



## **UNIVERSIDAD DE BELGRANO**

Buenos Aires - Argentina

### **Escuela de Posgrado de Derecho**

### **Especialización en Derecho Penal**

**Tema:** Régimen Procesal de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley 27.401).

**Tutor:** Prof. Dr. Sandro Abraldes.

**Alumno:** Federico Pablo Laurito. Matrícula U.B.: 150700139.

## **RESUMEN.**

La sanción de la ley 27.401, consagró definitivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino. El modo en el que serán enjuiciadas las entidades se iguala, en la medida en que compatibilicen con su naturaleza, al de las personas humanas. Sin embargo, su cualidad incorpórea, impide la compatibilidad absoluta de los estatutos procesales. La comparecencia al proceso por medio de un representante legal es toda una novedad en el derecho adjetivo penal. A partir de esta circunstancia, desarrollaremos la problemática relativa al conflicto de intereses que podría suscitarse entre éste y la empresa, en un sistema en donde rigen en su máxima extensión las garantías procesales constitucionales. Otra característica de los procesos que tienen como imputadas a las personas jurídicas es la pluralidad de sujetos pasivos. Analizaremos, pues, la interrelación entre los coimputados, la necesidad de una imputación tempestiva y de un enjuiciamiento conjunto.

Paralelamente, las provincias argentinas y, finalmente, la Nación, han comprendido la necesidad de adaptar sus legislaciones procesales a los estándares convencionales y constitucionales, consagrando, así, el modelo acusatorio adversarial a lo largo y ancho de la República. Tal circunstancia, nos ha impulsado a escudriñar el fenómeno de la responsabilidad penal empresaria con las instituciones características del modelo de enjuiciamiento instituido, indagando, caso por caso, su compatibilidad con aquél, teniendo especialmente en cuenta la cualidad inmaterial de las entidades y los bienes jurídicos en juego.

## ÍNDICE TEMÁTICO

<b>Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>Capítulo I. Atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.....</b>	<b>7</b>
1. Los dos grandes modelos en el derecho comparado.....	7
2. El sistema de atribución de responsabilidad penal en la Ley 27.401.....	9
3. Problemática del enjuiciamiento autónomo de la persona jurídica.....	11
<b>Capítulo II. Estatuto jurídico procesal de las personas jurídicas.....</b>	<b>12</b>
1. Introducción.....	12
2. Situación jurídico procesal de las personas jurídicas.....	13
3. Representación de la persona jurídica en el proceso.....	16
4. Potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica imputada y su representante en el proceso penal.....	17
<b>Capítulo III. Imputación a las personas jurídicas.....</b>	<b>19</b>
1. Cuestiones relativas a la formalización de la investigación contra una entidad.....	19
<b>Capítulo IV. La persona jurídica como sujeto procesal en un sistema acusatorio de enjuiciamiento.....</b>	<b>21</b>
1. Notas distintivas del proceso penal acusatorio.....	22
2. Reglas de disponibilidad en el ejercicio de la acción penal pública y su aplicación a las personas jurídicas.....	23
2.1. Planteamiento.....	23
2.2. Argumentos a favor y en contra de la disponibilidad de la acción penal pública en procesos dirigidos contra las personas jurídicas.....	26

2.2.1. Argumentos a favor de la introducción de reglas de disponibilidad de la acción penal pública en procesos seguidos contra personas jurídicas.....	26
2.2.1.1. Evitación de daños colaterales y reputacionales.....	26
2.2.1.2. Incentivo a la autorregulación e implementación de programas de cumplimiento eficaz.....	27
2.2.1.3. Fomento de la cooperación con la justicia.....	29
2.2.1.4. Ahorro de recursos públicos.....	30
2.2.2. Argumentos en contra de la aplicación de las reglas de disponibilidad a las personas jurídicas sometidas a un proceso penal.....	30
2.2.2.1. Los daños colaterales derivados del proceso penal no son exclusivos de las personas jurídicas ni previsibles.....	30
2.2.2.2. Riesgo de inmunidad para las grandes corporaciones.....	31
2.2.2.3. La efectiva persecución penal de las personas jurídicas es incentivo suficiente para la autorregulación e implementación de programas de cumplimiento eficaz.....	32
2.2.2.4. Peligro de convertir a la justicia penal en un mecanismo extorsivo institucionalizado para forzar la cooperación.....	32
2.2.2.5. Peligro de erosión de la fuerza preventiva del derecho penal.....	33
3. Criterios de oportunidad en el derecho argentino.....	34
4. Conciliación y reparación integral del daño.....	36
5. Suspensión del proceso penal a prueba.....	39
5.1. Exclusión legal de la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba en los casos de delitos contemplados en la Ley Penal Tributaria y el Código Aduanero.....	40
5.2. <i>Probation</i> para delitos contemplados en la Ley 27.401.....	43
6. Acuerdos procesales en el sistema estadounidense.....	44
6.1. Introducción.....	44
6.2. Convenio de reconocimiento de culpabilidad ( <i>plee agreement</i> ).....	44

6.3. Acuerdos de enjuiciamiento diferido y acuerdos de no enjuiciamiento ( <i>deferred and non-prosecution agreements</i> ).....	45
<b>Capítulo V. El acuerdo de colaboración eficaz.....</b>	<b>47</b>
1. Consideraciones generales.....	47
2. El acuerdo de colaboración eficaz y el modelo acusatorio de enjuiciamiento.....	49
3. Críticas.....	49
4. Momento procesal para la celebración del acuerdo.....	51
5. Carácter confidencial de la negociación.....	52
6. Aspectos formales y control jurisdiccional del acuerdo.....	53
7. Rechazo del acuerdo. Alcances.....	54
8. Control de cumplimiento.....	55
<b>Capítulo VI. Acuerdo de procedimiento abreviado con la persona jurídica imputada.....</b>	<b>56</b>
1. Introducción.....	56
2. Juicio abreviado para la persona jurídica imputada.....	58
3. Juicio de admisibilidad del acuerdo de procedimiento abreviado con especial referencia a las personas jurídicas imputadas.....	61
<b>Capítulo VII. La “víctima” y el querellante en los delitos cometidos por personas jurídicas.....</b>	<b>63</b>
1. Consideraciones generales.....	63
2. La “víctima” en los procesos seguidos contra las personas jurídicas y la intervención del querellante.....	64
<b>Conclusiones finales.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>69</b>

## Introducción.

Frente a la postura clásica que admitía como único sujeto activo del delito a la persona humana, cristalizada en el aforismo latino “*societas delinquere non potest*”, ha ganado terreno en las últimas décadas, la corriente que reconoce la responsabilidad penal de las entidades, reflejada en distintos ordenamientos jurídicos de Europa y América, y consagrada en el derecho positivo nacional con la sanción de la Ley 27.401, si bien limitada a los delitos enumerados en su artículo 1, y circunscripta a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.

La flamante normativa se integra dentro de una serie de iniciativas gubernamentales, promovidas con el objeto de facilitar el ingreso de la República Argentina a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), organismo de cooperación internacional, cuya misión, desde su creación en 1960, consiste en ayudar a los gobiernos a alcanzar el crecimiento económico y aumentar el nivel de vida de sus habitantes.<sup>1</sup>

Si bien es cierto que la Ley 27.401 constituye una novedad en materia de sanción y prevención de determinado tipo de delitos vinculados a los fraudes a la administración pública, en nuestro país existen numerosas leyes especiales que prevén la aplicación de penas a las personas colectivas por ilícitos cometidos por sus dependientes. A modo de ejemplo, la Ley 19.359, que consagra el Régimen Penal Cambiario, establece la suspensión de las entidades para operar en el mercado cambiario o para actuar como importador o exportador, y la imposición de multas (art. 2 incisos “a” y “e”, en función del inciso “f”), cuando alguno de los hechos enumerados en el artículo 1 hubiese sido ejecutado por sus directores, mandatarios, representantes legales, gerentes, etc. El Código Aduanero (Ley 22.415), por su parte, contiene una serie de normas de cuyo texto puede extraerse la responsabilidad penal de las personas colectivas. Así, por ejemplo, el artículo 888, hace expresa referencia al supuesto de que una persona de existencia ideal “...fuere condenada por algún delito aduanero”. Una previsión similar puede hallarse en el artículo 876 inciso “g”. La Ley 27.430 (art. 279), que consagra el nuevo Régimen Penal Tributario, incluye en su artículo 13 sanciones de naturaleza penal para las personas de existencia ideal, consistentes en

---

<sup>1</sup> VÍTOLO, Roque Daniel, *Responsabilidad Penal Empresaria Ley 27401 Comentada*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 20.

la suspensión -total o parcial- de actividades, la suspensión para participar en concursos o licitaciones públicas, la cancelación de la personería cuando hubiesen sido creadas al solo efecto de cometer ilícitos o cuando estos actos constituyan la actividad principal de la entidad, la pérdida o suspensión de beneficios estatales y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la sociedad (incisos 1, 2, 3, 4, y 5). Establece, también, reglas de graduación de esas penas, análogas a las fijadas por el art. 8 de la Ley 27.401.

Cabe destacar que el legislador nacional incorporó al propio Código Penal el artículo 304 (Ley 26.683) sobre lavado de activos, que dispone un cúmulo de sanciones para la persona jurídica responsable. Asimismo, la Ley 26.733, introdujo el artículo 313 a Código Penal, que consagra otros supuestos de responsabilidad colectiva.

Los tribunales del país han acompañado el proceso, reconociendo en sus pronunciamientos la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en los casos comprendidos en las leyes especiales.<sup>2</sup>Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido en un importante número de fallos la posibilidad de imputar penalmente a los entes colectivos y su jurisprudencia ha sido uniforme en tal sentido. La primera ocasión en la que el Máximo Tribunal del país se expidió sobre el asunto fue en la causa “Entre Ríos, Extracto de Carne Ltda. s/ Defraudación de Derecho de Aduana”, del 7 de diciembre de 1894, donde aceptó la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de los artículos 1027 y 1028 de la Ordenanza de Ley de Aduanas, aprobada por Ley 810 (1876), que fijaba para aquellas la pena de multa.

Sin embargo, y a pesar de los cambios introducidos a nivel legislativo, el tema de la responsabilidad penal de los entes ideales continúa generando controversias en doctrina. Las principales críticas descansan sobre la base de la actual teoría del delito, sintetizadas en el voto en disidencia del entonces ministro de la Corte Suprema, Eugenio Raúl Zaffaroni, en la causa “Fly Machine S.R.L s/ Recurso Extraordinario” (C.S.J.N., 30-05-2006). En esa ocasión, el jurista argentino sostuvo que “la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la

---

<sup>2</sup> PRADO, Carolina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401*, recuperado el 31-01-2020 de <http://www.bolsacba.com.ar/img0/ijje/040420180005034d584618.pdf>.

delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva, además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”(Considerando 8°).

