

Típo de documento: Tesis de maestría

Maestría en Derecho Penal

Ley de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la República Argentina ¿Un modelo eficaz para la prevención de delitos vinculados a la corrupción? Un enfoque desde el análisis económico del Derecho

Autoría: Polak, Thomas Enrique

Año de defensa de la tesis: 2023

¿Cómo citar este trabajo?

Polak, T. (2023) "*Ley de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la República Argentina ¿Un modelo eficaz para la prevención de delitos vinculados a la corrupción? Un enfoque desde el análisis económico del Derecho*". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12961>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin derivadas 4.0 Argentina (CC BY-NC-SD 4.0 AR)
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**Ley de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas
en la República Argentina**

**¿Un modelo eficaz para la prevención de delitos
vinculados a la corrupción?**

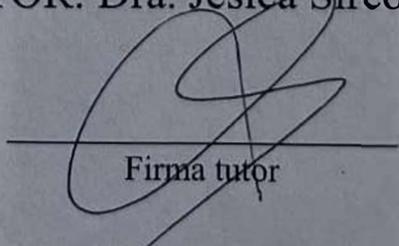
Un enfoque desde el Análisis Económico del Derecho

POLAK, THOMAS ENRIQUE

Legajo: 15P1133

DNI: 34.870.449

TUTOR: Dra. Jesica Sircovich


Firma tutor

2023

Abstract: La presente tesis se centra en evaluar la eficacia de la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas como un modelo para prevenir y combatir los delitos relacionados con la corrupción, utilizando un enfoque de análisis económico del derecho (AED). Se emplearán las herramientas del AED para examinar la lógica subyacente en la normativa y los incentivos que genera, con el objetivo de determinar su eficiencia. Se prestará especial atención al diseño legislativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica para entender cómo contribuye a alcanzar los objetivos planteados en la prevención y lucha contra la corrupción. El enfoque de este trabajo permitirá identificar virtudes y posibles mejoras en la normativa, y contribuirá a la discusión sobre la efectividad de este nuevo esquema de responsabilidad penal en hechos vinculados con la corrupción empresarial.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DE TESIS

II. COMPONENTES DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

- 1) Aproximaciones teóricas al concepto de “corrupción”
- 2) Los daños que genera la corrupción
- 3) Las dificultades para detectar, investigar y sancionar penalmente actos de corrupción

III. CONTENIDO DE LA LEY 27.401 EN SUS ASPECTOS MÁS RELEVANTES

IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO - MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA

V. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA CON RELACIÓN A LA “PREVENCIÓN Y LUCHA” CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENFOQUE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Introducción
2. Análisis de los puntos favorables
3. Análisis de los puntos negativos

VI. CONSIDERACIONES FINALES

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción y planteo de tesis

El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas privadas -ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación del Estado-, por hechos de corrupción y cohecho transnacional ha entrado en vigencia a partir de la promulgación de la ley 27.401¹. En oportunidad de elevarse el proyecto de ley al Honorable Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo Nacional señaló que el régimen propuesto se orientaba a “(...) *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 de la ley penal (...)*”.

A la luz del fundamento de la norma, esta tesis se enfocará en determinar si **la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas se presenta como un modelo eficaz para la prevención y lucha contra los delitos vinculados a la corrupción**, desde un enfoque del análisis económico del derecho.

La necesidad de arbitrar la eficacia de los derechos y los recursos escasos para satisfacerlos es lo que me ha acercado al Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Desde esa óptica, en este trabajo recurriré a las herramientas que brinda el AED para examinar la lógica que inspira a esta norma y los incentivos que genera, con el propósito de delinear su eficiencia. Particularmente, para cubrir los objetivos que pretende alcanzar, aspecto que requerirá indagar el diseño otorgado por el legislador a la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante RPPJ).

De forma preliminar al estudio que llevaré a cabo, se puede decir que la ley llegó con el propósito dar una respuesta jurídica para imputar responsabilidad penal, determinar sanciones y buscar reparar los perjuicios económicos ocasionados por las actividades ilícitas cometidas por las empresas en el sector público, situación que no tenía un marco legal específico hasta el dictado de la ley objeto de este trabajo.

El desarrollo del tema bajo análisis será realizado en el siguiente orden:

¹ Publicada en el Boletín Oficial del 1° de diciembre de 2017.

- En el capítulo **II**. comenzaré por desarrollar los componentes claves del fenómeno de la corrupción. Para ello, me aproximaré a una definición teórica sobre el concepto y esbozaré cuáles son los daños que genera el fenómeno, enunciando las dificultades que existen para detectar, investigar y sancionar penalmente los actos de corrupción.

- El capítulo **III**. está centrado en el desarrollo de los elementos más importantes y relevantes para este trabajo que componen la ley 27.401.

- En el capítulo **IV**. expondré las nociones básicas de AED, herramienta que utilizaré para evaluar la eficiencia de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en orden a sus objetivos.

- Finalmente, en el capítulo **V**. ponderaré esos elementos contemplados en la norma desde el prisma de su objeto, es decir, buscaré demostrar si su contenido se condice con sus objetivos (principalmente la lucha y prevención de actos de corrupción). Concretamente, bajo la óptica del AED, examinaré si las previsiones de la ley actúan como incentivo negativo para la modificación de conductas delictivas que quiebran la confianza en la administración y el interés público para obtener un beneficio desde estructuras empresariales. A través de focos favorables y desfavorables, mi método de estudio consistirá en observar si existen problemas de efectividad de la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica para prevenir la comisión de delitos vinculados a la corrupción.

Ahora bien, desde una primera aproximación, la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas, desde el enfoque del AED, parece presentar un modelo eficaz para la prevención y lucha contra los delitos vinculados a la corrupción. Esta ley establece que las empresas pueden ser responsables penalmente por las acciones delictivas cometidas por sus directivos o empleados en nombre de la organización y para su beneficio. Al enfrentar penas y sanciones graves, las empresas deberían estar motivadas para evitar cualquier actividad ilícita que pueda dañar su reputación y sus resultados económicos. Lo expuesto se sustenta con la posición de Cooter y Ulen, referentes del AED, quienes afirman que las sanciones son como los precios, y los destinatarios de las sanciones responden a las sanciones como responden ante los precios. Es decir, los individuos responden al aumento de un precio consumiendo menos del bien

más caro, por lo tanto, los individuos deberían responder ante las acciones más severas disminuyendo la actividad sancionada².

Sin embargo, como lo antes señalado no resulta ser tan lineal, para evaluar plenamente la eficacia de este modelo, será necesario realizar un análisis más preciso en el que se considere el impacto real de la aplicación de la ley en la práctica, examinando tanto sus puntos exitosos o favorables como las posibles limitaciones o desafíos que puedan surgir, todo ello bajo el prisma del AED.

II. Componentes del fenómeno de la corrupción

1) Aproximaciones teóricas al concepto de “corrupción”

En primer lugar, no se puede desconocer el carácter complejo del fenómeno de la corrupción, que puede percibirse desde el momento en que intentamos definirlo. En ese sentido, diversas acepciones del concepto de corrupción tratan de precisar su campo de aplicación exigiendo la presencia de algunas características puntuales, por ejemplo, que se encuentren involucrados funcionarios públicos o bien que se vean afectados el interés público o el patrimonio del Estado. Sin embargo, para cumplir acabadamente con el propósito de este trabajo, volcaré algunas definiciones que mejor se acerquen al concepto, no sin antes mencionar que se vislumbran ciertas dificultades para encontrar un elemento común a todos los actos que son considerados “actos de corrupción”.

A propósito de ello, una definición muy valiosa del fenómeno de la corrupción, se puede encontrar en la obra del jurista argentino Carlos S. Nino, quien la conceptualiza como “(...) *la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o un tercero, así como*

² COOTER Robert y ULEN Thomas, “Derecho y Economía”, primera edición digital, Fondo de Cultura Económica, 2016, página 16.

también la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento (...)."³.

Una posición concibe a la corrupción desde una perspectiva moral, basada en los valores de una sociedad determinada. Desde este punto de vista, aplicable tanto en el orden público como en el privado, la corrupción implica la violación de determinadas normas morales que rigen la conducta humana en miras al bien y a la perfección; apuntando que, en el ámbito público, estas normas rigen la conducta del hombre en orden al bienestar general, en cuanto ciudadano o funcionario público (ética pública) y que están reconocidas en los distintos ordenamientos jurídicos⁴. Desde este lugar, encontramos a la moral como factor determinante para disuadir al individuo de involucrarse en prácticas corruptas.

En este contexto, corresponde mencionar la "teoría de los costos morales", la cual postula que los individuos se encuentran ligados a su área de referencia moral. Precisamente, esta teoría sostiene que el costo moral de un acto de corrupción depende de cuál sea el ambiente cultural de los actores. Así, por ejemplo, será elevado en una organización con un fuerte espíritu corporativo dirigido a la defensa de valores como el "interés general" o el "servicio público". Bajo ese contexto, los individuos suelen considerar que las eventuales ventajas materiales de la corrupción no compensan la pérdida moral o de buena reputación que conlleva la violación de las normas de grupo. Aplicada la teoría de manera opuesta, el costo moral será bajo en medio de un sector empresario, con una ética fundada exclusivamente en el crecimiento de la empresa.⁵

Existen otras posturas que definen el problema de la corrupción desde el punto de vista sociológico o criminológico, que hacen foco en explicar las causas generadoras de la corrupción y en entender su naturaleza y significado. Allí se toma en cuenta el análisis político del fenómeno de la corrupción, apuntando a

³ NINO, Carlos S., "Un país al margen de la ley", 1° edición, Editorial Ariel, Buenos Aires, 2005, página 109.

⁴ JEANNERET DE PÉREZ CORTES, María, "Ética y función pública", publicado en La Ley Online, 2005, Cita: TR LALEY AR/DOC/1991/2005.

⁵ CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano J., *La Corrupción*, Ed. Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2009, páginas 36 y 37. Citado en "Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: el rol de la Oficina Anticorrupción"; coordinado por Omar Julián Sosa, 1a ed., Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, página 40.

los efectos negativos que provoca sobre la estructura general de la sociedad. En ese sentido, Julio Virgolini sostiene que la visión política de la corrupción adquiere importancia por las implicancias que tiene sobre la formación o configuración de los modos de convivencia social elegidos por cada comunidad. A criterio de este autor, a la palabra corrupción debe atribuírsele un significado similar a la de los vocablos interrumpir o irrumpir, y por ello caracteriza al verbo corromper como lo que rompe en unión de otros (corrompe). Es decir, se trata de dos esferas, la del que corrompe y la del que se deja corromper⁶.

En otra postura, encontramos algunos autores que han intentado dar una explicación más completa del fenómeno, partiendo desde el punto de vista económico, vinculándola con las leyes del mercado. Dentro de esta concepción, encontramos a Robert Klitgaard, quien afirmó que el origen de la corrupción se encuentra en el Estado, específicamente en los mecanismos de la política. Para ello, desarrolló la siguiente fórmula " $C = M + D - R$ ", es decir, "*Corrupción es igual a Monopolio más Discrecionalidad menos Responsabilidad (transparencia)*". En ese orden, Klitgaard sostiene que la conducta reprochable aparece cuando los agentes tienen poder monopólico sobre sus clientes, grandes facultades discrecionales y débil responsabilidad ante el mandante.⁷

Para la elaboración de este trabajo, parto de la premisa de que la corrupción vinculada al ámbito empresarial puede ser definida como la conducta ilegal o indebida llevada a cabo por empresas o sus representantes con el objetivo de obtener ventajas económicas indebidas. Precisamente, me refiero a prácticas corruptas dentro del ámbito empresarial, donde se utilizan sobornos, fraudes u otras formas de comportamiento ilícito para obtener beneficios económicos injustos o para eludir las regulaciones y normas establecidas. Entonces, bajo determinados incentivos, los agentes públicos (Estado) y privados (empresas) pueden incurrir en prácticas de corrupción a cambio de un precio o una contraprestación que, en función de su expectativa de sanción, les otorguen un nivel de beneficio mayor al de la sanción esperada.

⁶ VIRGOLINI, Julio, "Crímenes Excelentes, Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, página 245.

⁷ KLITGAARD, Robert, "Controlando la corrupción, una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo", Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994, página 85.

2) Los daños que genera el fenómeno de la corrupción.

