y algo sobre el contrabando)”, Ed. La Ley, 2007-E, pág. 949. En este artículo, el autor hace un breve repaso por las ideas de los juristas nombrados y concluye que, aun partiendo de concepciones diversas sobre lo que es el Derecho y cómo se estructura el delito, aquellos autores alcanzan idénticas soluciones.

[9] Las problemáticas vinculadas al proceso penal fueron advertidas por el Dr. Eugenio R. Zaffaroni en el citado voto en el caso “Fly Machine”. Allí, sostuvo el citado jurista, que: “tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso” (considerando N° 12). Cabe destacar que el Dr. David Baigún ha escrito acerca de la posibilidad de pensar en un sistema de doble imputación; es decir, frente al delito protagonizado por un ente colectivo, coexistirían dos vías de atribución de responsabilidad penal: una, dirigida a la persona jurídica como unidad independiente, y, otra, a las personas físicas que la integran. Con respecto a la imputación hacia el ente ideal, enfatiza la diferente naturaleza de la acción (acción institucional); considera que la tipicidad debe ajustarse a pautas distintas (se prescinde del dolo tradicional y se interpreta el tipo como globalidad); la antijuridicidad se mantiene igual que para las personas físicas (si bien, despojada de los elementos subjetivos) y la culpabilidad perdería su sentido tradicional; finalmente, las penas deberían adecuarse a la naturaleza del ente colectivo (cfr. D’ ALBORA, Francisco (h), “Lavado de dinero y régimen penal administrativo”, La Ley, 2003-C, págs. 1276/1278).

[10] MUÑOZ CONDE, Francisco, “Delincuencia Económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann”, Ed. Gise, Madrid, 1995, pág. 278, citado por D’ALBORA, Francisco...op. cit., pág. 1274.

[11] A título ilustrativo, podemos citar las siguientes disposiciones legales: Ley N° 11.683, de Procedimiento Fiscal (arts. 39, 40, 44, 45, 46, 48 y 55); Ley N° 20.680 de Abastecimiento (art. 8, sustituido por el art. 7 de la Ley N° 26.991); Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia (arts. 46, 47 y 48); Ley N° 13.985 sobre Delitos contra la Seguridad de la Nación (art. 12, inc. d); el Código Aduanero (arts. 876, 887, 888, 903, 904, 909 y 910); Ley N° 19.359 y sus modificatorias, Régimen Penal Cambiario; Ley N° 26.683, modificatoria del Código Penal y de la Ley N°

25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo que incorporó el art. 304 al digesto de fondo; Ley N° 24.192 del Régimen contra la Violencia en Espectáculos Deportivos; Ley N° 27.430 del nuevo Régimen Penal Tributario (art. 13); etc. (cfr. CILLERUELO, Alejandro R., “Sistema de sanciones en el Código Penal”, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2018, pág. 229/230).

[12] Algo similar ocurrió hace más de una década en nuestro país, con el instituto del querellante para los delitos de acción pública. En la actualidad, casi no se discute su intervención como parte en el proceso penal y lo que se debate son los límites a su actividad procesal y su articulación con el actor penal público. En ese esquema de razonamiento, el Código Procesal Penal de la Nación incorporó originalmente al querellante luego de una férrea insistencia del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en el año 1991, con la primigenia idea de que actuara junto al Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, paulatinamente, sus atribuciones en el proceso se ampliaron, debido a la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina que escribió sobre el tema, hasta que se sucedieron las reformas legislativas que fueron coronadas con la reciente ley de “Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos” (Ley N° 27.372). Así, en la actualidad, a nadie se le ocurre pensar en la eliminación del instituto del código de procedimientos.

[13] Cfr. CASTANY, María Luz - RODRÍGUEZ, Diego - VINUESA, Nicolás, “Compliance y proceso penal. Investigaciones internas y denuncias”, en AA.VV., “Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, pág. 198.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Cantos vs. Argentina”, sentencia de fecha 7.09.01, (Excepciones Preliminares), Serie C, N° 85.