En los tiempos que corren, la participación cada vez más frecuente de empresas nacionales e internacionales en hechos de corrupción pública, ha despertado un significativo interés en los estados por la necesidad político criminal de sancionar a las personas jurídicas. A nivel regional, el emblemático caso “Odebrecht”, permite dimensionar la trascendencia de la participación de las grandes corporaciones en actos de corrupción transnacional, trama delictiva que ha involucrado a políticos, funcionarios y empresarios de muchos estados latinoamericanos, circunstancia que ha provocado una verdadera convulsión en la política interna de los países involucrados. Este cuadro de situación explica de manera elocuente el significativo avance legislativo hacia la criminalización de la empresa, aún en contra de la doctrina penal tradicional que niega a las personas jurídicas capacidad de acción sobre la base de una concepción psicologista (y no normativa) de la conducta criminal.

En este contexto, el 1° de diciembre de 2017, se publicó en el Boletín Oficial la Ley 27.401, en virtud de la cual Argentina incorporó a su ordenamiento jurídico el Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por los delitos de cohecho, tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos agravados, con el fin de ocultar el cohecho y el tráfico de influencias. Con su sanción, fruto de un espinoso debate, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como en el seno del Congreso, Argentina ajustó su legislación a las exigencias de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OCDE.

La ley contiene disposiciones de naturaleza sustantiva y procesal. Con las últimas, el legislador nacional, ha querido, no interferir en las competencias locales, sino establecer las pautas mínimas a fin de garantizar en su plenitud a las personas colectivas, los derechos y garantías acordados de antaño a las personas humanas encausadas. A partir de esta normativa, procuraremos trazar los lineamientos esenciales que componen el estatuto jurídico procesal de las personas jurídicas,



analizando su concreta intervención como parte imputada en un sistema de justicia donde rige en su plenitud el modelo acusatorio de enjuiciamiento.

## Capítulo I

### Atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

#### 1. Los dos grandes modelos en el derecho comparado.

En la legislación comparada y en la doctrina se distinguen dos grandes modelos para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas: por un lado, los sistemas de heterorresponsabilidad, responsabilidad indirecta o vicarial; por el otro, los de autorresponsabilidad o responsabilidad penal directa. En términos generales, por los primeros se responsabiliza penalmente a la persona jurídica por los hechos cometidos por sus dependientes, siempre que estos actúen en el marco de sus funciones y en beneficio de la entidad.<sup>3</sup> Así pues, se sustentan en la transferencia de responsabilidad de la persona humana a la jurídica, sobre base de que aquella constituye o integra un órgano de ésta. Es el esquema típico de los sistemas legales anglosajones. Por su parte, los modelos de autorresponsabilidad, permiten imputar

---

<sup>3</sup> Conf. ABOSO, Gustavo Eduardo, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública*, 1ª ed., Bdef, Buenos Aires - Montevideo, 2018, p. 146; BIOLATO, Beatriz Ana, *Ley 27.401. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Aspectos procesales relevantes. Observaciones y soluciones para la práctica judicial*, en *Reformas al Código Procesal Penal de la Nación: Teoría y práctica*, dirigido por Juan Manuel Almada y Andrés Rubén Godoy, 1ª ed., Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 205; MONTIEL, Juan Pablo, *Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino*, En letra: Derecho Penal, Año IV, número 6, p. 130; GOLDMAN, Diego Hernán, *Naturaleza jurídica y sentido económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Reflexiones en relación a la Ley 27.401*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 272, Septiembre -Diciembre 2018, p. 434; NEIRA PENA, Ana María, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis doctoral, Universidad da Coruña, 2015, p. 241, disponible en [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16496/NeiraPena\\_AnaMaria\\_Tese\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16496/NeiraPena_AnaMaria_Tese_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

directamente a la empresa por la creación del peligro o disfuncionalidad social, por un defecto de organización, una actitud criminal de grupo o por la omisión de un deber de vigilancia.<sup>4</sup> Para la teoría del *déficit organizacional*, desarrollada originariamente por TIEDEMANN, el injusto no es realizado por el representante o miembro de la empresa, sino por la propia persona jurídica que se ha organizado de manera defectuosa durante el desarrollo de sus actividades, de un modo que ha permitido o favorecido la ejecución del hecho delictivo.<sup>5</sup>

Apunta BOLDOVA PASAMAR<sup>6</sup>, que el modelo anglosajón de *vicarius Iliability* adolece de graves defectos por ser contrario a la prohibición de la responsabilidad penal por hechos ajenos y, por ende, al principio de personalidad de las penas, e implica, además, una responsabilidad objetiva. Sin embargo, denota que podría ser constitucionalmente admisible si se parte de que las personas jurídicas no son titulares de “derechos fundamentales” o, al menos, no en la misma medida que las personas humanas, de modo que todo lo cuestionable en este ámbito (principio de culpabilidad, *ne bis in ídem*, presunción de inocencia), estaría impregnado de cierto relajamiento en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica sin aparente merma de derechos.

El modelo de autorresponsabilidad, por su parte, tampoco está exento de críticas. Así pues, se argumenta que si la responsabilidad de la empresa se articula sobre la base de un injusto propio, los únicos elementos sobre los cuales éste puede construirse deben necesariamente girar en torno a un defecto de organización, de cultura empresarial, de conducción empresarial o de reacción ante el delito y, éstos criterios de imputación, según el destacado jurista español, se asientan en un derecho penal de autor. A ello, agrega ROBLES PLANAS,<sup>7</sup> que con las reglas de definición de

---

<sup>4</sup> Conf. NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 241.

<sup>5</sup> VÍTOLO, Daniel Roque, *Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 comentada*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 31.

<sup>6</sup> Ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII, 2013, p. 231. Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1395/1667>.

<sup>7</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*, InDret, nº 2/2006, p. 7.

la tipicidad de las conductas, no es posible afirmar que la infracción de deberes organizativos constituya un comportamiento directamente típico del delito que se produzca. En todo caso, tales infracciones podrían calificarse como omisiones del deber de cuidado que facilitan la comisión de delitos por parte de personas físicas. Así y todo, el hecho material correspondiente a uno o más individuos concretos y que finalmente se imputa a la persona jurídica es ontológicamente ajeno a ella, por más que se realice con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

Se advierte, pues, que ninguno de los modelos generales que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta plenamente satisfactorio en su versión más diáfana. Por esa razón, algunas legislaciones han ensayado sistemas mixtos de atribución, tomando elementos de uno y de otro. En esa línea se inscribe, como veremos a continuación, el modelo seguido por el legislador nacional en la Ley 27.401.

## 2. El sistema de atribución de responsabilidad penal en la Ley 27.401.

La doctrina local no es pacífica en relación al modelo de atribución de responsabilidad penal adoptado por el legislador nacional en la Ley 27.401. Para ABOSO,<sup>8</sup> la ley recepta en su art. 2 el sistema vicarial, de modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica quedará engarzada únicamente cuando sus órganos societarios, representantes o mandatarios hayan actuado en su nombre y beneficio. Así pues, el acto ilícito cometido por los órganos directivos de la entidad o sus representantes, configura el *hecho de conexión* que permite atribuirle responsabilidad penal a la empresa por la ejecución dolosa de la infracción sancionada. En sentido similar se pronuncia ABRALDES<sup>9</sup>, para quien la ley adopta una responsabilidad penal asumida por la actuación de los dependientes y representantes de las personas jurídicas privadas.

Otro sector de la doctrina, sostiene con buenos argumentos que la Ley 27.401 se inclina por un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica por defecto de

---

<sup>8</sup> ABOSO, *op. cit.* pp. 222-228.

<sup>9</sup> ABRALDES, Sandro, *Capítulo I, La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, dirigido por Daniel Roque Vítolo, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 86 y ss.

organización. Son varias las disposiciones normativas que permitirían avalar esta posición. Así, por ejemplo, el párrafo 2º del art. 2 de la ley, que responsabiliza al ente ideal por los actos cometidos por terceros que carecen de facultades para obrar en su representación, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aún de manera tácita, permitiría inferir que el fundamento del reproche no es el delito en sí, llevado a cabo por una persona ajena al control de la organización, sino la posterior aceptación o *tolerancia* por parte de los órganos de la empresa, de la actuación en su representación, interés o beneficio de personas humanas extrañas a la estructura. Asimismo, el art. 6, habilita la condena de la empresa cuando no haya sido posible identificar o juzgar a él o los individuos intervinientes en el delito, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que aquél no hubiera podido cometerse sin la *tolerancia de los órganos* de la persona jurídica. Así, para GOLDMAN,<sup>10</sup> la norma presupone que los órganos societarios tienen un deber de evitar (o al menos no tolerar), la comisión de delitos por parte de sus directivos, empleados o representantes y, para ello, deben adoptar medidas de prevención activas, tales como mecanismos de auditoría periódica, canales de denuncias internas, etc. Caso contrario, cabría entender que los órganos societarios *toleran* la actividad ilícita, circunstancia que operaría como fundamento de la condena. El modelo de la autorresponsabilidad, también se reflejaría en el art. 8, siendo parámetros para la regulación de las penas el incumplimiento de reglas y procedimientos internos y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores materiales del delito, y en el art. 9, al fijarse como requisito para la exención de responsabilidad penal, la implementación de un *sistema de control y supervisión adecuados*, cuya caracterización viene dada detalladamente en los arts. 22 y 23, al tratarse los programas de integridad.<sup>11</sup>

A nuestro juicio, el legislador nacional ha optado por un modelo que cabría calificar de híbrido, pues presenta rasgos propios de los sistemas de heterorresponsabilidad, con elementos característicos de los sistemas de autorresponsabilidad.<sup>12</sup> En este

---

<sup>10</sup> GOLDMAN, *op. cit.*, p. 436.

<sup>11</sup> MONTIEL, *op. cit.*, p. 132.