Para comenzar, no se puede dejar de señalar que, para explicar los daños que este fenómeno ocasiona, se suele recurrir a nociones abstractas que son de difícil cuantificación y que terminan alejándose de las graves consecuencias que este hecho produce. Desde su ubicación en el Código Penal, precisamente bajo el título “delitos contra la administración pública”, la corrupción fue considerada como un ilícito sin víctimas, pues se creía que la acción delictiva de algunos funcionarios o instituciones sólo afectaba al Estado. En el caso de una contratación pública la víctima está corporizada en la figura del Estado mismo, que no participa, en tiempo y espacio, de la interacción directa del acto corrupto, y por esa razón no suele percibir el daño de manera espontánea e inmediata⁸.

Sin embargo, esta visión tomó otro enfoque cuando se puso en contexto el impacto que estos hechos generaban en sociedades desiguales, y en clases sociales cada vez más empobrecidas. Para ello, Virgolini ha señalado que entre las consecuencias adversas de la corrupción, se evidencia la conversión de los derechos que la Constitución y las leyes aseguran a cada ciudadano en su calidad de tal, en bienes privados que pueden ser objeto de negociación en el mercado.⁹

En ese contexto, se observa de manera negativa que la corrupción afecta la satisfacción de las necesidades colectivas a través de políticas públicas que priorizan los intereses de aquellos que tienen la capacidad de sobornar a los funcionarios públicos. En resumen, se argumenta que, derechos fundamentales como el empleo, la educación, la vivienda y la salud, que deberían regirse por las regulaciones igualitarias establecidas por el sistema democrático, se ven comprometidos debido a la corrupción, convirtiéndose en objeto de negociaciones privadas o concesiones arbitrarias¹⁰.

Como bien señala Mario A. Fernández Moreno, la corrupción se ocupa de debilitar las instituciones a través de un auténtico círculo vicioso. Así, explica que se ven afectados los organismos que tienen responsabilidades de control y

⁸ COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula, “Delitos en las contrataciones públicas”, 1ª Edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2012, página 47.

⁹ VIRGOLINI, Julio, ob. cit. página 255.

¹⁰ SOSA, Omar Julián (coordinador), ob. cit., página 46.

fiscalización (a veces, incluso, de investigación y sanción), generando así -la propia corrupción- dificultades para que el fenómeno no pueda ser investigado correctamente. El resultado de esa situación se verá reflejado en mayores niveles de corrupción, convirtiéndose en un problema estructural cada vez más grave y complejo¹¹.

Desde un punto de vista netamente económico, podemos afirmar que la corrupción implica un costo significativo para la sociedad en la medida que los actos corruptos desvían recursos y distorsionan su asignación eficiente. Los recursos pueden ser asignados de manera ineficiente en función de los sobornos o influencias indebidas, en lugar de basarse en criterios de eficiencia económica¹². Esto puede traer consigo efectos negativos en el crecimiento económico, la competitividad y el desarrollo de un país. La corrupción puede crear un riesgo moral en la sociedad, ya que aquellos que ven que otros obtienen beneficios ilegítimos pueden sentirse tentados a participar en actos corruptos también. Este contexto puede generar un círculo vicioso en el que el fenómeno se propaga y se vuelve más difícil de erradicar.

De esta manera, las prácticas corruptas alteran los incentivos que guían el comportamiento de las empresas privadas, lo que resulta en una disminución de la eficiencia económica. Cuando existe la posibilidad de sobornar a funcionarios públicos, se produce un desvío de recursos desde actividades productivas hacia aquellas que buscan obtener beneficios indebidos, sin contribuir al bienestar de la sociedad. En consecuencia, el éxito de los negocios no depende tanto de su competitividad, sino más bien de su capacidad para influir en los encargados de tomar decisiones sobre regulación y asignación de fondos públicos.

Además, se ha sostenido que en entornos donde la corrupción es prevalente, los mercados tienden a generar incentivos que conducen a la oferta insuficiente, menor calidad o mayores costos de bienes y servicios. El costo de

¹¹ FERNÁNDEZ MORENO, Mario A., "Corrupción: Abordajes mínimos bajo una mirada actual", publicado por Editorial La Ley en Suplemento Penal 2021 (noviembre).

¹² SOTO, Raimundo, "La corrupción desde una perspectiva económica", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, página 41.

producción se incrementa directamente cuando la corrupción se vuelve indispensable para obtener insumos productivos¹³.

3) Las dificultades para detectar, investigar y sancionar penalmente actos de corrupción.

En primer lugar, considero que es necesario volver a destacar que el fenómeno de la corrupción reposa sobre ciertas características que dificultan su detección e investigación. Así como lo explica Fernández Moreno, también lo hacen Honisch y Colombo, al señalar que el contexto propicio para la generación de actos de corrupción es aquel en donde impera la falta de publicidad. En este aspecto, refieren que el intercambio corrupto es opaco por naturaleza y constituye una negación de la visibilidad. Esa situación en particular, afirman, vuelve sumamente difícil el descubrimiento de casos que no suelen dejar más rastros que la percepción de una de las partes involucradas¹⁴.

A su vez, esos mismos autores nos indican otra perspectiva que merece ser puesta en consideración, y que consiste en la determinación de cuál es la verdadera percepción social y judicial de los hechos vinculados a la corrupción. Con relación a la primera, indican que no es tan claro que un acto de corrupción, al ser un delito que deja víctimas difusas, sea verdaderamente percibido como una acción muy dañina para el conjunto de la sociedad y por tal, merecedora de castigo penal. Por otra parte, indican que la percepción judicial de estos hechos, a través de la experiencia forense, parece mostrar que los responsables de las agencias de administración de justicia, en algunos casos actúan o reaccionan de manera diferente cuando se dan ciertas características en el victimario. Por un lado, cuando el imputado guarda algún grado de identificación sociocultural con fiscales y jueces, constituyendo "*una rara avis en el elenco de candidatos habituales a la recepción de castigos penales*". También, cuando el imputado posee una posición política, poder económico, prestigio social y/o acceso positivo a los medios de comunicación, que lo transforman en un acusado que compite con el poder del juzgado o la fiscalía¹⁵.

¹³ SOTO, ob. cit. página 43.

¹⁴ COLOMBO y HONISCH, ob. cit., páginas 46 y 47.

¹⁵ COLOMBO y HONISCH, ob. cit. páginas 48 y 49.

Otro de los factores que dificultan las investigaciones de esta clase de delitos son las redes de complicidades, también conocidas como redes de corrupción. De acuerdo al informe publicado por la Oficina Anticorrupción, las características de las redes de corrupción, tales como la generación de autoridades informales, la cohesión, las lealtades y la reciprocidad, dificultan la obtención de evidencia y deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar estrategias de investigación de delitos de esta naturaleza¹⁶.

Al mismo tiempo, la globalización del comercio, que en los últimos años ha tomado mayor relevancia a partir de la proliferación de sociedades constituidas en el exterior (denominadas “off shore”), ha constituido un vehículo facilitador para ocultar los pagos corruptos, implicando procesos complejos de cooperación internacional para la identificación, congelamiento y recupero de los bienes afectados. La corrupción suele implicar transacciones ocultas o clandestinas que involucran intercambio de sobornos o beneficios ilícitos. Esto genera una asimetría de información entre las partes involucradas y dificulta la detección de los actos corruptos. Las personas y empresas involucradas en actos de corrupción suelen tener incentivos para mantener la información oculta y evitar la detección¹⁷.

Otro aspecto fundamental de los delitos vinculados a la corrupción, especialmente cuando se relacionan con estructuras empresariales (a diferencia de lo que podríamos llamar “delitos comunes”), es la dificultad para identificar a la víctima concreta, ya que ésta es desconocida, está ausente o es abstracta, de modo tal que las conductas parecen presentar cierta neutralidad moral desde la perspectiva del infractor. La falta de una víctima concreta reduce notablemente los costos jurídicos esperados ante la baja probabilidad de que las infracciones den lugar a denuncias para la imposición de sanciones penales.

¹⁶ SOSA, Omar Julián (coordinador), ob. cit. páginas 56 y 57.

¹⁷ Una cuestión no menor que ayuda a potenciar la problemática, es la reciente proliferación de monedas virtuales que operan por fuera de mercados regulados (ej. blockchains y bitcoins). Para un mayor desarrollo de esta temática, recomiendo la publicación de PÉREZ MEDINA, Dévika; Blockchain, criptomonedas y los fenómenos delictivos: entre el crimen y el desarrollo; publicado en el Boletín Criminológico del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología (Sección Málaga), Edición Especial, II Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología; Artículo 10/2020_EJIC (Nº 206).

Los actos de corrupción pueden ser complejos y sofisticados, involucrando múltiples transacciones y estructuras opacas. Los corruptos pueden utilizar técnicas avanzadas de lavado de dinero y evasión de impuestos para ocultar sus actividades ilícitas. Esto dificulta la investigación y seguimiento de los flujos de dinero y la identificación de los responsables. Sin embargo, en muchos países, los sistemas de justicia y las agencias encargadas de combatir la corrupción pueden tener limitaciones en términos de presupuesto, personal capacitado y acceso a tecnologías forenses avanzadas. Esta falta de recursos puede obstaculizar los esfuerzos para investigar y sancionar actos de corrupción cometidos por entes ideales.

III. Contenido de la ley 27.401 en sus aspectos más relevantes

A continuación, se exhibirán los elementos que componen la Ley de RPPJ, en sus aspectos más relevantes para el objeto de estudio.

En primer lugar, la ley comienza en su art. 1° con una enunciación taxativa de cuáles son los delitos susceptibles de que exista responsabilidad penal de la persona jurídica. Allí se aclara que el propósito es investigar solo aquellos delitos contra la administración pública cometidos con la colaboración o participación de personas jurídicas. De esa forma, se ha limitado la responsabilidad únicamente a los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis CP); concusión (art. 268 CP); negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP); enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268 1 y 2 CP), y balances e informes agravados (art. 300 CP)¹⁸.

Seguidamente, en el art. 2 se establece la responsabilidad en particular de la persona jurídica, al señalar que será responsable de aquellos delitos mencionados, los que hubieran sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. A su vez, prevé que será responsable si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere

¹⁸ Los tipos penales mencionados, son aquellos que el lector debe tener en cuenta cuando en este trabajo me refiero a los delitos vinculados a la corrupción.

de manera tácita. Por último, el citado artículo establece un límite de punibilidad que se verá dado cuando la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la persona jurídica.

Continuando con el art. 3, se ha previsto la responsabilidad sucesiva en casos de transformación, fusión o cualquier modificación societaria que sea explícita o encubierta¹⁹. Es decir, se establece la transmisión de la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante de un proceso de reforma societaria.

El art. 4 regula las causales de extinción de la acción penal, estableciéndose las mismas que son enumeradas en los incisos 2 y 3 del art. 59 del Código Penal (amnistía y prescripción). Seguidamente, el art. 5 fija que la prescripción de la acción penal acontece a los seis años de la comisión del delito.

Por su parte, en el art. 6 se establece que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana, en aquellos casos donde el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos del ente ideal. Lo que aquí ha introducido el legislador es el elemento de autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El art. 7 fija el espectro de penas aplicables a las personas jurídicas, estableciendo las siguientes: 1) Multa de dos a cinco veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los diez años; 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez años; 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o bien que esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5) Pérdida o suspensión de los

¹⁹ En este supuesto, la ley reconoce aquellos tipos de modificaciones societarias previstas en la Ley de Sociedades (19.550), sin perjuicio de lo cual deja abierta la posibilidad de una sucesión de la responsabilidad ante supuestos de modificaciones similares.

beneficios estatales que tuviere; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Por su parte, el art. 8 establece los criterios para la determinación de las penas. Para ello, sostiene que son de importancia el cumplimiento de reglamentos éticos, la cooperación prestada para el esclarecimiento del hecho y el comportamiento posterior. A su vez, se estipulan agravantes y atenuantes. Los primeros, vinculados con la intervención, el crecimiento, la tolerancia a los miembros de la alta dirección y los graves daños a la comunidad. En cuanto a los atenuantes, encontramos: si colabora voluntariamente y/o si ha implementado el programa de integridad adecuado de *compliance* (instituto que veremos a continuación). En definitiva, lo que intenta diferenciar es al cumplidor frente al incumplidor.