[15] Estas expresiones citadas fueron previamente postuladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, de fecha 6.02.01, Serie C, N° 74 (véanse, los párrafos 123, 125, 138 y 156). En este caso (en el cual se debatía, principalmente, los alcances del derecho a la libertad de expresión), se probó que el señor Ivcher tenía acciones -y era socio mayoritario- de la empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana y que, además, era presidente del directorio de dicha compañía. A partir de la emisión de diversos programas que criticaban al gobierno peruano, se impidió que el nombrado pudiera ejercer los derechos que le correspondían en carácter de accionista y, en tal sentido, perdió toda injerencia y control sobre la compañía antes citada. En lo que aquí interesa, la Corte enfatizó -con cita en un precedente de la Corte Internacional de Justicia- que correspondía diferenciar los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación (véase párrafo 127).

[16] Cfr. MURILLO CRUZ, David Andrés, en su opinión escrita presentada al señor Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la interpretación y alcance del art. 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el siguiente link: www.corteidh.or.cr/sites/observaciones/panama/24.DavidAndresMurilloCruz.pdf.

[17] Art. 11: “Situación procesal de la persona jurídica. La persona jurídica tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables”.

[18] Art. 13: “Representación. La persona jurídica será representada por su representante legal o por cualquier persona con poder especial para el caso, otorgado con las formalidades que correspondan al tipo de entidad de que se trate, debiendo designar en cualquier caso abogado defensor. En caso de no hacerlo, se le designará el defensor público que por turno corresponda.

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

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

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

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

[19] Art. 14: “Rebeldía. En caso de incomparecencia a la citación, la persona jurídica será declarada rebelde por el juez, a requerimiento del fiscal.

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

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

[20] Véanse, concretamente, los arts. 22, 23 y 24 de la Ley N° 27.401.

[21] Cfr. CASTEX, Francisco - DUBINSKI, Andrés M., “La nueva Ley N° 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en AA.VV., “Responsabilidad penal...”, op. cit., pág. 41.

[22] Hay que recordar que mediante el Decreto N° 277/18, el Poder Ejecutivo Nacional le confirió a la Oficina Anticorrupción la responsabilidad de establecer aquellos principios, lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en la Ley N° 27.401. En ese sentido, la Resolución N° 27/2018 de fecha 1.10.18 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, aprobó, a través de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción los “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas” (véase Boletín Oficial de la Nación, de fecha 4.10.18, págs. 28 y ss.).

[23] Los citados lineamientos pueden consultarse en el siguiente link: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oficina-anti-corrupcion-publico-los-lineamientos-de-integridad-para-empresa-y-otras>.

[24] Art. 16: “Acuerdo de Colaboración Eficaz. La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18 de la presente ley. El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio”.

[25] Art. 28: “Aplicación supletoria. En los casos de competencia nacional y federal alcanzados por la presente ley, será de aplicación supletoria el Código Procesal Penal de la Nación”.

[26] Dicha norma establece una reducción de la escala penal, en casos en los cuales la persona física brinda información o datos precisos, comprobables y verosímiles, siempre que: “...los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; [permita] esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos

investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo...”. Como se advierte, la redacción de esta norma es similar a la del art. 16 de la Ley N° 27.401. Para un desarrollo comparativo profundo entre ambos institutos, puede verse el interesante artículo de Marcelo A. Riquert, publicado en internet y que previamente, fue citado en este trabajo. Si bien esta es la legislación que rige actualmente, hay que recordar que el nuevo Código Procesal Penal Federal también prevé los acuerdos de colaboración para los delitos establecidos en el art. 41 ter del código de fondo, no obstante lo cual ese código de procedimientos todavía no ha sido implementado (véanse los arts. 195 a 208 del Código Procesal Penal Federal, según Ley N° 27.063 y su modificatoria N° 27.482, texto ordenado mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 118/2019 de fecha 8.02.19).