<sup>12</sup> Esta posición también es sostenida por PAPA. Según el autor, la solución adoptada por el legislador argentino se aparta en la aplicación estricta, tanto del sistema vicarial como del basado en el déficit organizacional y, en consecuencia, prohíja una fórmula híbrida o mixta, en la que concurren elementos de ambos modelos en la tipificación de un ilícito penal contra las personas jurídicas privadas enunciadas en el art. 1. PAPA,

sentido, el presupuesto de la responsabilidad de las personas jurídicas es siempre un hecho típico y antijurídico, realizado por una persona física. Ahora bien, parecería que si se juzga conjuntamente a él o los individuos partícipes del delito y a la persona jurídica, para comprobar la responsabilidad de esta última sólo cabría demostrar que la persona física que cometió el delito en el marco de sus actividades, generó un beneficio indebido a la empresa. La misma circunstancia debería acreditarse en caso de que el ente sea juzgado con posterioridad a la condena de la persona física. Aquí pues, el criterio de atribución parecería ser de tipo vicarial. Sin embargo, si se sigue un proceso autónomo contra el ente, por no haberse podido identificar o juzgar a la persona física aparentemente responsable, deberá acreditarse la circunstancia de que el delito no hubiera podido cometerse sin la *tolerancia de los órganos de la persona jurídica* (art. 6), lo cual parecería indicar una suerte de prevalencia del modelo de autorresponsabilidad por déficit organizacional. Consideramos, de *lege ferenda*, que el legislador debería exigir en todo caso la concurrencia de otras circunstancias, más allá del hecho de referencia, para que esa conducta individual pueda imputarse a la persona jurídica, como el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre autores o partícipes, la implementación deficiente de modelos de organización y gestión para detectar y prevenir la comisión de infracciones en el seno de la entidad, etc.

### 3. Problemática del enjuiciamiento autónomo de la persona jurídica.

La posibilidad de juzgar de forma independiente a la persona jurídica (art. 6 Ley 27.401), cuando su responsabilidad depende, al menos parcialmente, de un hecho ajeno, presenta a nuestro juicio severos inconvenientes. El motivo radica en que, si se sigue un modelo de imputación de tipo vicarial, al estilo anglosajón, puesto que la ley prevé la posibilidad de perseguir autónomamente a la persona jurídica cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido en el delito, en el proceso seguido exclusivamente contra el ente habrá que probar la participación punible de una persona humana que no será parte del juicio.

Atento a ello, el legislador pretendió corregir el problema planteado, expresando en la última parte del art. 6, que el enjuiciamiento autónomo podrá llevarse a cabo

siempre y cuando las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido *sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica*, locución que supone un guiño hacia el sistema de atribución de responsabilidad por “déficit organizacional”.

De todos modos, independientemente del criterio de imputación que se siga, para que una persona jurídica resulte condenada, es menester que una persona humana haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos previstos en el catálogo enunciado en el art. 1. Así pues, en un proceso exclusivo contra la persona jurídica se produciría prueba tendiente a acreditar la comisión del ilícito por alguno o varios de sus integrantes que no están presentes en el proceso, lo cual podría dar lugar a una flagrante violación a los derechos de defensa y presunción de inocencia, aun cuando la condena carezca de efectos perjudiciales en relación a un eventual enjuiciamiento futuro de las personas humanas que integran el ente.

Otro escenario posible es el del enjuiciamiento exclusivo de la persona jurídica cuando los partícipes materiales del delito ya han sido condenados. La problemática que se presenta en este supuesto es similar a la ya analizada. En el proceso dirigido contra las personas humanas se produjo prueba ordenada a incriminar al ente, cuya ajenidad al proceso le ha impedido contradecirla, menoscabando así su derecho de defensa.

Cabe destacar que el inconveniente no es similar al que puede presentarse en un proceso común por un delito en el que hayan participado varias personas humanas pero el juicio se dirige exclusivamente contra una de ellas por no haberse podido identificar a los autores restantes o por hallarse éstos en situación de rebeldía. Cuando los demás partícipes sean enjuiciados con posterioridad a la condena del coimputado, deberá demostrarse respecto de éstos la configuración de todos los elementos constitutivos del delito para que la condena sea posible. En cambio, por el sistema de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas diagramado por la ley 27.401, bastará comprobar en el proceso dirigido contra la persona humana su participación en el delito, para trasladar, casi por reflejo, la responsabilidad penal a la empresa, la cual sólo podrá contrarrestar la abrumadora presunción en su contra aportando prueba encaminada a demostrar que la persona humana actuó en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella (art. 2 párrafo 3º Ley 27.401).

## Capítulo II

### Estatuto jurídico procesal de las personas jurídicas.

#### 1. Introducción.

Como expresamos en la introducción al presente trabajo, la Ley 27.401, incluyó dentro de su articulado un conjunto de previsiones de naturaleza procesal con el objeto de establecer ciertas pautas básicas para que la persona colectiva pueda ser sometida a un proceso penal. El legislador nacional, entendemos que sin el propósito de interferir en las competencias locales, ante la novedad de enjuiciar penalmente a las personas jurídicas, estimó necesario fijar algunos lineamientos esenciales en orden a compatibilizar la naturaleza incorpórea de tales entes con los aspectos esenciales del proceso penal, pensado desde antaño para seres humanos. Así pues, decidió regular, mediante una norma genérica de remisión a los ordenamientos jurídicos procesales, lo atinente a los derechos y obligaciones que la asisten en el curso del procedimiento (artículo 11); también sobre el régimen de notificaciones (artículo 12), la representación en juicio (artículo 13), la rebeldía (artículo 14), el eventual conflicto de intereses entre la persona colectiva y la persona humana designada para representarla en el proceso (artículo 15), el modo de celebrar acuerdos de colaboración con el Ministerio Público Fiscal (artículos 16 a 21) y la competencia (art. 26). Asimismo, establece que el Código Procesal Penal de la Nación se aplica supletoriamente a los casos alcanzados por la competencia nacional y federal, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adecuar sus legislaciones procesales a los lineamientos trazados por la ley (art. 28). Por su parte, la Ley 27.482, que introdujo sustanciales reformas a la ley 27.063 que sancionó el nuevo Código Procesal Penal Federal, incorporó al Libro Segundo (denominado "Procedimientos Especiales") de la Segunda Parte, el Título VI relativo a los procesos contra las personas jurídicas (artículos 338 a 443), con disposiciones similares a las contenidas en la ley especial, destacándose el art. 343, que legitima expresamente a los entes colectivos a celebrar acuerdos de conciliación, suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado. Dedicaremos a este tema un capítulo aparte.

Aquí pues, analizaremos la situación jurídico procesal de las personas jurídicas a partir de la norma de remisión de carácter general, y el posible conflicto de intereses entre la misma y el representante designado para intervenir en el proceso junto al defensor técnico, señalando, oportunamente, las similitudes y desemejanzas entre el

estatuto procesal penal relativo a los entes y a las personas humanas en su condición de imputados.

## 2. Situación jurídico procesal de las personas jurídicas.

El legislador nacional optó por resolver el problema relativo a los derechos y obligaciones de los cuales es titular la persona jurídica sometida a un proceso, a través de una remisión genérica al estatuto del imputado (persona humana), previsto en los códigos de procedimientos, omitiendo precisar en qué medida cada derecho y obligación en cabeza del individuo es susceptible de ser extendido a la persona colectiva.

A nuestro juicio, la solución es correcta por dos motivos. En primer lugar, porque al tratarse de normas procesales, la competencia es local y no federal, por lo que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conservan la facultad constitucional de regular lo concerniente al procedimiento. En segundo lugar, porque la enunciación de un catálogo de derechos y obligaciones procesales inherentes a las personas jurídicas, además de resultar técnicamente complejo, lleva ínsito el peligro, común a toda formulación taxativa, de negar la titularidad de otros derechos no especificados en la norma, con las implicancias constitucionales que tal circunstancia podría acarrear.

Desde luego, con toda razonabilidad, la Ley 27.401, al disponer que la persona jurídica tendrá los derechos y obligaciones previstos para el imputado en los códigos de procedimiento, advierte que ello ocurrirá “en cuanto le sean aplicables”, expresión que, como afirma VÍTOLO,<sup>13</sup> deberá leerse: “en tanto resulten compatibles con su propia naturaleza”. La salvedad está provista de toda lógica, puesto que los códigos procesales contienen disposiciones incompatibles con la naturaleza incorpórea de las personas colectivas, tales como las referidas a las medidas cautelares de carácter personal (arresto, detención, prisión preventiva, medidas de atenuación de la coerción, etc.), las relativas a la identificación del imputado (verbigracia, artículo 74 del Código Procesal Penal de la Nación), su incapacidad al momento de cometer el hecho, etc. Contrariamente, tendrían plena vigencia garantías como la presunción de inocencia, la

---

<sup>13</sup> VÍTOLO, Daniel Roque, *Ley Penal Empresaria 27.401. Comentada*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 537.



inviolabilidad de la defensa, la prohibición de la autoincriminación, el *ne bis in ídem*, la garantía de juez natural, la doble instancia, el debido proceso, etc.

Teniendo en cuenta que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas es una novedad en nuestro país (también es reciente en la mayor parte de los países de Europa Continental y de Latinoamérica), la jurisprudencia nacional todavía no se ha expedido sobre el estatuto jurídico procesal de las mismas. Sí lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal Supremo español en la primera sentencia dictada a partir de la vigencia del art. 31 *bis* del Código Penal, que acoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los planteos de la defensa giraron en torno a la vulneración de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad, esto último, en razón de las intervenciones telefónicas ordenadas en el proceso. Los agravios fueron desestimados, pero lo importante fue que se reconoció a la persona jurídica una capacidad procesal plena para intervenir en el proceso penal en calidad de imputada. En efecto, el Tribunal adujo que los “derechos y garantías a los que se refieren los motivos examinados en el presente recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal...”<sup>14</sup>

En la doctrina extranjera, predomina la posición que equipara la persona jurídica a la persona humana, en tanto imputados en un proceso penal.<sup>15</sup> Sin embargo, un sector ha puesto reparos en reconocer a los entes colectivos la garantía de inviolabilidad de domicilio, entendiendo por este, la morada en la que sólo la persona física puede obrar de acuerdo a su libre albedrío, siendo su objeto el de resguardar la intimidad personal y familiar.<sup>16</sup> En ocasión reciente, el Tribunal Supremo español ha señalado que la garantía de inviolabilidad de domicilio no rige en su plenitud cuando la imputada es una persona jurídica.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> STS, Sala en Pleno, nº 613/2016, del 29-02-16, en ABOSO, *op. cit.*, pp. 356-357.

<sup>15</sup> NEIRA PENA, Ana María, *La persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad da Coruña, 2016, p. 410.

<sup>16</sup> Véase ABOSO, *op. cit.*, p. 362.

<sup>17</sup> STN, nº 3210/17, del 19-07-17, en ABOSO, *op. cit.*, p. 364.