A través del art. 9, la ley prevé un sistema de exención de pena en caso de: a) tener un programa de integridad; b) haber realizado la respectiva denuncia penal y; c) devolver el beneficio obtenido ilícitamente. El referido programa de integridad, también llamado *compliance*, encuentra sus requisitos en los arts. 22 y 23.

El término *compliance* hace referencia simplemente al cumplimiento normativo, tanto a nivel interno empresarial como externo. Proviene del verbo en inglés *to comply with* que en español significa "cumplir con". Si bien se extiende a otras áreas, la acepción mayormente utilizada para la finalidad del *compliance*, se vincula con el aseguramiento de la observancia del conjunto normativo en todas las áreas en las que una empresa intervenga. Ese objeto tiene dos inclinaciones, por un lado, la fase preventiva, es decir, poseer los mecanismos legales para advertir cualquier eventual quebranto a la ley, o, dicho en otras palabras, demostrar la fidelidad al derecho y la capacidad de motivación para cumplir con la misma. Por otro lado, una fase operativa que se relaciona con los medios de detección, manejo interno y denuncia cuando un ilícito ya haya acontecido²⁰.

²⁰ KOMAROFY, Nadia, "El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción"; publicado en La Ley (ADLA2017-12,10), cita online AR-DOC/3130/2017, 2017.

En resumidas cuentas, los sistemas de *compliance*, desde el plano de la autorregulación²¹, tienen como objetivo establecer mecanismos de prevención de conductas ilícitas en el marco de las empresas y delimitar la responsabilidad individual de los terceros implicados en la conducta delictual. Para ello, fija que las empresas deben regular mediante normas de conducta, códigos de ética y códigos de gobierno corporativo las situaciones que suceden en el día a día de la compañía. Los requisitos mínimos establecidos en el art. 23 son los siguientes:

- a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en la ley;
- b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;
- c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados²².

Por otra parte, merecen especial énfasis para el propósito de este trabajo, las previsiones del art. 24. Precisamente, allí se establece que, para determinados procesos licitatorios será necesario cumplir con los requisitos establecidos para los programas de integridad²³.

A través del art. 18, el proyecto crea la posibilidad de que el imputado (en este caso la persona jurídica) y el Ministerio Público Fiscal puedan celebrar un

²¹ “El fenómeno de la autorregulación se ha tomado de interés en los últimos años, a partir de las dificultades de la Administración para responder a las exigencias sociales (y soportar los costes de éstas), y para afrontar sus limitaciones de conocimiento acerca de un entorno social en complejidad creciente”, BRAITHWAITE, J., “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, página 50, citado en BERMEJO, M. G., “Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho”, Universidad Pompeu Fabra, 2009, página 109.

²² A través del Decreto Reglamentario 277/2018, se dispuso que la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, establezca los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23.

²³ Los procesos licitatorios a los que hace referencia la ley son los siguientes: compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de bienes de dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. A su vez, contempla las obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

acuerdo de colaboración eficaz, a través del cual la persona jurídica se obligue a colaborar con información o datos²⁴. De esta manera, se establece la necesidad de que dicha información sea útil, precisa y comprobable a los efectos del esclarecimiento de los hechos o bien a la identificación de sus autores o partícipes. Además, la norma dispone que la negociación entre la persona jurídica y el MPF será de carácter confidencial.

En términos operativos, la ley establece que será el órgano judicial el encargado de evaluar la legalidad de las condiciones acordadas, la colaboración pactada, y decidirá eventualmente su aprobación, observación o bien su rechazo. En cuanto a su control, dentro de un plazo que no podrá ser mayor a un año, el MPF o el Juez, procederán a corroborar la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada, una vez ratificado ello, la sentencia deberá respetar las condiciones que se hubieran pactado en el acuerdo, sin posibilidad de que se pueda imponer sanción adicional alguna.

IV. Análisis Económico del Derecho - Marco teórico de referencia

Para comenzar, podemos destacar que el AED es un enfoque que integra las contribuciones de los métodos de las ciencias sociales en el estudio del Derecho. Desde un plano interdisciplinario, el AED estudia el sistema jurídico a través de las lentes del análisis económico, es decir, aplicando sus técnicas al estudio de los fenómenos y problemas del sistema jurídico²⁵. Concretamente, la orientación del enfoque económico se centra en las consecuencias que el Derecho tiene sobre el comportamiento humano, analizando los incentivos de conducta que existan para explicar o prever distintos comportamientos,

²⁴ El acuerdo debe prever, al margen de identificar claramente la información o pruebas que la persona jurídica se ha comprometido a aportar, las siguientes condiciones: el pago de una multa equivalente a la mitad del mínimo previsto en la ley, la restitución de los bienes o ganancias obtenidos del ilícito y el abandono a favor del Estado de los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena. A su vez, la norma impone la realización de las acciones necesarias para reparar el daño causado, la prestación de un determinado servicio en favor de la comunidad, la aplicación de medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo y, por último, la implementación de un programa de integridad.

²⁵ PASTOR PRIETO, Santos, "Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho", Editorial Tecnos, Madrid, 1989, página 31.

evaluando los efectos que se producen en el diseño de las normas jurídicas y proponiendo diseños alternativos²⁶.

En ese sentido, para Cooter y Ulen, el AED importa de la microeconomía un patrón teórico de la conducta humana, un modelo útil, para predecir de qué manera la gente va a responder a las modificaciones en la legislación y, a la vez, ofrece que la eficiencia sea un criterio prescriptivo para evaluar el derecho y las políticas públicas²⁷. En su enfoque, destacan la importancia de los incentivos económicos en el comportamiento de las personas. Argumentan que los individuos toman decisiones racionales y responden a los incentivos que enfrentan, incluidos los costos y beneficios asociados con las opciones legales²⁸. Por lo tanto, el AED se centra en examinar cómo las reglas legales afectan los incentivos y cómo los cambios en las reglas pueden influir en el comportamiento y los resultados sociales. De igual modo, sostienen que una ley o un sistema legal es eficiente cuando genera el mayor beneficio posible para la sociedad en relación con los costos incurridos. La eficiencia económica se logra cuando los recursos se asignan de manera óptima y se maximiza el bienestar social en general. En este sentido, Cooter y Ulen abogan por el AED como una herramienta para evaluar y mejorar las reglas y las instituciones legales existentes.

Efectuado ese marco introductorio, corresponde remarcar que existe cierto consenso en la doctrina especializada, en lo referente a los conceptos básicos que componen el AED²⁹, veamos:

1) “**El Derecho influye sobre la conducta humana**”: El Derecho tiene un impacto en la conducta de sus destinatarios; deben considerarse los incentivos y las consecuencias que producen las normas sobre aquellos a quienes van dirigidas. Así, el Derecho puede analizarse como un sistema de incentivos ya que prevé una consecuencia positiva (otorga un premio) o negativa

²⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, Revista De Derecho Penal Y Criminología, 2º edición, UNED, 2004.

²⁷ COOTER R. y ULEN T. “Derecho y Economía”, primera edición digital, Fondo de Cultura Económica, 2016, página 14.

²⁸ COOTER R. y ULEN T., op. cit., página 587.

²⁹ DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, Universitat de Valencia, 31 de mayo de 2013, páginas 3 y 4.

(establece una sanción) para los destinatarios de la norma que actúan de una manera concreta.

2) “***Esa influencia es en alguna medida explicable y predecible***”: El modelo inicialmente propuesto y aún mayoritario es el supuesto conductual de la elección racional. Este modelo se apoya en la abstracción y simplificación de la realidad, asumiendo que los individuos se comportan racionalmente³⁰, son interesados y actúan maximizando su bienestar dentro de ciertas restricciones. Presupone que son capaces de ordenar sus preferencias de manera estable y consistente, priorizando desde la que mayor satisfacción les supone hasta la que menos lo hace. Los individuos, evaluando costos y beneficios de cada curso de actuación, deciden elegir coherentemente con sus preferencias aquel que maximiza su utilidad esperada. Este modelo permite predecir cuál será la conducta que escoja un individuo ante el influjo que sobre él ejerza un conjunto de circunstancias o cuál será el efecto de una norma jurídica sobre el comportamiento del supuesto individuo.

Para comprender el comportamiento de los entes ideales, el marco teórico del AED nos brinda una herramienta muy valiosa, en la medida que existe un generalizado consenso en que el supuesto conductual de la teoría de la elección racional puede aplicarse con mayor capacidad explicativa y predictiva en el caso de los sujetos que cometen delitos económicos y delitos de empresa, que en aquellos que lo hacen en delitos comunes, ya que se trata de un tipo de criminalidad orientada a la obtención y maximización de beneficios. Además, el hecho de que los intervinientes sean, en muchas ocasiones, especialistas en la actividad, les permite evaluar con mucha mayor certeza los resultados de las decisiones que toman y considerar con menor margen de error los costos y beneficios esperados, lo que acota el margen de desviación en las predicciones que se realizan con el supuesto de información perfecta de los agentes³¹.

3) “***Todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez***”: Esa situación de recursos limitados dificulta atender

³⁰ Para Cooter y Ulen, la persona “racional, amoral” es aquella que cuidadosamente determina los medios para alcanzar fines ilegales sin ninguna restricción por la culpa o la moral internalizada. COOTER Robert y ULEN Thomas, ob. cit., página 579.

³¹ BERMEJO, M., ob. cit. página 79.

todos los fines sociales y bienes jurídicos de una manera completa. La efectividad de las normas que se dictan influye en el grado de satisfacción de tales fines o en la protección de esos bienes jurídicos.

De forma preliminar, de acuerdo con estas premisas básicas, podemos decir que el AED puede ayudarnos a explicar y predecir la reacción ciudadana ante las distintas regulaciones, a calcular cuáles son los costos y beneficios sociales ante cada alternativa legislativa y cuál maximiza la satisfacción global de los fines sociales y bienes jurídicos afectados. Como se verá a continuación, el AED se desarrolla entre dos vertientes bien claras, una positiva y otra normativa.

El análisis positivo/descriptivo se apoya en dos premisas básicas³². Por un lado, los individuos son racionales y tratan de maximizar su bienestar, teniendo capacidad para ordenar sus preferencias y para optar por la que más les satisfaga. Por otro andarivel, las normas legales alteran los incentivos vinculados a acciones individuales alternativas y, por ello, la cantidad y carácter de la actividad. Desde estos dos enfoques, se pueden realizar predicciones para establecer si en el incremento en la severidad, o en la certeza de la sanción penal se reducirá la criminalidad. En otras palabras, podemos destacar que el AED positivo, nos brindará las herramientas necesarias para analizar cómo responderán los individuos racionales a las normas jurídicas existentes o a las modificaciones legislativas. En el ámbito del derecho penal, cuando se incrementa la duración de una condena y se eleva la probabilidad de recibir una sanción, esto hace que sea más costoso para las personas cometer delitos, lo que a su vez reduce su incentivo para llevar a cabo acciones delictivas.

El análisis normativo/prescriptivo se apoya en los datos provistos por el análisis positivo/descriptivo para proponer cambios en el sistema jurídico con la finalidad de mejorar el diseño de éste, conforme a la persecución de la eficiencia como objetivo social para la prevención del delito. Siguiendo los postulados de Gary Becker³³, se propone la elaboración de una función de costo social total

³² BERMEJO, M., op. cit. página 13.

³³ BECKER, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", The Journal of Political Economy, vol. 76, 1968, páginas 180/181, citado en BERMEJO, M. G., op. cit. página 28.

basada en la *teoría económica bienestarista*³⁴ que otorgue el debido peso al daño ocasionado por los delitos, a los costos de detención y condena para aquellas personas que cometen delitos, y el costo social de la pena. A través de este análisis, se pretende lograr una asignación eficiente de los recursos sociales en la prevención del delito minimizando ambos tipos de costos sociales.

Ahora bien, aplicando estas ideas, podremos comprender más adelante la lógica económica que representa la inclusión de las personas jurídicas como sujeto pasivo de sanciones penales y la consecuente prevención de delitos vinculados a la corrupción.

V. Fortalezas y debilidades de la ley de RPPJ con relación a la “prevención y lucha” contra la corrupción, enfoque desde el AED

1. Introducción

Los conceptos y herramientas de los que nos hemos dotado con el AED, nos van a permitir a continuación edificar una serie de modelos teóricos con los que, a través de sus lentes racionales, podremos hacer una serie de reflexiones sobre el contenido de la ley de RPPJ, para así determinar si constituyen argumentos favorables o desfavorables, con relación al objetivo propuesto por el legislador.