[27] Art. 15: “Conflicto de intereses. Abandono de la representación. Si se detectare la existencia de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante, se intimará a aquella para que lo sustituya”.

[28] Las provincias (que tienen sus propios códigos procesales penales) deben adecuar sus legislaciones a este texto, como lo establece el art. 28 del cuerpo normativo en análisis. En el nuevo Código Procesal Penal, el plazo sería hasta la audiencia de control de la acusación prevista en el art. 279 del Código Procesal Penal Federal, según Ley N° 27.063 y su modificatoria N° 27.482 (véase, específicamente, lo regulado en el art. 197 de ese digesto procesal que resultaría de aplicación analógica a este caso).

[29] Art. 3: “Oportunidad: El acuerdo con el imputado arrepentido sobre lo previsto en el art. 41 ter del Código Penal deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente...” (cfr. Ley N° 27.304).

[30] Art. 7: “Acuerdo de colaboración. Requisitos formales. El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá contener con claridad y precisión lo siguiente: a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuye al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación...” (cfr. Ley N° 27.304).

[31] Art. 17: “Confidencialidad de la negociación. La negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, así como la información que se intercambie en el marco de esta hasta la aprobación del acuerdo, tendrán carácter estrictamente confidencial, siendo su revelación pasible de aplicación de lo previsto en el Capítulo III, del Título V, del Libro Segundo del Código Penal”.

[32] Art. 18: “Contenido del acuerdo. En el acuerdo, se identificará el tipo de información o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo las siguientes condiciones:

a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el art. 7 inc. 1) de la presente ley;

b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito;

c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena;

Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso:

d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado;

e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad;

f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho

delictivo;

g) Implementar un programa de integridad en los términos de los arts. 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente”.

[33] Cfr. CASTEX, Francisco - DUBINSKI, Andrés M., “La nueva Ley N° 27.401 y la responsabilidad penal empresarial”, en AA.VV., “Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, pág. 31.

[34] No obstante lo dispuesto en el art. 71 del Código Penal, el nuevo Código Procesal Penal Federal -como antes se dijo- todavía no se ha implementado (cfr. Ley N° 27.063 y sus modificatorias).

[35] Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, aquellos acuerdos cuyo monto de pena superen los seis años de prisión deben ser avalados por el Fiscal Regional y, si el acuerdo conlleva una pena superior a los ocho años, requiere, además, la firma del Fiscal General (cfr. art. 339 inc. 6 del Código Procesal Penal de Santa Fe).

[36] Art. 19: “Forma y control judicial del acuerdo de colaboración. El acuerdo se realizará por escrito. Llevará la firma del representante legal de la persona jurídica, la de su defensor y del representante del Ministerio Público Fiscal, y será presentado ante el juez, quien evaluará la legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada, y decidirá su aprobación, observación o rechazo”.

[37] Art. 26: “Competencia. El juez competente para entender en la aplicación de penas a las personas jurídicas será el competente para entender en el delito por cuya comisión sea imputable la persona humana”.

[38] Como regla general, la investigación de los hechos con apariencia de delito está en manos del órgano jurisdiccional, salvo supuestos excepcionales previstos legalmente. Este diagrama procesal es inconstitucional, en la medida en que las funciones de perseguir y de juzgar recaen en un único sujeto procesal, afectando el modelo de enjuiciamiento acusatorio previsto constitucionalmente.

[39] Art. 9: “Acuerdo de colaboración celebrado con el fiscal. Al celebrarse el acuerdo entre el fiscal y el imputado arrepentido, el mismo se presentará para su homologación ante el juez de la causa”.