De nuestra parte, consideramos que una solución como la adoptada por el tribunal del país europeo, colocaría en una situación de absoluta desventaja a la persona jurídica en relación al resto de los coimputados, sobre todo en la etapa de investigación penal preparatoria, dado que, para practicar un allanamiento a la morada de éstos últimos, o para interceptar correspondencia, sería necesaria una orden judicial, mientras que para realizar las mismas medidas respecto de la persona jurídica, el fiscal no tendría ninguna limitación, situación que se traduce en una ostensible violación al principio de igualdad ante la ley.

El legislador nacional suscribe a la idea de equiparar al máximo los dos estatutos, con las salvedades que hemos apuntado y que derivan de las incuestionables diferencias ontológicas entre las personas humanas y colectivas. En este sentido, apunta DE LA FUENTE,<sup>18</sup> que al reconocerse la responsabilidad penal de la persona jurídica, rigen con relación a ella las garantías fundamentales del proceso penal, que deben ser respetadas con independencia de su falta de regulación en los códigos procesales locales, y que nunca debe admitirse que por falta de previsión procesal, se cercenen los derechos de la entidad imputada.

Normalmente, el fundamento de la referida equiparación gira en torno a la plena vigencia del derecho de defensa en juicio de la persona jurídica, entendiéndose por tal la posibilidad real de resistir y contradecir la imputación que se le formula<sup>19</sup> y, en definitiva, la de hacer valer todos los derechos que la Constitución Nacional y las leyes procesales otorgan a los individuos sometidos a un proceso penal.

Desde luego, compartimos que el derecho de defensa en juicio de la persona jurídica debe salvaguardarse desde el momento en que adquiere la calidad de imputada. Sin embargo, no podemos soslayar que el mismo presenta matices particulares. Es evidente, por ejemplo, que la actuación tendiente al ejercicio de su defensa material no puede llevarla a cabo la entidad *per se*. Por esa razón, la ley establece que deberá comparecer al proceso por medio de su representante legal o por cualquier persona humana con poder especial para el caso. Además, podría suscitarse entre este último y la persona colectiva un conflicto de intereses, por lo cual,

---

<sup>18</sup> DE LA FUENTE, Javier Esteban, *Capítulo VIII - Aspectos Procesales, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, dirigido por Daniel Roque Vítolo, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 473.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 476.

para resguardar sus respectivas garantías, la ley prevé el apartamiento de la persona designada como representante.

Otro argumento para sostener la paridad de estatutos es que, en la mayoría de estos procesos, habrá junto a la persona jurídica uno o más individuos coimputados, con lo que otorgar una protección desigual podría provocar ventajas de un sujeto procesal frente a otro.

En definitiva, desde el momento en que el legislador atribuye a la persona jurídica responsabilidad penal, han de reconocerse para ésta los derechos y las garantías atinentes a la condición de imputado en su máxima extensión.

En relación a las obligaciones de la persona jurídica imputada, consideramos que la única operativa sería la de comparecer al proceso bajo apercibimiento de ser declarada rebelde, circunstancia contemplada en el art. 14 de la Ley 27.401. Otras situaciones, como la omisión de designar abogado de confianza (y la asignación de uno de oficio sin su opinión), o la falta de constitución de domicilio procesal, o la no interposición de un recurso en tiempo y forma, son meras cargas procesales, en la medida en que su violación no acarrea una sanción legal, sino la pérdida de un beneficio<sup>20</sup>; en otras palabras, son imperativos del propio interés.

### 3. Representación de la persona jurídica en el proceso.

Si bien la persona jurídica es quien reviste la calidad de parte imputada en el proceso penal, es evidente que no puede actuar por sí misma, sino que deberá hacerlo por medio de una persona humana dotada de facultades suficientes para intervenir en su nombre. Tal circunstancia es contemplada en el art. 13 de la Ley 27.401, cuya norma dispone que el ente colectivo actuará en el proceso penal por medio de su representante legal o por cualquier persona con poder especial para el caso, otorgado con las formalidades que correspondan al tipo de entidad de que se trate. Además, la misma norma exige la intervención ineludible de un defensor técnico y, en caso de que la empresa no lo designe, el juez deberá nombrar uno de oficio, tal como sucede respecto de cualquier imputado. Así pues, la ley pretende resguardar el ejercicio de la defensa material, a cargo del representante de la persona jurídica, quien, en caso de ejercer el derecho, prestará declaración en nombre de la imputada;

---

<sup>20</sup> VÍTOLO, *op. cit.*, p. 544.

pero también el de defensa técnica, que recae en un abogado de la matrícula o en el defensor oficial, quien deberá proporcionar los fundamentos jurídicos, producir las pruebas pertinentes y los alegatos<sup>21</sup>.

La norma prevé la posibilidad de que la persona jurídica pueda sustituir a su representante legal durante el curso del proceso. El reemplazo podrá ser inmotivado cuando tuviere lugar durante la investigación penal preparatoria y la etapa intermedia. Iniciado el debate, el cambio deberá fundamentarse y podrá interrumpir el trámite dentro del límite de los plazos procesales correspondientes a cada jurisdicción. El Código Procesal Penal Federal (según Ley 27.482), regula expresamente la cuestión estableciendo un plazo de tres (3) días (art. 339). Una sustitución motivada podría deberse, por ejemplo, al fallecimiento del representante designado o a su incapacidad sobreviniente, a modificaciones estructurales de la entidad, a la pérdida de confianza en la persona humana designada por parte del órgano de dirección de la persona jurídica o al hecho de que resulte personalmente investigado o imputado, evitando un potencial conflicto de intereses.

Como es lógico, dado que la representada invariablemente es la persona jurídica imputada, la sustitución no perjudica la eficacia de los actos cumplidos con anterioridad.

Por otro lado, la norma dispone que las facultades, número e intervención de los defensores que la asistan se regirán por las disposiciones de cada código procesal (art. 13 *in fine*). Sin embargo, nada dice acerca de la posibilidad de que la entidad cuente con una pluralidad de representantes legales en el proceso. Al no mediar prohibición legal creemos que ello es posible, aunque no lo aconsejamos, ni desde el punto de vista de la Administración de Justicia que, en aras de la simplicidad y la economía procesal, demanda un interlocutor permanentemente individualizado y localizable, ni desde el punto de vista de los intereses de la persona jurídica, que podrían verse lesionados a consecuencia de intervenciones inconsistentes y contradictorias entre sí, realizadas por los distintos representantes.<sup>22</sup>El legislador suizo, previendo estas circunstancias, ha dispuesto que en el procedimiento penal la empresa sea representada por *una única persona* que cuente con poderes ilimitados para representarla en asuntos civiles (art. 112.3 CPP suizo).

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 559.

<sup>22</sup> Véase NEIRA PENA, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

Por último, entendemos que la prohibición legal de aunar la persona del representante legal con la del defensor técnico ha sido una decisión acertada del legislador nacional, pues con ello ha querido preservar indemne el derecho de defensa material de la entidad, impidiendo, así, que determinados actos personalísimos sean cumplidos por el profesional designado para auxiliarla. Asimismo, también ha procurado resguardar el derecho de defensa técnica, evitando la confusión de roles y la desnaturalización de la intervención del letrado en el proceso en perjuicio de la empresa, circunstancia que se daría, por ejemplo, si prestara declaración como encausado.

4. Potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica imputada y su representante en el proceso penal.

La Ley 27.401 (art. 15) también se ocupa de resolver la cuestión relativa al potencial conflicto de intereses que podría suscitarse entre la persona jurídica imputada y su representante legal. De presentarse esta situación, el juez, de oficio o a requerimiento del fiscal o del querellante, deberá intimar a aquella a sustituirlo en el plazo fijado por las leyes procesales correspondientes. En caso de no producirse el reemplazo, deberá declarársela rebelde, conforme lo establecido en el art. 14 de la ley.

Como hemos expuesto en el apartado relativo a los modelos de atribución de responsabilidad de las personas colectivas, tanto si se parte de los sistemas de heterorresponsabilidad como de autorresponsabilidad, presupuesto ineludible para que la persona jurídica cometa un delito es la actuación típica y antijurídica de una persona humana en el marco de las actividades de la empresa. Conforme a ello, es posible que su representante legal intente eludir o minimizar su participación punible en el hecho investigado, descargando su responsabilidad en el propio ente que representa. A decir de NEIRA PENA,<sup>23</sup> “esta situación de corresponsabilidad constituye una significativa fuente de potenciales conflictos de interés, que amenazan con resolverse en perjuicio de la persona jurídica, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre, habitualmente, en una situación de ‘coimputación’ entre dos o más personas físicas, se produce aquí un escenario en el que uno de los coimputados puede, bajo determinadas circunstancias, resolver soberanamente por el otro, actuando en su nombre...” En definitiva, la necesidad de actuar en el proceso por medio de un representante (toda una novedad

---

<sup>23</sup> NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 200.

en el sistema procesal penal), predispone a la persona jurídica a incurrir en autodeclaración de culpabilidad a manos de su apoderado.

Existen, por lo general, normas procesales en el derecho comparado que prevén la posibilidad de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y su representante legal, en particular, cuando este último también resulta coimputado. Una solución justa para evitar esa circunstancia es la adoptada por el Código Procesal Penal mexicano, que prohíbe el ejercicio de cualquier tipo de representación legal de la persona jurídica por las personas físicas que integran sus órganos societarios o su representación jurídica, cuando también ellos hayan sido acusados de la comisión de delitos.<sup>24</sup>El Código Procesal Penal francés, por su parte, faculta al representante legal a solicitar el apartamiento cuando las acciones penales por los mismos hechos o por hechos conexos fueran dirigidas también contra éste (art. 706-43), habilitando a la persona jurídica a cambiar de representante en el curso del procedimiento. Algunas legislaciones disponen que el juez es el encargado de designar un sustituto del representante legal coimputado con la persona jurídica. En Suiza, por ejemplo, si se inicia una investigación por el mismo delito u otro conexo contra el representante designado para actuar por la empresa en el proceso, la entidad puede nombrar a otro en un plazo razonable, pero si no lo hace, quien dirige el procedimiento elegirá a un representante con poderes ilimitados en asuntos civiles o, en su caso, a un tercero idóneo (art. 112.3 CPP suizo).

De nuestra parte, consideramos que la solución más adecuada es la adoptada por el legislador nacional en el Código Procesal Penal Federal (art. 340), que establece expresamente que ante la falta de designación del representante sustituto dentro del plazo de cinco (5) días de cursada la intimación judicial, será declarada rebelde a requerimiento de la fiscalía.