Previamente, corresponde preguntarnos qué puede llevar a una empresa a vincularse con hechos de corrupción. Así, según el modelo del AED positivo aplicado al derecho penal (siguiendo la postura de Gary Becker³⁵), podemos decir que las corporaciones toman la decisión de delinquir porque su utilidad esperada del delito es superior a la que obtendrían empleando su tiempo y recursos en una actividad diferente (lícita). Por ese motivo, si las personas jurídicas cometen delitos vinculados a la corrupción, no es que su motivación básica sea distinta a la de otros entes ideales, sino que delinquen porque sus

³⁴ Para las teorías bienestaristas, *“la única consideración pertinente para la asignación de bienes a los individuos es el modo en que afectan el bienestar o la utilidad -estos términos se utilizan aquí como sinónimos- de los individuos”*. ELSTER J. Justicia Local. De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias, Gedisa, Barcelona, 1994, página 225, citado en HERNÁNDEZ, Andrés. Amartya Sen: Ética y economía. La ruptura con el bienestarismo y la defensa de un consecuencialismo amplio y pluralista. Cuadernos de economía, XVII (29). Bogotá, 1998, página 139.

³⁵ BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, The Journal of Political Economy, vol. 76, 1968, página 176.

costos y beneficios son distintos. Dicho en otras palabras, la empresa toma parte de un hecho de corrupción porque los beneficios esperados son superiores a los costos esperados.

Una corporación que delinque busca maximizar sus beneficios esperados al cometer delitos, y los "costos" asociados incluyen la probabilidad de ser capturada y condenada, así como la gravedad de las penas impuestas por el delito cometido. Según los supuestos que suelen hacer los economistas sobre las funciones de utilidad³⁶, se ha demostrado que un delincuente racional reducirá sus actividades delictivas en respuesta a un aumento en la probabilidad de ser atrapado y condenado, así como en la severidad de las penas. Estos dos factores son considerados como el "precio" de cometer el delito en cuestión. La elección de la cantidad de delitos a cometer es similar a la decisión de cuántas unidades de un bien se adquieren. Por lo tanto, al ser la corrupción un delito, su nivel tiende a disminuir cuando aumenta la pena esperada.

Entonces, bajo esa premisa, debemos reflexionar sobre qué beneficios esperados o qué incentivos son tan altos para llevar a los entes ideales a asumir un riesgo al delinquir, cuando otros no lo harían por no tener esos beneficios accesibles. También deberíamos reflexionar si es que los costos esperados (sanción penal) de cometer el delito son muy bajos o su probabilidad de ser descubierto es muy baja, porque tome ventaja de alguna circunstancia distinta a las otras personas que quieren vincularse con hechos de corrupción, pero no pueden asumir costos posiblemente más altos. En definitiva, la motivación de los entes ideales en participar en prácticas corruptas está conectada a una recompensa económica, y a su vez, la clase de delito que llegaría a cometer consistiría en un delito económico. Como lo expliqué anteriormente, esto facilita el uso del modelo de la elección racional más puro, que no en toda clase de delitos opera esta "racionalidad" con precisión.

En ese sentido, partiremos de la premisa de que los posibles infractores de la ley penal tomarán decisiones utilizando un razonamiento de cálculo que podemos simplificar de la siguiente manera: **$G(nc) = B - PS$** . Entonces, **$G(nc)$**

³⁶ COOTER R. y ULEN T. ob. cit., páginas 587 y 588.

representa la ganancia esperada por la corporación por su decisión de delinquir, mientras que **B** es el beneficio por haber cometido el delito y **PS** representan a los costos del delito (**P** equivale a la probabilidad de ser detectada y **S** la sanción esperada o impuesta en caso de ser detectada). De esa forma, se garantizará que las empresas se alejen de las actividades vinculadas por la corrupción, cuando se superen los beneficios (**B**) de delinquir por sobre los costos de aprehensión (**PS**). Así, cuanto más alta sea la sanción y más alta sea la probabilidad de ser detectada, mayor es la probabilidad de que la potencial empresa que delinque sea disuadida para no hacerlo. En lo que respecta a las corporaciones, dado que su objetivo principal es maximizar beneficios, es más fácil suponer que el aumento de los costos económicos por el incumplimiento fortalecerá el efecto disuasorio de la ley.

Por último, corresponde poner de resalto que lo veremos a continuación será una evaluación legislativa³⁷, analizando sus aspectos deseados (favorables) y no deseados (desfavorables o neutrales). De ello se trasluce que al momento de evaluar los costos y beneficios de la legislación no sólo debe tenerse en cuenta si se logra cumplir con la finalidad indicada en la ley de reducir cierto tipo de criminalidad, sino, también, si en la persecución de este propósito se han originado efectos no deseados y que merecen una valoración negativa³⁸. Para Atienza, en aquellos casos en que la norma jurídica no sea eficaz deben analizarse las razones, para saber si resulta necesario, por ejemplo, incluir sanciones negativas (penas) o positivas (premios) para mejorar su eficacia³⁹.

2. Análisis de los puntos favorables

En primer lugar, habré de receptar favorablemente que la norma bajo análisis brinde **incentivos** para que las personas jurídicas eviten actos vinculados a la corrupción.

Lo expuesto, a su vez, se deriva de la teoría del AED que, como vimos, estudia los incentivos específicos que el sistema jurídico crea entre los actores

³⁷ La evaluación legislativa se ha definido como "(...) el conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de los efectos de la legislación", ATIENZA, Manuel, "Contribución a una teoría de la legislación", Editorial Civitas, Madrid, página 52.

³⁸ BERMEJO, M. G., op. cit., página 75.

³⁹ ATIENZA, Manuel; op. cit. página 45.

económicos de manera de estimular conductas consideradas como socialmente valiosas y, por el contrario, desalentar aquellas consideradas negativas⁴⁰. De ese modo, encontramos que estos incentivos atacan la parte activa de la corrupción, a través de la regulación de la actividad de las empresas, partiendo de la comprobación de que hasta ahora la sola amenaza de persecución penal de las personas físicas que integran las corporaciones no ha sido del todo suficiente como elemento disuasivo, puesto que los hechos de corrupción se siguen suscitando desde su interior.

Desde una perspectiva económica, se considera que la **multa** tiene la ventaja de no ser costosa⁴¹ en comparación con una pena no monetaria como la prisión (que por obvias razones solo podría ser aplicable a personas físicas), y que además engrosa las arcas estatales. Además, la reducción de los costos estatales asociados con la imposición de multas y la creencia de que tiene un efecto disuasorio significativo (ya que tanto las personas jurídicas como las físicas toman decisiones racionales basadas en una evaluación de costos y beneficios), ha llevado a la doctrina a sostener que la multa es la sanción más apropiada para las personas jurídicas⁴². La eficiencia, en este contexto, se refiere a la capacidad de aplicar castigos de manera más económica (a través de multas) antes de recurrir a castigos más costosos (como la prisión)⁴³.

Ahora bien, recordemos que las personas jurídicas son entidades económicas racionales que buscan maximizar sus beneficios y minimizar sus costos. Dado que las multas representan una pérdida económica para la empresa, estas tienen un impacto más directo y tangible en la toma de decisiones empresariales. En ese sentido, las empresas son más propensas a evaluar y considerar los riesgos y costos asociados con el incumplimiento de la

⁴⁰ DOMENECH PASCUAL, ob. cit., página 129.

⁴¹ Aunque mantener a una persona en prisión representa un gasto para el Estado, así como una pérdida económica para el detenido y su familia, imponer una multa contribuye al aumento de los ingresos públicos. Salvo que, los costos administrativos de cobrar la multa superen el monto de esta, en cuyo caso el Estado aún ahorraría los costos asociados con la ejecución de la pena de prisión. Ver IÑIGO ORTIZ DE URBINA, Gimeno, "Análisis Económico del Derecho y Política Criminal", Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, N°2, 2004, página 60.

⁴² FARALDO CABANA, Patricia, "Las sanciones para personas jurídicas, con especial referencia a las sanciones pecuniarias", Ciencias Penales desde el Sur: Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Editorial INFOJUS, 2014, páginas 71 y 72.

⁴³ COOTER R. y ULEN T., ob. cit., página 681.

ley cuando se enfrentan a sanciones monetarias, lo que puede resultar en un mayor cumplimiento normativo⁴⁴, y en un mayor poder disuasorio. Para Posner, el objetivo principal de imponer multas en el contexto del delito corporativo es incentivar a la empresa (y a sus socios) a organizarse de manera que se prevenga la comisión de delitos. Partimos del supuesto de que los delitos cometidos por personas jurídicas son impulsados por motivaciones racionales. Por lo tanto, si se les amenaza con una sanción cuyo costo de aplicación (costo esperado de castigo) sea al menos igual al beneficio esperado de cometer el delito, la empresa se abstendrá de llevarlo a cabo⁴⁵.

Además de la sanción pecuniaria, funciona como un gran incentivo la importancia del **componente reputacional** de la compañía. Dentro de la posición adoptada, distinguiéndose las particularidades del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador, los costos de reputación se acrecientan en el caso de la imposición de una condena penal que cuando se impone una sanción administrativa. Por este motivo, la pena actúa con una capacidad expresiva de reproche de la que no cuentan otros tipos de sanciones jurídicas negativas, particularmente aquellas que provienen del ámbito administrativo. La sanción punitiva constituye un acto comunicativo que expresa censura o reproche social por la infracción jurídica realizada⁴⁶. Esto puede incentivar a las empresas a tomar medidas más serias para prevenir la corrupción y reducir los riesgos asociados, como también promover un entorno empresarial más ético y transparente. En palabras de Gustavo Aboso, la pena criminal conlleva un poder estigmatizante mayor en comparación con una sanción administrativa, lo cual resulta en efectos colaterales más significativos para la empresa. Concretamente, el autor se refiere al costo adicional que implica para la reputación de la empresa ante clientes y accionistas. Cuando una empresa es objeto de sanciones penales, se desencadena inmediatamente un efecto dominó

⁴⁴ SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo, “El sistema penal como incentivo a la criminalidad en la contratación pública: aproximación desde el análisis económico del derecho aplicado a mercados implícitos”, Revista Estudios Socio – Jurídicos, 2020, página 171.

⁴⁵ POSNER, Richard A., “Optimal sentences for White-Collar Criminals”, American Criminal Law Review, Volumen 18, 1980, páginas 409/418.

⁴⁶ En ese sentido, Joel Feinberg afirma que “(...) la pena es un instrumento convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación y de juicios de desaprobación y reprobación”, FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, publicado en A reader on Punishment, Duff/Garland (Eds.), Oxford University Press, Nueva York, 1994, página 74.

que conlleva una depreciación de sus acciones, en muchos casos más perjudicial que la sanción monetaria en sí. Además, las sanciones penales ocasionan una pérdida de posicionamiento en el mercado, lo que se traduce en una disminución de su competitividad⁴⁷.

El régimen de responsabilidad postulado se complementa con un sistema de incentivos para las entidades alcanzadas, según el cual, la implementación de procedimientos adecuados para prevenir, detectar y cooperar en la investigación de conductas delictivas funciona como circunstancia atenuante y/o como eximente de responsabilidad. De lo expuesto, se extrae que estos estímulos vinculados con el componente reputacional instauran una cultura de la ética en la empresa y de compromiso, todo lo cual se complementa con la sanción prevista en el art. 7, inc. 6) que prevé la “*publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica*”. En relación con el efecto de estas sanciones, se ha comprobado que la pérdida de reputación corporativa debido a la criminalización de sus acciones ha tenido impactos financieros, por pérdidas de concesiones, y caída de la moral de los empleados, con la consiguiente pérdida de prestigio corporativo⁴⁸.

Por lo demás, la reputación es un activo intangible valioso para las empresas, ya que influye en su capacidad para atraer clientes, inversores y empleados calificados. Al criminalizar a las corporaciones por actos de corrupción, se genera una presión adicional para evitar comportamientos ilícitos, ya que el daño a su reputación puede tener efectos negativos significativos en sus relaciones comerciales y en la confianza de los diversos actores con los que interactúan. De acuerdo con las investigaciones realizadas, se ha comprobado que las corporaciones condenadas tienden a experimentar una mayor pérdida de riqueza para sus accionistas⁴⁹. En efecto, la reputación de una empresa posee un importante valor de mercado que, al ser disminuido, puede arrastrar a la empresa a la desaparición. Así, algunos estudios afirman que ciertas

⁴⁷ ABOSO, Gustavo Eduardo, “Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Pública”, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2018, página 163.