[40] Si bien en otra oportunidad, hemos sostenido que en los supuestos en los cuales la dirección de la investigación está en manos del Ministerio Público Fiscal, por imperio de lo establecido por el art. 215 del código de forma, el auto de procesamiento no resulta necesario y, directamente, el agente fiscal puede expedirse, en los términos del art. 347, una vez recabados los elementos probatorios necesarios (cfr. LANZÓN, Román P. - DRUETTA, Vanesa N., “Prescendencia del auto de procesamiento en la instrucción a cargo del Ministerio Público Fiscal”, La Ley, Tomo 2008-B, págs. 138 y ss.), el máximo tribunal penal federal optó por aplicar un criterio diametralmente opuesto (cfr. Cámara Federal de Casación Penal, acuerdo N° 1/09, plenario N° 14, en autos “Blanc, María Virginia s/recurso de inaplicabilidad de ley”, de fecha 11.06.09).

[41] El art. 32 del Código Procesal Penal de la Nación establece que: “La competencia y la integración del Tribunal Oral en lo Criminal Federal se rigen por las siguientes normas:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal juzgará:

1. En única instancia de los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal.
2. En única instancia de los delitos previstos en el art. 210 bis del Código Penal.
3. En única instancia de los delitos previstos en el Título X del Libro Segundo del Código Penal.

II. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal se integrará con un (1) solo juez:

1. En los supuestos del Libro II, Título IV, Capítulo III de este Código.
2. En los supuestos del Libro III, Título II, Capítulo IV, de este Código.
3. Si se tratare de delitos, cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto no exceda de seis (6) años.

4. Si se tratare de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los seis (6) años y no exceda de quince (15) años o, en caso de concurso de delitos, ninguno de ellos se encuentre reprimido con pena privativa de la libertad que supere dicho monto, salvo cuando el imputado y su defensor requirieran la integración colegiada, opción que deberá ejercerse indefectiblemente en la oportunidad prevista por el art. 349 de este Código.

III. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal se integrará con tres (3) jueces:

1. Si se tratare de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los quince (15) años.

2. Si se tratare de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de sus funciones.

En caso de existir dos (2) o más imputados con pluralidad de defensores, la elección por uno (1) de ellos de juzgamiento colegiado obligará en igual sentido a los restantes”.

[42] Según el Diccionario de la Real Academia Española, “observar” es: 1) examinar atentamente; 2) guardar y cumplir exactamente lo que se manda y ordena; 3) advertir, reparar; 4) mirar con atención y recato, atisbar (<http://dle.rae.es/?id=Qp2DCR4>).

[43] Art. 20: “Rechazo del acuerdo de colaboración. Si el acuerdo de colaboración eficaz no prosperase o fuese rechazado por el juez, la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas judicialmente, excepto cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo”.

[44] Art. 21: “Control del cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz. Dentro de un plazo no superior a un (1) año, el Ministerio Público Fiscal o el juez corroborarán la verosimilitud y utilidad de la información que hubiera proporcionado la persona jurídica en cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz.

Si se corroborare la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada, la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo, no pudiendo imponerse otras penas.

En caso contrario, el juez dejará sin efecto el acuerdo y el proceso continuará de acuerdo a las reglas generales”.

[45] Sobre el particular, la Corte Suprema Nacional ha señalado que: “a partir del caso ‘Rayford’ (Fallos: 308: 733), esta Corte ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquel (considerando 6°; doctrina reiterada en los casos ‘Ruiz’, Fallos: 310:1847 y ‘Francomano’, Fallos: 310:2384). Por cierto, no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad ‘independiente’ que habría llevado inevitablemente al mismo resultado (ver, en sentido coincidente, el fallo de la Corte Suprema estadounidense en el caso ‘Nix vs. Williams’, 467 U.S.431, esp. Pág. 444)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Daray, Carlos Ángel s/su presentación”, de fecha 22.12.94, Fallos: 317:1985, considerando N° 12).

[46] Art. 5: “Prescripción de la acción. La acción penal respecto de las personas jurídicas prescribe a los seis (6) años de la comisión del delito. A tal fin, serán aplicables la reglas de suspensión e interrupción de la acción penal que prevé el Código Penal”.