Otro problema que corresponde tratar, ligado, por cierto, al expuesto, es el de la posibilidad de que el representante legal de la persona jurídica sea llamado a declarar en calidad de testigo en el proceso seguido contra aquella. Al respecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula expresamente la cuestión al establecer que no se podrá designar como representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo (art. 786 *bis* inc. 1º). La norma, referida a la instancia del juicio oral, tiene un doble propósito: por un lado, evitar la violación de la garantía *nemo tenetur se ipsum*

---

<sup>24</sup> ABOSO, *op. cit.*, p. 361.

*accusare*; por el otro, impedir que la persona jurídica utilice la designación del representante como un modo de evitar que la información relevante sobre los hechos llegue al proceso.<sup>25</sup> Tampoco podría ser llamado como testigo, según nuestra opinión, si en el curso de la investigación, el fiscal entiende que el representante designado *ab initio* adquirió, con anterioridad al inicio de la causa y en razón de su actuación dentro de la empresa, información relevante para el proceso, aun cuando considere que la estrategia defensiva de la persona jurídica ha sido la de nombrarlo como representante para evitar su declaración. En cualquier caso, la propuesta del fiscal tendiente a obtener la declaración testimonial del representante durante la investigación penal preparatoria deberá ser resuelta por el juez de garantías en una audiencia incidental. En cambio, si lo ofrece como prueba para el debate, el ámbito propicio será el de la audiencia preliminar (o de control de la acusación, según el código).

Consideramos, que rigen con el mismo vigor para la persona colectiva imputada, los principios, garantías y derechos constitucionales acordados a la persona física que ostenta esa calidad, siendo inadmisibles, en cualquier caso, que el representante legal declare como testigo en el curso del proceso penal.

### **Capítulo III**

#### **Imputación a las personas jurídicas.**

##### 1. Cuestiones relativas a la formalización de la investigación contra una entidad.

En este apartado procuraremos establecer, partiendo del sistema de responsabilidad penal establecido en la Ley 27.401, las circunstancias en que una persona jurídica podrá ser formalmente imputada por uno o más delitos de los previstos en el art. 1 del ordenamiento legal mencionado.

El artículo 2 de la ley expresa que las personas colectivas son responsables por los delitos dispuestos en el artículo precedente, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Sobre la base de ello, considerando que los códigos procesales exigen un grado de conocimiento equivalente a la probabilidad de autoría o participación punible en un hecho para imputar, si existen suficientes elementos indiciarios para formalizar la investigación

---

<sup>25</sup> Véase NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 217.

contra uno o más individuos en relación con alguno de los delitos enumerados en el listado cerrado del artículo 1 y en el marco de su intervención dentro de la entidad, tal circunstancia encierra la sospecha de responsabilidad del propio ente, a menos que surja de manera patente que las acciones se hayan ejecutado en exclusivo provecho del individuo en cuestión. Así pues, en principio, la imputación al individuo se proyecta a la persona colectiva.

La ley prevé que la persona jurídica pueda ser imputada en forma exclusiva (art. 6). Ello no entraña mayores dificultades en los albores del proceso. Sin embargo, los inconvenientes irán en aumento en las sucesivas etapas que exigen un mayor grado de conocimiento (primero para acusar, luego para condenar). El último trayecto puede resultar particularmente crítico para la persona humana que ha sido ajena al proceso, pues, como hemos expuesto en apartados precedentes, en el debate se producirá prueba relativa a su actuación típica y antijurídica, lo cual la coloca en una situación de absoluta indefensión. Si bien formalmente los efectos perjudiciales de la condena a la entidad no se extienden al individuo en un eventual juzgamiento ulterior, es indudable que en los hechos aquella tendrá verdadera influencia en el proceso seguido contra éste.

La circunstancia de que el procedimiento se dirija sólo contra la persona jurídica puede deberse a varios motivos: la muerte del autor material del delito, la prescripción de la acción penal en su favor, que el individuo se haya sustraído al accionar de la justicia o que no se lo haya podido identificar.<sup>26</sup> Esto último no es extraño que pueda acontecer, pues muchas veces la responsabilidad individual se diluye en la compleja estructura legal de las corporaciones. Es importante que el fiscal agote todo los recursos a fin de identificar y someter al proceso a los presuntos partícipes individuales del delito, pues la persecución exclusiva al ente entraña la impunidad del autor material del delito.

Por otro lado, en la fase de la investigación penal preparatoria, la ineficacia del programa de integridad podría inferirse de la constatación de la comisión de alguno de los delitos enumerados en el art. 1 de la ley y de la imposibilidad de la persona jurídica de detectar a los responsables materiales, circunstancia que *a priori* habilitaría su imputación.

---

<sup>26</sup> NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 376.



El escenario opuesto es aquel en el que se identifica e imputa al integrante de la entidad por la presunta comisión de un delito contemplado en la ley. En este caso, el fiscal deberá realizar comprobaciones tendientes a determinar si la persona humana actuó en nombre, interés o beneficio de la empresa y a establecer si el delito reportó algún beneficio para esta última, aunque es posible que los jueces interpreten que la carga probatoria de esta circunstancia recaiga sobre la propia persona colectiva, pues se trata de una cláusula de exención de responsabilidad (art. 2 último párrafo). En cualquier caso, a tales efectos, el fiscal podrá exigir a la compañía la entrega de documentación interna,<sup>27</sup> ordenar pericias contables, el secuestro de material relevante para la causa y, con la debida autorización judicial, allanar la sede, interceptar comunicaciones, etc. En esas circunstancias, la entidad podrá hacer valer sus derechos como imputada, aunque no se haya formalizado la investigación en su contra, pero no tendrá acceso al legajo fiscal mientras esto último no acontezca. Por esta razón, si de la evidencia colectada se vislumbra la aparente responsabilidad de la persona colectiva, deberá imputársela tempestivamente a fin de que sus integrantes (directores, administradores, representantes legales) y la defensa técnica, puedan tener acceso a la investigación y pergeñar, en consecuencia, planteos defensivos.

Al respecto, la legislación chilena (art. 22 Ley 20393), establece como requisito previo para imputar a la persona jurídica, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad del ente, con independencia de los avances de la investigación respecto de éste. A nuestro juicio, la norma impide formalizar una imputación tempestiva a la persona colectiva, prolongando innecesariamente el acceso al expediente, lo cual, además de conculcar los derechos de defensa, como advierte NEIRA PENA,<sup>28</sup> supone un trato discriminatorio para aquella en relación al resto de los coimputados, personas humanas.

En la ley argentina, al no hacerse esa distinción, el fiscal deberá imputar cuando de las evidencias reunidas en la investigación, estime que la persona jurídica pueda ser acusada por uno o más delitos previstos en el art. 1, con independencia de que se haya individualizado o localizado al presunto autor material. Así pues, se evitaría el

---

<sup>27</sup> Aboso explica que la entidad no tiene el deber de colaborar con la investigación aportando prueba documental ante el requerimiento de la autoridad, pues ello compromete la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare*. Ver ABOSO, *op. cit.*, p. 361.

<sup>28</sup> NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 379.

aplazamiento de su acceso al proceso, y el ejercicio de su derecho de defensa a partir del conocimiento de los hechos atribuidos, su calificación legal y el examen del legajo correspondiente.

La imputación, concebida como una manifestación o garantía del derecho de defensa, debería, en estos casos, concretarse en forma simultánea para los presuntos responsables, de modo que de existir un conflicto de intereses entre los mismos, ninguno pueda aprovecharlo para descargar responsabilidades sobre el otro, sin que el inculcado pueda contradecirlo oportunamente.

#### **Capítulo IV**

##### **La persona jurídica como sujeto procesal en un sistema acusatorio de enjuiciamiento.**

###### 1. Notas distintivas del proceso penal acusatorio.

En las últimas décadas, los países de América Latina y las provincias argentinas, han comprendido la necesidad de dar un giro sustancial en sus sistemas de justicia penal, abandonando los modelos “inquisitivos” y “mixtos”, cuyas notas ínsitas pueden resumirse en la existencia de un procedimiento escrito donde el expediente y la noción de “trámite”, representan el andamiaje sobre el cual se procura reconstruir la “verdad histórica”, y donde el fiscal es prácticamente relegado a una categoría de funcionario auxiliar del juez. Tales modelos se han mostrado severamente inadecuados, tanto para proteger las garantías constitucionales de los investigados, como para lograr eficiencia desde el punto de vista político criminal que permita aplacar la impunidad.<sup>29</sup>En virtud de ello, los estados han reemplazado sus leyes

---

<sup>29</sup> Ver ASECIO MELLADO, José María, *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Lineamientos Fundamentales de Dogmática Procesal Penal*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 1ª ed., Junio 2008, p. 10; CARRARA, Agustín - FRAIRE, Alejandra, *Responsabilidad penal empresaria y sistema procesal acusatorio*, Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria, Suplemento Especial, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 177; CHIARA DÍAZ, Carlos A. - LA ROSA, Mariano R., *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 97 - 105.

procedimentales, para dar paso a la implementación de sistemas procesales de sesgo acusatorio, caracterizados por una clara división de roles, donde el fiscal es el titular de la acción penal pública y, como tal, goza de la prerrogativa de disponer de su ejercicio en determinados casos reglados, está a cargo de la investigación penal preparatoria e interviene en juicio en carácter de contradictor. Así pues, se introduce la oralidad como metodología de trabajo en todas las instancias del proceso. Al eliminar el expediente, los sistemas acusatorios han desformalizado la investigación y las audiencias se transforman en las únicas instancias de producción y depuración de la información relativa al “caso”. Por último, se asigna a la víctima una participación activa en el proceso, teniendo derecho a ser informada sobre la marcha del procedimiento, a ser oída por el juez en audiencia pública en forma previa al dictado de resoluciones que versen sobre la aplicación de un criterio de oportunidad, la adopción de medidas cautelares, la suspensión del juicio a prueba y en los supuestos de procedimiento abreviado (incluso, en la etapa de ejecución penal); así como de presentar querrela por delitos de acción pública asumiendo el rol de parte en forma conjunta con el fiscal, o de manera exclusiva a través del mecanismo de conversión de la acción penal.