⁴⁸ BRAITHWAITE, John, “The Impact of Publicity on Corporate Offenders”, State University of New York Press, 1983, páginas 12 y 16.

⁴⁹ ALEXANDER Cindy R., “On the nature of the reputational penalty for corporate crime”, The Journal of Law and Economics, The University of Chicago Press, 1999, páginas 489/526.

entidades empresariales no pueden sobrevivir a una condena y mucho menos a una acusación. En ese sentido, el efecto devastador de una condena penal en la reputación corporativa es la característica principal que distingue la responsabilidad penal de la administrativa⁵⁰.

De esto último, merece destacarse que el nuevo régimen permite una **correcta distribución del castigo penal en orden a los daños derivados de la comisión de hechos delictivos vinculados con la corrupción**. Generalmente, cuando ocurren ilícitos dentro del ámbito empresarial, la responsabilidad penal recae frecuentemente en los escalones medios o inferiores de la organización (de tal forma que directivos y socios tienen poco que perder y mucho que ganar con los delitos cometidos en beneficio de la entidad)⁵¹. De esta forma, se ha destacado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de hechos delictivos, mediante sanciones que afectan los ingresos de los socios y el poder o la credibilidad de los directivos y administradores. Lo mencionado se encuentra en estrecho vínculo con uno de los principios de la teoría de la organización, según el cual, "*el medio más efectivo para controlar externamente una organización es hacer responsable de lo que en ella ocurra al decisor más poderoso*"⁵².

De esta forma, la responsabilidad penal de la persona jurídica permite que el castigo penal se distribuya de manera más precisa. En muchos casos de corrupción, los actos ilícitos son perpetrados por empleados de nivel medio o inferior, mientras que los beneficios obtenidos pueden ser disfrutados por los altos directivos o la empresa en su conjunto. Al responsabilizar penalmente a la persona jurídica, se busca evitar que solo los empleados de menor jerarquía asuman las consecuencias, distribuyendo el castigo de manera más equitativa.

⁵⁰ HAMDANI, Assaf y KLEMENT, Alon, "Corporate Crime and deterrence", Stanford Law Review, 2008, páginas 271/310.

⁵¹ NIETO MARTIN, Adán, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, esquema de un modelo de responsabilidad penal", en LA LEY, t. 2008-C, p. 1139 y ss.

⁵² CARTOLANO, Mariano, "El proceso penal contra las personas jurídicas: a propósito del proyecto del Poder Ejecutivo de reforma al nuevo CPPN", publicado por Editorial La Ley: DPyC 2017 (marzo), 07/03/2017, 35; Cita Online: AR/DOC/342/2017. Con cita en NIETO MARTIN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, esquema de un modelo de responsabilidad penal", en LA LEY, t. 2008-C, p. 1139 y ss., cit. por DE CESARIS, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en LA LEY, 2009-C, 823 y ss.

Adicionalmente, como lo expliqué precedentemente, se debe considerar que el costo esperado de la pena incluye también los ingresos perdidos como consecuencia de la estigmatización a la que se verá sometida una corporación tras cumplir la pena por cometer delitos vinculados a la corrupción.

Siguiendo este análisis, se encuentran otras buenas razones para valorar favorablemente el nuevo régimen instaurado. Se observa, en ese sentido, que la implementación del sistema de **compliance** genera un **sistema mixto**, integrado por la autorregulación de cada compañía y las normativas impuestas por el estado para prevenir los mencionados riesgos. Desde ese punto de vista, se evidencia la idea de que trasladar a las personas jurídicas las funciones de prevención, investigación y sanción de los delitos que actúan en su propio ámbito, conllevaría a una disminución de los costos asociados a la disuasión de esas conductas y, por ende, a una mayor eficiencia del sistema penal, en la medida que podría evitarse una mayor cantidad de actos ilícitos vinculados a la corrupción, a un costo mucho menor. En ese orden, resulta altamente costoso para el sistema de justicia penal estatal, cuando no muy difícil, establecer la identidad de los autores y partícipes individuales de los delitos cometidos en el seno empresarial, y reunir los elementos de prueba para su enjuiciamiento y condena.

Por esta razón, los sistemas de *compliance*, como herramienta de prevención de los delitos corporativos, ofrecen al derecho penal una opción innegablemente atractiva: reducen los costos de disuasión delegando en las propias empresas las funciones de investigación y sanción de los ilícitos vinculados a su actividad. Partiendo de los presupuestos del AED, pareciéramos hallarnos ante un esquema difícil de rechazar, que podría favorecer a disminuir el costo social del delito en un ámbito en el que el Derecho Penal, con sus principios y garantías tradicionales, fracasa al no poder resolver el problema de enfrentarse a hechos presuntamente difíciles de investigar y potencialmente muy dañosos. Justamente, esto es lo que he desarrollado en este trabajo al volcar los elementos que componen el fenómeno de la corrupción.

No escapa a este análisis, la previsión favorable de incorporar al programa de compliance “*una política de protección de denunciantes contra represalias*” (art. 23, punto 4). El argumento aquí expuesto luce evidente en contextos en los

cuales las denuncias por hechos de corrupción pueden traerle graves consecuencias al denunciante. Como bien señala Rose-Ackerman⁵³, para evitar que el temor a ser sancionado por sus superiores o a sufrir otro tipo de sanciones informales disuada a las personas a presentar denuncias, deben implementarse reglas de protección a los denunciantes. Esta clase de medidas pueden ser ventajosas para contrarrestar la formación de una cultura corporativa de las empresas, propensa a silenciar hechos de corrupción y encubrir a sus autores; pues el riesgo de que exista un informante interno capaz de aportar pruebas relevantes sobre el delito puede ser un significativo incentivo para desalentar prácticas corruptas en el interior del ente ideal.

En suma, los programas de integridad representan el concepto clave que nos lleva a una organización empresarial basada en diversos fines, valores y procedimientos de prevención de delitos vinculados con la corrupción. Su elemento clave consiste en la elaboración de códigos de conducta que orientan a las personas físicas a desarrollar sus tareas con la mayor transparencia posible. Si los programas se ajustan a un diseño adecuado, podrán contribuir como técnica de prevención, al incremento de los costos jurídicos, morales y reputacionales derivados de la infracción, así como también, a la reducción de sus beneficios (reputacionales y económicos). Por esta razón, siguiendo la teoría de la elección racional, los costos esperados de la conducta infractora superaran ampliamente a los beneficios y, por ello, las corporaciones evitarían el comportamiento delictivo.

Desde otro punto de vista, observamos favorablemente la creación del **filtro del programa de integridad**. La existencia del programa de *compliance*, conforme los arts. 22 y 23, constituye una condición necesaria para contratar con el Estado Nacional en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley. Desde ese momento, algunos organismos ya han adoptado medidas en línea con esas disposiciones. Así, por ejemplo, en marzo de 2018 la Dirección Nacional de Vialidad emitió la res. 300/2018 por medio de la cual incorporó al modelo de contrato para el Proyecto "Red de

⁵³ ROSE-ACKERMAN Susan, "La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, y reforma", Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2001, página 80.

Autopistas y Rutas Seguras" la obligación de que el contratista posea un programa de integridad conforme lo establecido en la ley 27.401.

La obligatoriedad de contar con un programa de *compliance* podría fortalecer la transparencia en las relaciones entre las empresas y el Estado⁵⁴. Estos programas implican la adopción de políticas claras y procedimientos internos para prevenir la corrupción, así como la documentación adecuada de las actividades empresariales.

Además, lo estipulado con relación a la modificación societaria en el art. 3, más allá de algunas deficiencias que serán mencionadas en el siguiente punto, el régimen imposibilita la **evasión a través de la responsabilidad sucesiva de la empresa** (ya sea por transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria). De allí se extrae una medida razonable para darle eficacia a la norma y evitar cualquier evasión del cumplimiento de las penas. Esto desincentiva la fragmentación de una empresa en entidades más pequeñas con el fin de evitar o eludir la responsabilidad por actos ilícitos. Si las empresas pueden evadir fácilmente su responsabilidad penal transfiriendo activos o cambiando su estructura corporativa, se crearía un incentivo para que continúen operando de manera irresponsable o delictiva.

Como hemos visto, la imposición de sanciones penales a las corporaciones que operan de manera delictiva tiene como efecto disuadir a otras empresas de seguir el mismo comportamiento. Cuando los entes ideales conocen la posibilidad de eludir las consecuencias de sus acciones, pueden estar más inclinados a tomar riesgos excesivos o a comportarse de manera irresponsable. Esto se debe a que saben que, en caso de ser descubiertos, podrán transferir activos o cambiar su estructura corporativa para evitar sanciones penales.

Relacionado al **acuerdo de colaboración eficaz**, podemos decir que el legislador apostó a fines distintos de los que tradicionalmente tiene el derecho

⁵⁴ AGUILERA GORDILLO, Rafael, "Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program", Universidad de Córdoba, 2018, páginas 216/217.

penal. Particularmente, se trata de un fin instrumental⁵⁵ y sobre dicha finalidad se construye, en este caso, el régimen de responsabilidad. Sobre ello, evidenciamos que la ley, por un momento, se aleja de cualquier tipo de fin preventivo de la pena, ya que el objetivo en cuanto a su operatividad es justamente que la persona jurídica brinde a la justicia información para poder accionar contra la persona física; es decir, que la persona jurídica se transforme en colaborador a los fines de detectar más fácilmente la responsabilidad penal de la persona física, ya sean empresarios o funcionarios públicos. A mi criterio, el acuerdo de colaboración eficaz constituye una herramienta que posibilita que aquellas personas que tienen conocimiento de hechos de corrupción que se suscitaron dentro de la persona jurídica, puedan aportar datos y dar información precisa y concreta. Ello, como ya se ha dicho, teniendo en cuenta que el estado muchas veces carece de recursos suficientes atento a la dimensión, complejidad y transversalidad del fenómeno en cuestión. En definitiva, se ha tenido que optar por delegar en las empresas una suerte de autorregulación, imponiendo expresa o tácitamente la necesidad u obligación de crear una cultura de cumplimiento empresarial⁵⁶.

La finalidad que se persigue como beneficio social es la disminución de la actividad delictiva y de los daños sociales de ella derivados, a partir del aumento de la posibilidad de descubrimiento y sanción penal que supone la provisión al Estado de información incriminatoria. El análisis, viene dado por las variables relevantes para adquirir eficacia en el suministro de información. Estas variables pueden generalizarse en: a) tipo de incentivo que se provee (castigo, premio, protección), b) el tipo de conducta esperada (quién, a quién, qué, informa), c) la

⁵⁵ La justificación del castigo como un fin meramente instrumental es una perspectiva que ha sido defendida por varios filósofos, teóricos y sistemas de pensamiento a lo largo de la historia. Este enfoque sostiene que el castigo tiene como principal objetivo lograr ciertos resultados o consecuencias deseables, en lugar de buscar la retribución o el equilibrio moral. Jeremy Bentham argumenta principalmente su enfoque utilitarista, al sostener que el sistema legal y las sanciones penales deben ser diseñados de tal manera que promuevan la máxima felicidad general en la sociedad. Desde esta perspectiva, el castigo tiene un propósito instrumental: se justifica si produce un mayor bienestar en la sociedad en su conjunto. (BENTHAM, Jeremy, "An introduction to the Principles of Morals and Legislation", 1978, disponible en <https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/bentham/morals.pdf>).

⁵⁶ KOMAROFY, Nadia, ob. cit.

probabilidad de que el incentivo seleccionado incentive la conducta de informar⁵⁷.

Es evidente que instrumentos como los acuerdos de colaboración eficaz tienen beneficios en términos de reducción de costos para el sistema de justicia, al disminuir la carga de trabajo de los tribunales y el desgaste de recursos humanos de las partes involucradas, como las fiscalías y los abogados defensores. Sin embargo, lo más relevante desde esta perspectiva es que, en la medida en que un acuerdo represente una solución justa o al menos mutuamente aceptable para las partes, y además mejore su situación en comparación con lo que habría sido si no se hubiera alcanzado un acuerdo (el estado obtiene una reparación y la empresa evita una pena más severa), el acuerdo se convierte en un medio para lograr un mayor grado de justicia en el sistema en su conjunto y maximizar el bienestar de la sociedad en general⁵⁸.