Los códigos procesales que acogen el sistema acusatorio presentan un esquema similar. El proceso es dividido en tres etapas. La primera, que suele denominarse “investigación penal preparatoria”, está a cargo del fiscal, quien, con auxilio de la policía, deberá conducir la pesquisa y realizar las diligencias tendientes a recoger la evidencia que permita esclarecer los hechos con apariencia delictiva. El juez de la investigación penal preparatoria o juez de garantías, se encuentra en este sistema en una posición equidistante entre el actor penal e imputado, y tiene como principal función la de controlar la legalidad del proceso y resguardar las garantías constitucionales.<sup>30</sup> Así pues, cuando pudiere afectarse alguna de ellas, por ejemplo, con la prisión preventiva, el allanamiento, la interceptación de comunicaciones telefónicas, el acceso a móviles, ordenadores, etc, el fiscal deberá solicitar fundamentadamente la pertinente autorización judicial. En esencia, este primer momento tiene por objeto preparar -de ahí la denominación- la acusación y permitir que las actuaciones sigan avanzando hacia el juicio oral. Si ello no es posible dispondrá el

---

<sup>30</sup> ERBETTA, Daniel - ORSO, Tomás - FRANCESCHETTI, Gustavo - CHIARA DÍAZ, Carlos, *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Comentado Ley 12.734*, 1ª ed., Zeus, Rosario, 2008, p. 493.

archivo o podrá negociar con el imputado y su defensor una salida alternativa al proceso penal a través de la aplicación de criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, un acuerdo de procedimiento abreviado, acuerdos de colaboración, etc., con la debida supervisión y control del juez de garantías. La segunda etapa, denominada intermedia o crítica, es asignada al juez de la I.P.P., quien tiene la potestad de admitir o rechazar, total o parcialmente, la acusación del actor penal, la prueba ofrecida por las partes y de disponer la apertura del juicio. El epicentro de esta fase es la audiencia preliminar, de naturaleza eminentemente saneadora, pues es el ámbito donde se filtrarán las acusaciones mal encuadradas o con escaso sustento probatorio y donde las partes ofrecerán la prueba que pretendan utilizar en el debate, pudiendo el juez rechazarla, total o parcialmente, por impertinencia, superabundancia o por no haber explicitado las partes los hechos o circunstancias que pretendan probar. Asimismo, es el ámbito propicio para la celebración de convenciones probatorias, para arribar a acuerdos conciliatorios a instancias del juez y para resolver cualquier otra incidencia previa al debate. La tercera etapa es la del juicio oral, caracterizada por su naturaleza contradictoria, oral y pública, en la que el tribunal asume un rol pasivo, siendo las partes las que confrontan oralmente y producen la prueba precedentemente ofrecida, bajo la dirección del órgano jurisdiccional, fase que concluye con el dictado de la sentencia luego de oídos los alegatos finales de las partes.

2. Reglas de disponibilidad en el ejercicio de la acción penal pública y su aplicación a las personas jurídicas.

### 2.1. Planteamiento.

La idea de que todos los delitos deben perseguirse y castigarse, cuyo origen histórico está fuertemente enraizado al proceso de concentración y verticalización de poder generado por la Inquisición y, consecuentemente, ligado al modelo de procedimiento inquisitivo, atenta contra la eficacia del sistema de justicia penal, ante la imposibilidad real de los órganos del estado, de dar respuesta cabal a la totalidad de los casos que llegan a su conocimiento revestidos de apariencia delictiva.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Ver BOVINO, Alberto - HURTADO, Christian, *Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal*, Artículo de

Por ese motivo, ya antes de la reforma al art. 71 del Código Penal,<sup>32</sup> muchas provincias optaron por incorporar a sus códigos procesales, reglas de disponibilidad de la acción penal pública, flexibilizando de este modo la operatividad del categórico principio de legalidad procesal en la persecución de los delitos.

Los autores suelen utilizar indistintamente las locuciones “reglas de disponibilidad” y “criterios o principios de oportunidad”, para referirse a aquellos casos en que los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, deciden, por fundadas razones de política criminal y procesal, no iniciar la acción penal pública o suspender provisoriamente la acción iniciada, o delimitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”.<sup>33</sup>

En su acepción más amplia, suele denominarse “criterio de oportunidad” a cualquier excepción al principio de legalidad y a la correspondiente obligación del

---

Doctrina, Astrea, 2013; MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 75-83; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Reglas de Disponibilidad*, Código Procesal Penal de la Nación Comentado, dirigido por José Luis Villada, Advocatus, Córdoba, 2016, pp. 120-129; ERBETTA - ORSO - FRANCESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, pp. 88-119; ARMENTA-DEU, Teresa, *Principio de oportunidad y mediación en el proceso penal*, 2016, recuperado el 11/01/2020 de [https://www.researchgate.net/publication/308404989\\_Principio\\_de\\_oportunidad\\_y\\_mediacion\\_en\\_el\\_proceso\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/308404989_Principio_de_oportunidad_y_mediacion_en_el_proceso_penal).

<sup>32</sup> Introducida por ley 27.147 B.O. 18/06/2015, que incorporó expresamente al art. 71 del Código Penal las reglas de disponibilidad como excepción al principio de legalidad procesal, quedando redactado de la siguiente manera: “*Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependientes de instancia privada; 2) las acciones privadas.*” La ley mencionada también reformó el art. 59 del código sustantivo, incluyendo, como causas extintivas de la acción penal, la aplicación de criterios de oportunidad (inc. 5º) y la conciliación o reparación integral del perjuicio (inc. 6º) y la suspensión del juicio a prueba (inc. 7º), de conformidad con lo previsto en las legislaciones locales.

<sup>33</sup> CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3º ed. actualizada, Editores del Puerto S.R.L., 2005, p.32

Ministerio Público Fiscal referida al ejercicio de la acción penal. En sentido estricto, se entiende por aquél a la facultad que posee el órgano público encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal<sup>34</sup>

Consideramos conveniente, a los efectos metodológicos, preguntarnos si debe o no hacerse una distinción entre “disponibilidad de la acción” y “criterios de oportunidad”, pues los códigos procesales suelen titular las secciones relativas a la materia como “reglas de disponibilidad”, refiriéndose luego a aquellos en uno o más artículos, separados de institutos como la conciliación y la suspensión del juicio a prueba que, a su vez, integran el acápite. Precisamente, el Código Procesal Penal Federal (según Ley 27.482), denomina a la Sección 2º del Capítulo 1º del Título 2º del Libro Primero “reglas de disponibilidad” y establece, en su art. 30, los casos en los que el fiscal puede “disponer” de la acción penal pública, a saber: a. Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba. En el artículo siguiente, regula los denominados “criterios de oportunidad”, enumerando los supuestos en los que el representante del Ministerio Público Fiscal puede prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción. Así pues, pareciera establecerse entre ambos conceptos una relación de género a especie.

Compartimos con BUOMPADRE,<sup>35</sup> que no existen diferencias sustanciales entre ambos términos, que pueden ser usados indistintamente para identificar el mismo fenómeno. En todo caso, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad. Aun cuando puedan emplearse ambas expresiones como sinónimas, gramaticalmente no pueden tener un mismo significado, pero no lo es menos, que existe entre ellas una gradación de mínimos a máximos.

Metodológicamente, emplearemos de aquí en adelante la locución “reglas de disponibilidad”, para referirnos genéricamente al conjunto de institutos detallados en el art. 30 del Código Procesal Penal Federal, mientras que, la voz “criterios de oportunidad”, la reservaremos para referirnos estrictamente a los casos enumerados en el art. 31 del mismo cuerpo normativo.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> ERBETTA - ORSO - FRANCESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p. 93.

<sup>35</sup> BUOMPADRE, *op. cit.*, pp. 121-122.

<sup>36</sup> a. Hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b. Cuando la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de

Párrafo aparte merece la mención al acuerdo de colaboración eficaz, regulado en los artículos 16 a 21 de la Ley 27.401, que también se inscribe como un instituto de salida consensuada al conflicto, característico de los sistemas acusatorios de enjuiciamiento, pero que presenta fundamentos de política criminal distintos a las denominadas reglas de disponibilidad: estas tienen su razón de ser en la necesidad de alivianar el sistema de justicia y racionalizar los procesos de selección, para canalizar los recursos humanos y económicos en pos de una mejor atención de los casos que interesa perseguir al Estado, mientras que el acuerdo de colaboración, procura dotar de mayor eficacia a la investigación criminal, posibilitando la individualización de los responsables del delito, reforzando el material probatorio a fin de garantizar la condena de los partícipes y el eventual recupero de los bienes adquiridos como resultado de la actividad delictiva, instituto que adscribe al llamado “derecho penal premial”. Por otro lado, cabe destacar que el legislador nacional, a diferencia de los antecedentes históricos de la “colaboración” en el régimen penal argentino, dispuso la ubicación metodológica del “acuerdo de colaboración eficaz” a continuación de normas netamente procesales. Profundizaremos sobre el tema en el Capítulo 6º del presente trabajo.

A continuación, analizaremos cada regla de disponibilidad por separado, a fin de establecer su compatibilidad con el Régimen de Responsabilidad Penal Empresaria en el derecho argentino; pero antes, desarrollaremos los argumentos que la doctrina ha esbozado a favor y en contra de su aplicación a las personas jurídicas imputadas.

2.2. Argumentos a favor y en contra de la disponibilidad de la acción penal pública en procesos dirigidos contra las personas jurídicas.

2.2.1. Argumentos a favor de la introducción de reglas de disponibilidad de la acción penal pública en procesos seguidos contra personas jurídicas.

---

multa, inhabilitación o condena condicional; c. Casos comprendidos bajo el rótulo de “pena natural” (cuando el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena); d. Supuestos en los que la pena que pudiera imponerse careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

#### 2.2.1.1. *Evitación de daños colaterales y reputacionales.*

Se alega que la mera imputación a una persona jurídica podría provocar daños irreparables para su posicionamiento en el mercado, incluso cuando el proceso acabe con una absolución. Los perjuicios pueden ser de índole económica como social, y se mensuran en términos de daño a la imagen corporativa y a su reputación, caída de precios de sus acciones, problemas para obtener financiación, pérdida de clientes, etc.<sup>37</sup>

Para comprender esta problemática, resulta paradigmático el caso de la auditora estadounidense “Arthur Andersen”, señalada como cómplice de la estructura contable fraudulenta que contribuyó a la caída del gigante “Enron”. Tras reconocer la destrucción de documentos incriminantes, la fiscalía ofreció un acuerdo a la empresa en el que debía reconocer su culpabilidad, el cual fue rechazado. En razón de la negativa, en marzo de 2002, fue acusada formalmente por obstrucción a la justicia y condenada en un juicio por jurado popular. Posteriormente, la Corte Suprema de aquel país decidió absolver a la entidad por entender que el jurado había recibido instrucciones inadecuadas que tornaban nulo el veredicto. Pese a ello, la empresa nunca logró reponerse y terminó por extinguirse, situación que significó la pérdida de decenas de miles de puestos de trabajo. Desde entonces, el fenómeno consistente en que una entidad desaparezca a causa de una acusación en su contra, se ha dado en llamar “efecto Anderson” o “*death by indictment*” (muerte por acusación).