En este contexto, cuando una empresa acepta un acuerdo de colaboración, el costo de la compensación que asume suele ser menor que la pena que podría haber enfrentado en un juicio (de lo contrario, difícilmente aceptaría el acuerdo). Sin embargo, esta disminución en la magnitud de las pérdidas que el imputado debe afrontar se compensa con un aumento en la probabilidad de que efectivamente deba asumir ese costo, ya que se elimina el componente aleatorio que implica un juicio. En otras palabras, al optar por el acuerdo, el ente jurídico tiene una certeza mayor de enfrentar las consecuencias acordadas, lo cual puede influir en su decisión de aceptar el acuerdo, incluso si le implica un costo económico.

Hay varios aspectos a considerar al analizar los efectos del instituto del acuerdo de colaboración en el bienestar general. El primero y más evidente es el ahorro de recursos para el sistema de justicia al acortar los procesos y evitar largos juicios. En este sentido, es innegable que el acuerdo ahorra tiempo y recursos humanos y materiales que pueden ser utilizados para el enjuiciamiento

⁵⁷ BERMEJO, ob. cit. páginas 331 y 332.

⁵⁸ GOLDMAN, Diego Hernán. Las condenas negociadas en el proceso penal: análisis teórico y económico de dos modelos en pugna, Editorial Universos Jurídicos, 2021, página 16.

de otros casos, lo que aumenta la eficiencia del sistema penal y contribuye al ahorro presupuestario.

En segundo lugar, más allá del ahorro de recursos para el sistema de justicia penal, los acuerdos permiten mejorar las tasas de sanciones al proporcionar elementos que ayuden a imponer penas en casos que de otra manera podrían terminar archivados, sobreseídos o absueltos, y acelerar los plazos para la conclusión de los procesos. Al lograr más sanciones y hacerlo de manera más rápida, se incrementa el costo esperado del delito, ya que uno de sus componentes es la probabilidad de castigo, lo que a su vez mejora el efecto preventivo general de la pena. El fortalecimiento de la capacidad disuasiva de la pena es, sin duda, otro argumento poderoso a favor del instituto del acuerdo de colaboración eficaz⁵⁹.

La conclusión que se extrae del AED es que el sistema de implementar los beneficios por cooperación es doblemente conveniente. Lo será tanto para la sociedad, pues habrá una mayor cantidad de delitos vinculados a la corrupción detectados y enjuiciados, como para los entes ideales que colaboren, en la medida que verán minimizada la pena que de otra manera se les habría impuesto. Considerando todo lo expuesto, propongo que podamos abordar con mayor seguridad el otorgamiento de recompensas por colaboración y la eficacia de su aplicación. Esto es especialmente relevante cuando se trata de delitos graves y de gran importancia que pueden ser resueltos a través de este enfoque. Aunque comprendo que aún existen opiniones encontradas sobre la idoneidad de esta figura, lo cierto es que muchos casos de corrupción podrían quedar impunes si negamos rotundamente su uso.

3. Análisis de los puntos negativos

En primer lugar, la incorporación de un *numerus clausus* (número limitado) en el art. 1, ha provocado la limitación de la responsabilidad empresarial únicamente a los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas y balances e informes agravados. En este sentido, será necesario

⁵⁹ GOLDMAN, Diego Hernán. “Las condenas negociadas...”, ob. cit., páginas 29 y 30.

analizar si esta limitación legislativa es eficaz y equitativa, puesto que por un lado la persona jurídica puede tomar intervención en otros ilícitos no incluidos en esta norma. Desde este punto de vista, lo estipulado en la norma conspira con las previsiones de la CNUCC⁶⁰. Si bien el instrumento hace mención en su art. 8.4 a la calidad de “funcionario público”, para que estos denuncien *“todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones”*, de ello se evidencia que la convención apunta a que los estados firmantes persigan penalmente todo delito vinculado a la corrupción administrativa. Lo expuesto, además, se vislumbra con las previsiones del art. 26.4 por cuanto establece la necesidad de que se le impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas (incluidas sanciones monetarias), a las personas jurídicas consideradas responsables.

Desde el punto de vista del AED, lo que podría ocurrir en este supuesto, es que los entes ideales, buscando mayores beneficios, se vuelquen por conductas delictivas que no estén incluidas en la nómina de la ley, tornándose ineficiente la disuasión que se intenta específicamente desde este marco normativo. En otras palabras, considero que, al limitar la responsabilidad penal de la persona jurídica a ciertos delitos, puede generar incentivos para que las empresas trasladen sus actividades delictivas a aquellos ámbitos no cubiertos por la RPPJ. Esto podría dar lugar a un desplazamiento de las prácticas delictivas hacia áreas no reguladas o con sanciones menos severas, lo que socavaría los esfuerzos por prevenir y combatir la criminalidad empresarial. A modo ejemplificativo, lo que aquí se observa es que el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas no contempla los delitos de fraude en perjuicio de la Administración Pública (art.174 inc. 5 del CP) y de administración fraudulenta o infiel (art. 173 inc. 7 del CP).

Por otra parte, en el art. 2° se introduce la **responsabilidad en particular** de la persona jurídica: *“los que hubiesen sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”*. El campo de punibilidad de la persona jurídica pareciera ser muy extenso, pero se

⁶⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada mediante Ley 26.097).

establece un límite y es que el delito debe haber generado provecho para la persona jurídica. Lo que se observa, a los fines de la eficacia, es que quedará exenta de responsabilidad penal si el autor del delito lo realizó en su exclusivo beneficio y sin provecho alguno para el ente ideal. La eficiencia de dicha previsión presenta una complejidad técnica bastante superior; si no se hace una correcta distinción entre el beneficiario del producto del delito, podrían soslayarse las importantes y diferentes cuestiones implicadas en esta norma, resultando ineficiente para su correcta aplicación.

En esa dirección, sostiene Aboso que las empresas utilizarán ampliamente esta causal de exclusión de responsabilidad penal para eximirse de cualquier tipo de responsabilidad penal o administrativa. Sin embargo, en la práctica resulta sumamente difícil determinar si las infracciones contempladas por esta ley fueron llevadas a cabo de manera aislada por un representante de las empresas⁶¹.

Por otra parte, con relación a los **programas de cumplimiento**, es evidente que, para que las empresas adopten sistemas de prevención y control que sean socialmente beneficiosos, la legislación debe equilibrar adecuadamente las obligaciones impuestas a las entidades jurídicas y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Si la norma exige a las empresas la implementación de programas de cumplimiento excesivamente rigurosos o costosos en relación con los riesgos que se pretenden prevenir o en relación con el alcance de su actividad comercial, o si son excesivamente restrictivas al momento de mitigar o eximir la responsabilidad de aquellos que han hecho todo lo posible para evitar la comisión de actos ilícitos, su implementación, en definitiva, será un fracaso.

En un escenario en el que la adopción de los mecanismos internos de prevención del delito exigidos por la legislación conlleva principalmente costos y escasos o nulos beneficios potenciales, las empresas tenderán a ignorarlos y a enfrentar las posibles consecuencias, o bien se centrarán en otras actividades sujetas a regulaciones menos estrictas⁶², pero no por ello alejadas de la

⁶¹ ABOSO, Gustavo Eduardo, ob. cit., páginas 192 Y 193.

⁶² En ese sentido, Gustavo Arocena ha explicado que "... la empresa es lugar por antonomasia donde se realiza siempre un análisis costo-beneficio... si con el desarrollo del compliance program resulta menos

corrupción. A su vez, es importante evitar que la obligación legal de implementar un programa de cumplimiento excesivamente complejo, detallado y costoso desaliente a las empresas de continuar con sus actividades o las lleve a enfocarse en otros mercados que no tengan interacción comercial con el Estado. En este sentido, debemos considerar que en un sistema en el cual no se permita la defensa basada en la implementación de un programa de prevención razonablemente efectivo, la única opción que quedaría para las empresas para evitar sanciones por delitos cometidos por sus miembros sería reducir el nivel de actividades potencialmente riesgosas o abandonarlas por completo.

Otro de los puntos poco claros es el relativo al funcionamiento de los **acuerdos de colaboración eficaz**. Un problema que se advierte fácilmente consiste en que la ley no resuelve cómo van a actuar conjuntamente para aceptar estos acuerdos los organismos que hoy en día se encuentran separados física, jurídica y políticamente. Específicamente, encuentro serias dificultades para que una empresa vea como posible arribar a un acuerdo de colaboración eficaz, teniendo que requerir la conformidad y la renuncia a cualquier persecución penal o administrativa por esos hechos del MPF, la AFIP, la OA, el BCRA, la CNV, la UIF y de otros organismos locales (provinciales y/o municipales). En tal sentido, la complejidad de las administraciones públicas impacta en la investigación de cada caso de corrupción en tanto será necesaria la intervención de varias agencias que no suelen estar acostumbradas a actuar de manera coordinada.

La falta de coordinación entre los organismos encargados de investigar la corrupción, los fiscales, el fisco y otros actores relevantes puede generar ineficiencias en la detección y sanción de conductas ilícitas. La falta de claridad sobre cómo deben interactuar y colaborar entre sí puede generar retrasos, conflictos de competencia y una asignación ineficiente de los recursos disponibles. La falta de un marco claro y predecible para la aceptación de acuerdos con colaboradores eficaces puede generar incertidumbre para las empresas. Esto puede desincentivar la adopción voluntaria de programas de cumplimiento y la cooperación con las autoridades en la detección y prevención

beneficioso cometer la infracción y asumir las consecuencias, que no implementarlo, las empresas optarán por no bosquejarlo...". AROCENA, Gustavo, "Acerca del denominado 'Criminal Compliance'". Revista Crítica Penal y Poder, número 13, Universidad de Barcelona, 2017, página 136.

de conductas ilícitas⁶³. Si los colaboradores eficaces no tienen la certeza de que sus aportes serán reconocidos y recompensados adecuadamente, es menos probable que decidan cooperar con las autoridades. Esto puede dificultar la obtención de información crucial para la investigación y sanción de la corrupción, lo que perjudica la efectividad del propósito de la norma aquí analizada.

Por ese motivo, estimo que será necesaria la cooperación entre diversos organismos nacionales para que estos acuerdos se realicen por única vez, de modo tal que las corporaciones no corran el riesgo de ver frustradas sus intenciones colaborativas. Teniendo en cuenta todo lo anterior, considero que las agencias estatales deberán adoptar las medidas necesarias para no frustrar el propósito de este instituto.

La mayor eficiencia del sistema en términos de la proporción de sanciones, que justifica la existencia del instituto del acuerdo de colaboración eficaz, también conlleva un aumento en la posibilidad de sanciones injustas. Este incremento en el riesgo de sanciones injustas tiene un efecto negativo en el bienestar general que debe ser considerado. Es importante destacar que el temor a sufrir una pena injusta tiene un impacto directo en el bienestar de los individuos, y este impacto puede ser cuantificado. Además, puede llevar a una disminución en los niveles de producción de actividades lícitas, pero potencialmente riesgosas. Las penas injustas, que en cierta medida son facilitadas por el instituto, representan no solo un problema ético, sino también un problema con implicaciones económicas que perjudica el bienestar general⁶⁴.

Sin embargo, en este caso la información que provean los entes jurídicos servirá para identificar la comisión de hechos ilícitos y, con ello, para la imposición de las consecuencias jurídicas correspondientes (pena, decomiso) y, por ello, para cumplir con los fines del derecho penal. Por un lado, si bien la revelación de información incriminatoria contribuye al bienestar social, también conlleva desafíos. Por un lado, revelar esta información implica incurrir en costos

⁶³ A lo expuesto, se le suma que la falta de coordinación y claridad en el proceso de aceptación de acuerdos puede generar costos adicionales para las empresas. Los recursos necesarios para negociar y coordinar con múltiples organismos, así como los costos legales y de cumplimiento asociados, pueden aumentar significativamente. Estos costos adicionales podrían tener un impacto negativo en la competitividad de las empresas y en la economía en general.

⁶⁴ GOLDMAN, Diego Hernán. "Las condenas negociadas...", ob. cit., páginas 30 y 31.

personales para identificar las infracciones y procesar los detalles pertinentes. Al mismo tiempo, las políticas de denuncia pueden entrar en conflicto con otros aspectos legales valorados positivamente. En relación con los costos personales de prevención, cumplir con la obligación de informar requiere esfuerzos organizativos significativos, especialmente cuando la estructura de la empresa es compleja⁶⁵.