En nuestro país, las leyes procesales no prevén mecanismos de salida alternativa al conflicto previos a la imputación. La solución para evitar los riesgos que implica la formalización de una investigación contra una persona jurídica, puede pasar por exigir una mayor solidez de la evidencia, evitando llevarla a indagatoria sobre la base de una mera sospecha de responsabilidad penal. Ello podría lograrse por medio de directivas generales impartidas por los superiores fiscales de las provincias o de la Nación, según el caso.

#### 2.2.1.2. *Incentivo a la autorregulación e implementación de programas de cumplimiento eficaz.*

---

<sup>37</sup> Un estudio amplio sobre el tema puede verse en NEIRA PENA, *op. cit.*, pp. 300-322.



Quienes entienden que la responsabilidad penal corporativa tiene por finalidad incentivar la autorregulación, afirman que la entidad que adopta programas de cumplimiento adecuados para prevenir la comisión de delitos y promover el respeto de la legalidad en su seno, goza de una cultura empresaria apta y, por tanto, debe quedar exenta de responsabilidad.

El Código Penal español, por ejemplo, regula el instituto de la exención de responsabilidad (art. 31 bis párrafo 2º), para el caso de que el órgano de administración de la empresa haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir ilícitos o reducir el riesgo de su concreción, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos por la ley.

La legislación nacional no acoge esta posibilidad. La implementación de un sistema de control y supervisión adecuado permitirá en ciertos casos eximir de *pena* a la persona jurídica *condenada*, si se cumplen los demás requisitos exigidos por la norma (art. 9 Ley 27.401). Para VÍTOLO,<sup>38</sup> el fundamento de la norma se encuentra en razones exclusivas de política criminal y de alineación con los estándares impuestos por organismos internacionales a los que el país pertenece o desea pertenecer, y por los tratados internacionales de los cuales la Nación es parte. Sin embargo, consideramos que el instituto no representa un incentivo suficiente para la autorregulación, pues no excluye la condena y requiere la comprobación de exigencias legales rigurosas que condicionan su procedencia, tales como la denuncia espontánea del delito como consecuencia de la actividad de detección y la restitución del beneficio indebido. Ello requiere, entre otras cosas, realizar una valoración compleja de la gestión del ente, de su organización, de las circunstancias en las que se perpetró el ilícito, de las responsabilidades individuales dimanantes del mismo, más la determinación y cuantificación de los efectos del delito. Por otro lado, la espontaneidad de la denuncia, que exige la primicia de la *notitia criminis*,<sup>39</sup> configura un requerimiento

---

<sup>38</sup> VÍTOLO, Roque Daniel, *Responsabilidad penal empresaria. Ley 27.401 Comentada*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 510.

<sup>39</sup> En contra VÍTOLO, para quien no resulta necesario que la denuncia espontánea sea el primer acto de anoticiamiento a la autoridad. Según el autor, aquella puede ser efectuada en cualquier momento del proceso, con anterioridad a la condena. Ver VÍTOLO, *op. cit.*, p. 511. Entendemos que el conocimiento previo por parte de la autoridad competente de la posible participación de la empresa en un hecho punible,

de difícil cumplimiento, dado que sólo tendrá tal carácter el anoticiamiento que da comienzo a la investigación penal preparatoria. Con posterioridad al inicio de las diligencias tendientes a obtener evidencia, o a la denuncia efectuada por un tercero, aquella dejará de ser espontánea. Por lo demás, la norma exige que la denuncia derive de una actividad propia de detección o investigación interna de la persona jurídica. Esto implica que si fue promovida porque la empresa tuvo conocimiento de los hechos y de la realización del delito por información suministrada por terceros, o por alguna eventualidad casual, la denuncia no podrá ser considerada a los efectos de la operatividad del instituto de la exención de pena.<sup>40</sup>

Para incentivar la autorregulación hubiera sido más conveniente la inclusión en la ley argentina de una cláusula de exención de responsabilidad similar a la prevista en el Código Penal español.

En nuestro país, para que la exención de pena pueda tomarse operativa, es necesario que el juez haya tenido por probada la concurrencia de las condiciones exigidas por el art. 9 de la Ley 27.401. La carga de acreditar tal circunstancia recae sobre la persona jurídica y la oportunidad procesal para que el beneficio sea dispuesto, es el momento del dictado de la sentencia. Consideramos, asimismo, que el eventual consentimiento del fiscal con la empresa condenada para la dispensa de pena, no excusa al juzgador del deber de analizar la prueba a fin de corroborar los extremos alegados por la parte interesada.

#### 2.2.1.3. *Fomento de la cooperación con la justicia.*

Se ha argumentado en favor de la introducción de reglas de disponibilidad para las personas jurídicas, el beneficio que podría reportar al sistema de justicia, la cooperación de la empresa imputada con el órgano a cargo de la investigación de los delitos que dieron inicio al proceso.

---

elimina el carácter de *espontánea* a la denuncia efectuada con posterioridad. El momento a partir del cual el anoticiamiento pierde la condición exigida por la norma es, a nuestro juicio, el del inicio oficioso de diligencias tendientes a la reunión de evidencia, o bien, el de la denuncia efectuada por un tercero, que da origen a la investigación penal preparatoria.

<sup>40</sup> VÍTOLO, *op. cit.*, p. 509.

La Ley 27.401 regula el “acuerdo de colaboración eficaz” (artículos 16 a 21), consistente en la posibilidad de que el fiscal y la persona jurídica imputada en un proceso penal abierto en orden a alguna de las conductas integrantes del repertorio de delitos enumerados en el art. 1, celebren un acuerdo de cooperación con la justicia, que deberá ser presentado al tribunal para su aprobación.<sup>41</sup> El instituto se inscribe en el marco del denominado “derecho penal premial”, y lo esencial de la figura es el beneficio penal que reporta al imputado colaborador el suministro de información de calidad que facilite el esclarecimiento de los hechos, la individualización de autores y partícipes y el recupero del producto o provecho del delito. Se afirma que la complejidad de las investigaciones penales en entornos organizacionales, demanda el fomento de la colaboración. Sin embargo, es posible que el incentivo sea insuficiente, pues entraña el reconocimiento de la propia responsabilidad penal de la persona jurídica cooperante. Como hemos visto, el juzgamiento de la persona jurídica puede acarrear daños de imposible reparación ulterior (caída de precio de sus acciones, problemas para obtener financiación, pérdida de clientes, etc.) En atención a esa problemática, el sistema procesal estadounidense prevé salidas alternativas al conflicto penal, con arreglos entre la fiscalía y la persona jurídica, que evitan su imputación o, al menos, la formalización de una acusación en su contra, como los acuerdos de enjuiciamiento diferido y de no enjuiciamiento (“*deferred and non prosecution agreements*”).<sup>42</sup>

En ese país, al gozar el Ministerio Público Fiscal de un amplio margen de discrecionalidad que comprende la facultad de negociar acuerdos en los que las empresas se comprometen a llevar a cabo determinadas medidas correctivas o reparadoras -entre otras-, a cambio de no resultar formalmente acusadas, los fiscales adquieren cierta prevalencia o supremacía, que les permite forzar la denuncia de los delitos cometidos en el seno corporativo, la implementación de investigaciones internas, la individualización de los responsables, así como la adopción de medidas internas de prevención y detección de futuros delitos.<sup>43</sup>

#### 2.2.1.4. Ahorro de recursos públicos.

---

<sup>41</sup> ABRALDES, *op. cit.*, p. 491.

<sup>42</sup> Analizaremos en detalle estos acuerdos en el apartado 6º del presente capítulo.

<sup>43</sup> Conf. NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 307.

El clásico argumento economicista también ha sido invocado por la doctrina en favor de la introducción de criterios de disponibilidad de la acción penal pública, pues de este modo es posible evitar largos y costosos procesos que tras años de investigación, podrían concluir con el sobreseimiento o la absolución de la acusada. La regulación de institutos de esa naturaleza se traduce inexorablemente en 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 negociados. Estas razones de carácter general en favor de la disponibilidad de la acción penal pública, adquieren particular relevancia en los procesos penales que involucran a personas jurídicas, por la complejidad ínsita a tales investigaciones, que suelen ser especialmente dilatadas en el tiempo y onerosas, por la necesidad de recolectar numerosos elementos de prueba, muchas veces dispersos en otras jurisdicciones, sobre todo extranjeras.<sup>44</sup>

2.2.2. Argumentos en contra de la aplicación de las reglas de disponibilidad a las personas jurídicas sometidas a un proceso penal.

2.2.2.1. *Los daños colaterales derivados del proceso penal no son exclusivos de las personas jurídicas ni previsibles.*

En orden a los daños colaterales y reputacionales que han servido de argumento para la aplicación de criterios de oportunidad en las causas seguidas contra las personas jurídicas, se aduce que son igualmente apreciables en los procesos penales dirigidos contra las personas humanas.

Si bien es cierto que el sometimiento a proceso de un individuo puede acarrearle severos perjuicios de difícil o imposible reparación ulterior -pensemos en el daño reputacional, familiar, profesional, comercial o social, también en el de sus dependientes ajenos al ilícito penal, como sus empleados-, consideramos que la comparación no es apropiada. Sin dudas, las modernas corporaciones ejercen hoy día un poder sin precedentes en la historia de la humanidad;<sup>45</sup> influyen en el diseño de la

---

<sup>44</sup> NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 309.

<sup>45</sup> BEALE, Sara Sun, *A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability*, Duke Law School, 2009, recuperado el 28/12/2019 de

política económica de los estados, financian campañas electorales,<sup>46</sup> coadyuvan al debilitamiento y caída de los gobiernos, etc. Estos argumentos con certeza justifican la criminalización de las empresas. Por ello consideramos que en casos de especial gravedad, el enjuiciamiento penal es necesario y la condena cumple acabadamente con su finalidad preventiva (especial y general). Pero en muchos otros supuestos, las vías alternativas de resolución del conflicto penal que prescinden de la condena, se presentan como una salida más conveniente, pues aminoran los daños colaterales propios del proceso a la vez que permiten reparar el perjuicio patrimonial irrogado; por ejemplo, a través del instituto de la conciliación. Por ello, los funcionarios encargados de determinar la política de persecución penal deberán instruir prudentemente a los persecutores, teniendo en cuenta los costes extrajurídicos que podrían derivarse del enjuiciamiento de las personas jurídicas. Piénsese, verbigracia, en aquellas empresas que prestan servicios de vital importancia para la comunidad en materia de salud, transporte, energía, etc.; aquellas que ofrecen numerosos puestos de trabajo o que cotizan en bolsa y llegan a tener miles de accionistas.