Por otro lado, están los aspectos que afectan a instituciones legales valoradas positivamente. Por ejemplo, el deber de lealtad hacia la empresa y la obligación de mantener la confidencialidad son factores que entran en juego, al igual que los derechos de los trabajadores que podrían ser impactados por las investigaciones internas. En este sentido, la ley refleja la variada consideración que el legislador tiene hacia estos valores, lo que a su vez conduce a resultados divergentes en la ponderación de los costos y beneficios involucrados.

A su vez, corresponde mencionar que, a diferencia de la ley FCPA⁶⁶ (EE.UU.), nuestra legislación en materia de RPPJ **obliga siempre a ingresar al “Pasillo de la Justicia”**, pues no permite un acuerdo entre el Ministerio Público Fiscal y la empresa para evitar la judicialización del caso. Ello, se contrapone con los lineamientos de esa ley extranjera, en donde el fiscal tiene la posibilidad de: a) presentar cargos y buscar una condena; b) acordar un enjuiciamiento diferido⁶⁷; c) acordar no enjuiciar; d) declinar⁶⁸. Por lo tanto, tenemos buenas razones para sostener que el modelo adoptado en nuestro país está sometido a

⁶⁵ BERMEJO, Mateo G., Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno whistleblower como estrategia político criminal, Revista Derecho Penal. Año II, N°4, Ediciones Infojus, 2013, págs. 56/7.

⁶⁶ Foreign Corrupt Practice Act (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero).

⁶⁷ Ver caso LATAM Airlines Group SA, en donde la compañía se comprometió en julio de 2016, a pagar más de 22 millones de dólares para resolver acusaciones civiles y penales relacionadas con pagos indebidos que la empresa autorizó durante una disputa entre la aerolínea y sus empleados sindicalizados en Argentina.

⁶⁸ Uno de los casos en donde se aplicó este instituto fue en el de la compañía financiera Morgan Stanley. En un comunicado de prensa publicado el 25/4/12, el Departamento de Justicia de EEUU señaló que: *“Teniendo en cuenta todos los hechos y las circunstancias disponibles, incluyendo que Morgan Stanley había construido y mantenido un sistema de controles internos, que proporciona garantías razonables de que sus empleados no sobornaran a funcionarios del gobierno, el Departamento de Justicia rehusó tomar cualquier acción contra Morgan Stanley relacionada con la conducta de Peterson [empleado culpable]. La empresa dio a conocer voluntariamente este asunto y ha cooperado en toda la investigación del departamento.”*.

múltiples controles jurisdiccionales que, finalmente, ponen en riesgo su eficacia pudiendo transformarlo en una herramienta procesal de escasa aplicación⁶⁹.

La obligación de someter los acuerdos a la homologación judicial puede generar una mayor burocracia y retrasos en el proceso de resolución de los casos de corrupción. La intervención de un juez adicional puede llevar a demoras innecesarias y obstaculizar la agilidad del sistema de justicia penal. Esto podría resultar en una menor eficacia para disuadir y sancionar la corrupción, ya que se pierde tiempo valioso en trámites adicionales. La necesidad de obtener la homologación judicial introduce incertidumbre tanto para la corporación que delinquiró como para el fiscal. Ambas partes no tienen la certeza de que el acuerdo alcanzado será efectivamente homologado por el juez, lo que genera inseguridad jurídica. Esta incertidumbre puede desincentivar la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo, dificultando así la resolución rápida y eficiente, y, en su caso, la reparación del delito cometido. Además, la intervención de un juez para la homologación de los acuerdos implica costos adicionales para el sistema de justicia. Los recursos judiciales se desvían hacia la revisión de acuerdos y la toma de decisiones sobre su homologación, lo que puede generar una carga adicional para los tribunales. Estos recursos podrían ser más eficientemente asignados a otros aspectos del sistema de justicia, como la investigación y el enjuiciamiento de casos de corrupción más complejos.

En esa dirección, la introducción de un acuerdo a la homologación del juez conspira inexorablemente contra el descongestionamiento del sistema de justicia y en la posibilidad de centrar los recursos, materiales y humanos, en la resolución de los casos más graves o en aquellos que por diversos motivos no pueden ser negociados⁷⁰.

⁶⁹ En el sistema procesal de Estados Unidos se han establecido alternativas para abordar los conflictos penales relacionados con personas jurídicas. Estas alternativas, conocidas como acuerdos de enjuiciamiento diferido y de no enjuiciamiento (*deferred and non prosecution agreements*), permiten evitar la imputación formal o al menos la presentación de cargos penales contra las empresas, a través de arreglos negociados entre la fiscalía y la persona jurídica. Allí, el MPF posee un amplio margen de discrecionalidad, lo que incluye la facultad de negociar acuerdos en los que las empresas se comprometen a tomar medidas correctivas o reparadoras específicas (entre otras acciones), a cambio de cumplir con sus compromisos.

⁷⁰ Esto se corresponde con los costos administrativos del sistema judicial, esto es, el precio del funcionamiento del proceso y que comprende, entre otros: los costes de presentación de una reclamación, las tasas, el intercambio de información, las negociaciones entre las partes y los gastos judiciales

Por otro lado, si bien los criterios de **graduación de la pena** estarían orientados en la dirección correcta, se observa que estos otorgan una enorme cuota de libertad a los jueces para determinar multas de gran cuantía y/o que afectan en forma grave el desenvolvimiento de las actividades de la entidad (suspensión, disolución, liquidación, pérdida de beneficios, etc.). Como bien propone el trabajo dirigido por Castex⁷¹, podría haber sido mucho más preciso crear un *culpability score* (o cuenta de culpabilidad) para poder utilizar parámetros reales de la organización para graduar la pena (por ejemplo, cantidad de empleados, ingresos brutos y netos, eficiencia de los programas de integridad, etc.). Por este motivo, el parámetro utilizado (de 2 a 5 veces el monto del beneficio) que se encuentra íntimamente vinculado con la operación ilícita, no se observa eficaz para aumentar y/o disminuir la reprochabilidad sobre la base de la situación real de la compañía involucrada en un caso de corrupción.

Además, la graduación de la multa se contrapone con los criterios que rigen en el Código Penal. En cuanto a su individualización judicial, el art. 21 establece que deben atenderse las pautas generales del art. 40⁷², como también, la situación económica del condenado. El propósito de esta última disposición es garantizar que todos los individuos se vean igualmente afectados por una multa, independientemente de las diferencias en su situación económica. El objetivo es que la multa tenga un impacto equitativo en diversos niveles de riqueza.

De aquí, lo que se extrae también, es la dificultad en establecer si una sanción es lo suficientemente alta como para que sea a la vez disuasoria y susceptible de ser cobrada. En este sentido, resulta necesario insistir en que, para que el sistema resulte eficiente las sanciones deben ser proporcionales con el daño que procuran evitar. Desde el punto de vista del AED, las sanciones

para la marcha de la litis. En ese sentido, ver CALABRESI, Guido. El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, Barcelona, 1984, página 46.

⁷¹ CASTEX, Francisco (Director); Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance; 1ª Edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2018, página 28.

⁷² “1) La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados... 2) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad...”.

penales desproporcionadas pueden generar ineficiencias económicas al imponer costos excesivos a las empresas infractoras. Estas sanciones excesivas pueden afectar negativamente la viabilidad financiera de las empresas, dificultar su capacidad para operar y contribuir a la economía, y potencialmente llevar al cierre de negocios y pérdida de empleos. Esto puede resultar en una asignación ineficiente de recursos y dañar el crecimiento económico. En definitiva, una multa de gran magnitud puede llevar a la empresa a una situación de quiebra y eventual liquidación. Además, se ha criticado el impacto indirecto de las multas sobre terceros inocentes. Algunos argumentan que, mediante la reducción de dividendos, pérdidas salariales o laborales, y aumentos de precios, son los accionistas, empleados y consumidores quienes experimentan las consecuencias económicas de la sanción monetaria impuesta a la empresa⁷³.

Por este razonamiento, la previsión de multas demasiado altas como para tener un efecto disuasivo puede impedir la supervivencia de las empresas a las que efectivamente se le aplique, produciéndose la llamada “*deterrence trap*” (trampa de la disuasión). Así, se cree que los efectos preventivos de la multa de nada sirven cuando la persona jurídica es incapaz de hacerle frente⁷⁴. Por lo tanto, el legislador podría haber considerado no solo el beneficio económico obtenido por el ente ideal al involucrarse en prácticas corruptas, sino también su situación económica integral.

Asimismo, tenemos buenas razones para sostener que una sanción excesivamente alta resultará ser insatisfactoria desde la óptica de este trabajo, ya que podría desalentar a la empresa a involucrarse en ese sector comercial en particular (por ejemplo, la obra pública), lo que afectará negativamente el desarrollo económico y social en general, e incluso podría obstaculizar la libre competencia en el mercado. Esto último, teniendo en cuenta que al ser menor la cantidad de oferentes, las empresas que deberían competir genuinamente para ganar un contrato, podrían conspirar en secreto para aumentar los precios o

⁷³ SÁNCHEZ OTHARÁN, Juan Francisco. “Protección penal del medioambiente y disuasión, una mirada desde el análisis económico del derecho”, Universitat de Barcelona, 2018, página 321.

⁷⁴ FARALDO CABANA, Patricia, ob. cit., página 77.

disminuir la calidad de los bienes o servicios ofrecidos durante un proceso de licitación⁷⁵.

Por último, el aumento de la gravedad de las penas es criticado también desde una perspectiva interna en razón de que puede perjudicar lo que se denomina “disuasión marginal”. Es decir, aumentar la pena en proporción a la gravedad social anticipada de una conducta, motiva a aquellos individuos que no se han dejado disuadir, a cometer delitos que sean menos perjudiciales. Esto ocurre de dos maneras: en primer lugar, se busca motivar al individuo a elegir, desde el principio, una conducta menos perjudicial. En segundo lugar, una vez que se han iniciado actos delictivos, se busca evitar que se incremente el nivel de daño causado⁷⁶.

De esta manera, si no ha sido posible disuadir a un individuo de cometer un delito, se espera que se le disuada de aumentar el nivel de daño causado durante su comisión. A modo de ejemplo, si se castiga un delito de gravedad media con una pena excesivamente alta, podría haber casos en los que se incentive a cometer delitos más graves en lugar de desalentar la comisión de cualquier delito. Esto sucede cuando un individuo que ya ha decidido delinquir (las penas no lo disuaden lo suficiente) se encuentra en una situación en la que al cometer el delito más grave no tiene nada que perder y posiblemente algo que ganar. Por lo tanto, se sostiene que tanto la gravedad de la pena como la probabilidad de ser impuesta (el costo esperado de la pena) deben aumentar en relación directa con la seriedad del delito. De esta manera, se dirige la actividad delictiva hacia la comisión de delitos de menor gravedad y, como resultado, se logra una reducción en el daño social total⁷⁷.

Otro aspecto que merece aquí valorarse es que las multas no necesariamente transmiten el mensaje de que los delitos graves cometidos por empresas son socialmente inaceptables. En este sentido, las sanciones

⁷⁵ OCDE (2019), Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina. En ese trabajo, se especifica que “Los estudios muestran que la colusión en las contrataciones públicas puede incrementar los precios en un 20% (...) Cada año a nivel mundial, la colusión cuesta a los contribuyentes miles de millones de dólares, daña los resultados y la integridad de los procedimientos de contrataciones públicas y tiene un impacto negativo en los servicios públicos y las economías nacionales.”.

⁷⁶ RAMÍREZ - VILLAESCUSA, Rafael, “La economía del delito y de las penas: Una aproximación”, 2012.

Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/06/doctrina36359.pdf>.

⁷⁷ BERMEJO, op. cit. página 63.

monetarias pueden dar la impresión de que los delitos son simplemente transacciones comerciales en las que se puede pagar un costo determinado para evitar las consecuencias. En otras palabras, puede resultar más beneficioso para una entidad ideal pagar la multa (o correr el riesgo de pagarla) en lugar de abstenerse de cometer actos de corrupción. Esto permite que los montos de las multas sean incorporados como parte del costo empresarial, que la persona jurídica puede trasladar a sus clientes y consumidores a través del aumento de los precios de sus productos y servicios, resultando más barato afrontar la sanción que modificar la práctica corrupta interna⁷⁸. En mi opinión, estas circunstancias deberían haber sido consideradas por el legislador al decidir la aplicación de sanciones a las personas jurídicas.

Adicionalmente, hay quienes creen que, muchos comportamientos criminales no se ajustan a los parámetros de una elección racional, como indican los estudios sobre la tipología criminal. En ese sentido, se sostiene que las entidades legales, consideradas como “delincuentes racionales” por excelencia, a veces actúan de manera irracional. Esto ocurre cuando la infracción es resultado de la ignorancia o la falta de capacidad técnica u organizativa para cumplir con la normativa, independientemente del nivel de la multa impuesta. Además, existen indicios de que la maximización de beneficios no siempre es una explicación adecuada para el comportamiento corporativo, ya que los deseos de ascenso de los gerentes de nivel medio y alto, así como las luchas de poder entre grupos de accionistas en empresas cotizadas, también son motivaciones importantes para involucrarse en hechos corruptos⁷⁹.

Por otra parte, siembra serias dudas la pena prevista en el art. 7 que establece la **disolución y liquidación de la personería** cuando la empresa hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito. Esta sanción, puede traer aparejados impactos económicos adversos, especialmente si la empresa es una fuente importante de empleo o si su desaparición genera interrupciones en la cadena de suministro o en la provisión de bienes y servicios. Esto podría tener consecuencias negativas para la economía local o incluso a nivel nacional, en la medida que la disolución o liquidación de una empresa penalizaría no solo

⁷⁸ SÁNCHEZ OTHARÁN, Juan Francisco, ob. cit., página 320.

⁷⁹ FARALDO CABANA, Patricia, ob. cit., página 76.

a quienes se hallan directamente involucrados, sino también a empleados, inversionistas, acreedores y otros terceros que no estaban involucrados en los actos delictivos.

Además, se vislumbran incentivos contraproducentes, pues la pena podría conllevar a la creación de nuevas empresas con el mismo objeto delictivo. De igual modo, el proceso de disolución o liquidación de una empresa puede ser legalmente complicado y costoso. Implicaría recursos y tiempo significativos para llevar a cabo investigaciones exhaustivas, identificar los activos y pasivos de la empresa y tomar medidas legales para su disolución.

Por otra parte, Faraldo Cabana sostiene que en caso de que la actividad delictiva se lleve a cabo de manera paralela a actividades lícitas, es importante determinar si el esfuerzo y la dedicación en términos de recursos materiales y/o personal para la actividad ilícita, superan claramente a las actividades lícitas que la cubren o amparan⁸⁰. En tales casos, la falta de una actividad empresarial real generalmente resultará en un impacto social mínimo. En resumen, no debería ser suficiente la comisión ocasional de uno o varios delitos, siempre y cuando dichos delitos sean desviaciones accidentales que no invaliden la legalidad de la función de la persona jurídica debidamente constituida como empresa y mientras cumpla con sus obligaciones laborales y fiscales. Solo cuando el peso de la actividad ilícita supere a la lícita, se puede afirmar que una persona jurídica, que en un principio era lícita, merece la sanción de cancelación de su existencia legal por haberse convertido en un simple instrumento para la comisión de delitos vinculados a la corrupción. Cuando la gravedad de esta sanción no esté en proporción con la peligrosidad del ente colectivo evidenciada por la comisión de delitos por parte de sus representantes legales y administradores, ya sean de hecho o de derecho, o subordinados a estos, se debería reconsiderar la imposición de esta sanción⁸¹.

⁸⁰ Ob. cit. FARALDO CABANA, Patricia, página 66.

⁸¹ Una cuestión pendiente de resolver es qué hacer con el patrimonio de una persona jurídica que ha sido cancelada. En el caso de la disolución de una sociedad de capital, los liquidadores tienen la responsabilidad de cobrar los créditos y pagar las deudas de la sociedad. Si hay un remanente, se distribuye entre los socios como cuota de liquidación. Sin embargo, surge la pregunta de si es razonable aplicar este procedimiento a una sociedad que ha sido utilizada como instrumento para cometer delitos penales.

Sumado a lo anterior, existe cierto sector de la doctrina que considera que este tipo de sanciones tan severas podrían tener un efecto disuasivo menor que las sanciones más leves⁸². Para llegar a esa conclusión, se analiza el comportamiento estratégico de los socios. Si cada socio cree que los demás podrían cometer actos ilícitos que lleven a la disolución y liquidación de la empresa, sin importar su propio comportamiento legal, se generan incentivos para el incumplimiento generalizado. Si un socio enfrenta la pérdida del valor de su participación en la empresa, incluso si actúa correctamente, debido a las acciones ilícitas de otro socio que no puede conocer ni evitar, le resultará racionalmente más conveniente cometer él mismo un acto ilícito si la ganancia obtenida supera la potencial pérdida en el valor de su participación en la sociedad, considerando el aumento en la posibilidad de que el delito sea detectado y sancionado por las autoridades. En cierta forma, a cada socio le resultará conveniente actuar ilícitamente si supone que los demás socios también lo harán, ya que al menos así reduciría las pérdidas que sufriría si la empresa finalmente quiebra debido a las acciones de otro socio. En este supuesto, el efecto disuasorio de la sanción a la persona jurídica será menor a medida que aumente la probabilidad de que se detecte la infracción (lo que incrementa el costo esperado para el socio que no comete delitos) y a medida que el tamaño de la organización sea mayor (aumentando la posibilidad de que se cometa un delito que desencadene una sanción, algo que el socio cumplidor no puede conocer ni evitar).

VI. Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo se ha intentado mostrar, desde la óptica del AED, si la ley de RPPJ se presenta como un modelo eficaz para la prevención y lucha contra los delitos vinculados a la corrupción.

Como se ha visto, particularmente en el capítulo que precede, los derechos son costosos y si el Estado pretende garantizarlos, debe hacer un esfuerzo por ser lo más eficiente posible en toda su actividad y sostenimiento. A lo largo de este trabajo he identificado factores que explican las fortalezas y

⁸² HAMDANI, A y KLEMENT A., Corporate Crime and deterrence. Stanford Law Review, Vol. 61, 2008, páginas 282/287.

defectos de la ley que responsabiliza penalmente a los entes ideales, proponiendo un método para detectar falencias que incentivan la corrupción, y previsiones virtuosas capaces de desincentivarla. No tengo dudas, por ello, de que el AED ha sido un método muy ventajoso. He evidenciado que los delitos vinculados a la corrupción suponen un beneficio esperado para quien los comete que, de no haber suficiente disuasión por el sistema de prevención (ya sea por penas bajas, escasa probabilidad de ser descubierto y condenado u otros incentivos del entorno, como las falencias normativas apuntadas en este trabajo), deviene rentable la comisión del delito. En ese sentido, las prácticas corporativas más transparentes, más respetuosas con la ética pública, y que brinden información fidedigna ante la detección de infracciones en el ámbito de su seno, se distinguen de manera evidente de los comportamientos indebidos y de los actos de corrupción. Este tipo de buenas prácticas, constituyen la piedra basal de la norma penal analizada, pues aportan más beneficios que costos para la sociedad.

Sin embargo, el esquema penal previsto para responsabilizar a los entes ideales, con sus bemoles, debe todavía desarrollar con mayor precisión las herramientas imprescindibles para lograr la mínima eficacia (articulando los instrumentos administrativos, penales y procesales), porque no es necesario ni deseable que se alcance eficacia a través de la creación de normas que terminan generando más problemas que soluciones. En ese sentido, desde el AED, hemos visto que el costo que evaluará el ente ideal no dependerá exclusivamente de la pena, sino también de la posibilidad de ser efectivamente sancionada, o más concretamente de la percepción de la posibilidad de ser sancionada.

En suma, desde una perspectiva basada en el análisis económico del derecho penal, resulta evidente la necesidad de mejorar ciertos aspectos de la norma en análisis, con el fin de prevenir y mitigar los casos de corrupción que puedan surgir desde el seno de las empresas. Si bien la ley de RPPJ representa un paso importante en la dirección correcta al atribuir responsabilidad a las organizaciones por delitos cometidos en su nombre, existen varios aspectos que requieren ajustes para optimizar su efectividad y eficiencia en la prevención de conductas ilícitas.

VII. Bibliografía

ABOSO, Gustavo Eduardo, “Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Pública”, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2018.

AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program”, Universidad de Córdoba, 2018.

ALEXANDER, Cindy R., “On the nature of the reputational penalty for corporate crime”, The journal of Law and Economics, The University of Chicago Press, 1999.

AROCENA, Gustavo, “Acerca del denominado ‘Criminal Compliance’”. Revista Crítica Penal y Poder, número 13, Universidad de Barcelona, 2017.

ATIENZA, Manuel, “Contribución a una teoría de la legislación”, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, The Journal of Political Economy, volumen 76, 1968.

BENTHAM, Jeremy, “An introduction to the Principles of Morals and Legislation”, 1978.

BERMEJO, Mateo G., “Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho”, Universidad Pompeu Fabra, 2009.

BERMEJO, Mateo G., “Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno whistleblower como estrategia político criminal”, Revista Derecho Penal. Año II, N°4, Ediciones Infojus, 2013.

BRAITHWAITE, John, “The Impact of Publicity on Corporate Offenders”, University of New York Press, 1983.

CASTEX, Francisco (Director); “Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”, 1ª Edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2018.

COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula; “Delitos en las contrataciones públicas”, 1ª Edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2012.

COOTER Robert y ULEN Thomas, “Derecho y Economía”, primera edición digital, Fondo de Cultura Económica, 2016.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, Universitat de Valencia, 2013.

FARALDO CABANA, Patricia, “Las sanciones para personas jurídicas, con especial referencia a las sanciones pecuniarias”, Ciencias Penales desde el Sur: Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Editorial Infojus, 2014.

FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, publicado en A reader on Punishment, Duff/Garland (Eds.), Oxford University Press, Nueva York, 1994.

GOLDMAN, Diego Hernán, “Las condenas negociadas en el proceso penal: análisis teórico y económico de dos modelos en pugna”, Editorial Universos Jurídicos, 2021.

FERNÁNDEZ MORENO, Mario A., “Corrupción: Abordajes mínimos bajo una mirada actual”; Publicado por Editorial La Ley en Suplemento Penal 2021 (noviembre), 2021.

HAMDANI, Assaf y KLEMENT, Alon, “Corporate Crime and deterrence”, Stanford Law Review, 2008.

HERNÁNDEZ, Andrés, “Amartya Sen: Ética y economía. La ruptura con el bienestarismo y la defensa de un consecuencialismo amplio y pluralista”, Cuadernos de economía, XVII (29). Bogotá, 1998

JEANNERET DE PÉREZ CORTES, María, “Ética y función pública”, publicado en La Ley Online, 2005, Cita: TR LALEY AR/DOC/1991/2005.

KLITGAARD, Robert, “Controlando la corrupción, una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

KOMAROFY, Nadia, “El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción”, publicado en La Ley (ADLA2017-12,10), cita online AR-DOC/3130/2017, 2017.

NIETO MARTIN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, esquema de un modelo de responsabilidad penal”, publicado en LA LEY, t. 2008-C, 2008.

NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley”, 1° edición, Editorial Ariel, Buenos Aires, 2005.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, Revista De Derecho Penal Y Criminología, 2° edición, UNED, 2004.

PASTOR PRIETO, Santos, “Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho”, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

POSNER, Richard A., “Optimal sentences for White-Collar Criminals”, American Criminal Law Review, volumen 18, 1980.

RAMÍREZ-VILLAESCUSA, Rafael, “La economía del delito y de las penas: Una aproximación”, 2012.

ROSE-ACKERMAN Susan, “La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2001.

SÁNCHEZ OTHARÁN, Juan Francisco, “Protección penal del medioambiente y disuasión, una mirada desde el análisis económico del derecho”, Universitat de Barcelona, 2018.

SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo, “El sistema penal como incentivo a la criminalidad en la contratación pública: aproximación desde el análisis económico del derecho aplicado a mercados implícitos”, Revista Estudios Socio-jurídicos, 2020.

SOSA, Omar Julián (Coord.), “Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: el rol de la Oficina Anticorrupción”, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.

SOTO, Raimundo, "La corrupción desde una perspectiva económica", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003.

VIRGOLINI, Julio, "Crímenes Excelentes, Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.