#### 2.2.2.2. *Riesgo de inmunidad para las grandes corporaciones.*

En contra de la aplicación de criterios de oportunidad, se alega el peligro de discriminación en perjuicio de las empresas de menor envergadura. En los Estados Unidos, la enorme potestad del persecutor, ligada al temor a ocasionar daños colaterales a las grandes compañías, deriva en un sistema de iniquidad donde estas últimas reciben un trato favorable en relación con las pequeñas empresas y, desde luego, con el que reciben los individuos sometidos a proceso. En este sentido, afirma NEIRA PENA,<sup>47</sup> que en el sistema estadounidense, normalmente las pequeñas compañías resultan condenadas, mientras que las grandes corporaciones reciben acuerdos para diferir (DPAs) o evitar su persecución (NPAs).

---

[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty_scholarship).

<sup>46</sup> Por dar un ejemplo, la empresa Odebrecht, que ha costado campañas presidenciales en muchos estados latinoamericanos, sobornado a funcionarios, diseñado esquemas de blanqueo de capitales para la financiación de aquellas actividades, etc. Ver

[https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510141304\\_297529.html](https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510141304_297529.html).

<sup>47</sup> NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 314.

Ahora bien, la introducción del sistema acusatorio en nuestro país trajo consigo el incremento de las prerrogativas del Ministerio Público Fiscal, entre ellas, la de ejercitar con carácter exclusivo la acción penal pública y la de decidir, en determinados casos expresamente previstos en el ley, la suspensión o extinción de aquella. Precisamente, esta “oportunidad reglada”, constriñe al fiscal a disponer de la acción penal en los casos, con los alcances y efectos taxativamente dispuestos en la legislación procesal.

No obstante, cabe ponderar el peligro de una consideración excesiva a los daños colaterales como criterio para no llevar a juicio a determinadas empresas, evitando instaurar una especie de inmunidad de facto que beneficie a las grandes corporaciones, pues, por lógica, las más pequeñas entrañan menores perjuicios extrajurídicos.

*2.2.2.3. La efectiva persecución penal de las personas jurídicas es incentivo suficiente para la autorregulación e implementación de programas de cumplimiento eficaz.*

Conforme a este argumento, la amenaza de imposición de una pena es suficiente incentivo para la implementación de programas de prevención delictiva por parte de las empresas, que contribuyan al mantenimiento del nivel de riesgo criminológico en niveles jurídico-penalmente aceptables.

Consideramos que una cláusula eximente de responsabilidad, para ciertos casos, como la introducida por el Código Penal español (art. 31 *bis* párrafo 2º), alentaría en mayor medida la inclusión de programas de prevención y promoción de la ética empresarial, lo cual redundaría en beneficio del propio ente y de la comunidad en general. En Argentina, como señalamos, la adopción de un programa de control y supervisión eficaz, con anterioridad al hecho que da origen al proceso, es uno de los extremos a verificar por el juzgador para eximir de pena a la persona jurídica (art. 9 Ley 27.401), así como uno de los parámetros a considerar para graduar la imposición de una sanción (art. 8).

*2.2.2.4. Peligro de convertir a la justicia penal en un mecanismo extorsivo institucionalizado para forzar la cooperación.*

Se argumenta en contra de los institutos que conceden al fiscal la posibilidad de disponer de la acción penal pública en favor del imputado que colabora con la investigación, el peligro de convertir a la justicia penal en un mecanismo de chantaje institucionalizado.

Como hemos señalado, en Argentina, la Ley 27.401 introdujo la figura *premier* en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para ABRALDES,<sup>48</sup> el origen de este criterio de política criminal puede hallarse en las dificultades ínsitas a la investigación penal en los casos de corrupción y criminalidad organizada debido a la ausencia de rastros de este tipo de delincuencia, las nuevas técnicas de telecomunicación y transporte, la ausencia de una víctima directa, la posibilidad de destrucción de pruebas, etc. En sentido similar, se expresa ABOSO,<sup>49</sup> para quien la lucha contra la criminalidad organizada justifica la regulación de esta causal privilegiada de reducción de pena, en función de que la opacidad y destrucción de pruebas dificulta enormemente la investigación penal, en especial, porque las actividades criminales que desarrollan este tipo de organizaciones atravesadas por un principio de jerarquía y división de funciones, ofrecen un flanco muchas veces inexpugnable para la actividad persecutoria de los órganos del Estado.

Como puede advertirse, la legitimación del instituto descansa en criterios utilitaristas relacionados con la economía procesal.<sup>50</sup> Ello en sí no entraña un disvalor, aunque la utilización permanente de la figura por parte de los operadores pondrá de resalto la incapacidad del Estado para perseguir este tipo de delitos con sus propios recursos. Demás está decir que de emplearse de este modo la figura *premier*, el proceso penal acabará por convertirse en un verdadero instrumento de coacción para obtener la confesión de la imputada, vulnerándose los derechos más elementales que la asisten durante su curso.

#### 2.2.2.5. Peligro de erosión de la fuerza preventiva del derecho penal.

En contra de la aplicación de criterios de oportunidad a las personas jurídicas, se afirma que los mismos podrían afectar negativamente la fuerza preventiva del derecho

---

<sup>48</sup> ABRALDES, *op. cit.*, p. 493.

<sup>49</sup> ABOSO, *op. cit.*, p. 376.

<sup>50</sup> ABOSO, *op. cit.*, p. 379.

penal. En efecto, si las entidades no perciben la amenaza real de imposición de una pena, difícilmente se tomarán en serio sus obligaciones de prevención delictiva, no se involucrarán mediante programas eficaces en el control de sus empleados ni se abocarán a la tarea de minimizar los riesgos propios de la actividad que realizan.<sup>51</sup>

Quienes defienden este argumento, sostienen que la mejor forma de consolidar la fuerza preventiva del Derecho Penal es mantener una alta tasa de descubrimiento y persecución de los delitos. Por esa razón, afirman que la necesidad de que las personas jurídicas sean enjuiciadas y, en su caso, condenadas, viene impuesta por razones preventivo-generales.<sup>52 53</sup>

La posición es válida, sobre todo si se tiene presente que la función retributiva de la pena, en el caso de las empresas, cede frente a las consideraciones preventivas. Entendemos que en los casos más graves, donde resulte severamente comprometido el interés público, se requiere la aplicación estricta de la ley penal. Sin perjuicio de ello, el acuerdo de colaboración eficaz, tal como ha sido regulado por el legislador nacional, conlleva la aplicación de una pena.<sup>54</sup>

Por último, consideramos que no debe desdeñarse la fuerza disuasoria de la reparación del daño a través del instituto de la conciliación.

---

<sup>51</sup> Conf. NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 321.

<sup>52</sup> NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 321.

<sup>53</sup> En este sentido, FIRST, Harry, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, NYU Center for Law, Economics and Organization; Law & Economics Research Paper Series Working Paper Nro. 11-03, año 2011, p. 87 y ss., sostiene que los fiscales necesitan una amenaza creíble de enjuiciamiento penal para inducir a las personas jurídicas a celebrar acuerdos de colaboración y, cuanto más débil es la amenaza, menores son las posibilidades de cooperación con la fiscalía.

<sup>54</sup> ABRALDES, *op. cit.*, p. 498, expresa con acierto que la ley 27.401 habla de la imposibilidad de imposición de otras penas para el caso de cumplimiento del acuerdo (art. 21). Luego, esto significa que el acuerdo de colaboración conlleva para la persona jurídica la aplicación de una condena, afirmando de este modo que la estructura del acuerdo de cooperación se acerca más al esquema del juicio abreviado.



### 3. Criterios de oportunidad en el derecho argentino.

Los hemos conceptualizado en el apartado precedente como la potestad que posee el órgano público encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o de política criminal.<sup>55</sup>

En la legislación comparada, existen dos esquemas generales de regulación de criterios de oportunidad. Para uno, la oportunidad es la *regla*, elevada a principio rector de la persecución penal.<sup>56</sup> Este sistema es propio del derecho anglosajón, donde el ejercicio de la acción penal está confiada a la discrecionalidad del fiscal *-public prosecutor-*, que es casi ilimitada.<sup>57</sup> Así pues, en los Estados Unidos, todo el funcionamiento del sistema penal parte de una disponibilidad amplísima, dominando completamente el fiscal el procedimiento, al punto de que sus facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación, sino que también puede plantear una reducción de cargos, conferir inmunidad en compensación por la colaboración con la investigación, celebrar con las empresas acuerdos de enjuiciamiento diferido (DPAs) y de no enjuiciamiento (NPAs), etc.

Por el contrario, existen estados cuya tradición cultural ha consolidado en sus sistemas penales el principio de legalidad. Argentina es uno de ellos, pues su derecho está fuertemente engarzado al de los países centrales de Europa continental, en los cuales la Inquisición y la filosofía especulativa (Kant, Hegel), opuesta al *utilitarismo* y al pragmatismo inglés, hundieron sus raíces fundamentales y cimentaron el desarrollo de la ciencia jurídica.<sup>58</sup> Sin embargo, a partir de los procesos de reformas integrales a los códigos procesales penales que experimentaron los países de América Latina y las provincias argentinas en las últimas dos décadas, con la introducción de modelos acusatorios de enjuiciamiento, el principio de legalidad fue perdiendo su vigor para dar paso a la implementación de criterios de oportunidad como facultad del órgano acusador de renunciar a la persecución penal en determinados casos taxativamente previstos en la ley procesal. A este esquema, escogido por los legisladores de la

---

<sup>55</sup> ERBETTA - ORSO - FRANCHESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p. 93.

<sup>56</sup> MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, T. 1 Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2004, pp. 828 y ss.

<sup>57</sup> MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, T. 1*, Ed. del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1995, cit. por ERBETTA - ORSO - FRANCHESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p. 96.

<sup>58</sup> MAIER, Julio, *op. cit.*, pp. 836 y ss.

región, que contempla la oportunidad como excepción, se lo denomina sistema de *oportunidad reglada*. Los supuestos que habilitan al fiscal a prescindir del ejercicio de la acción penal, varían de acuerdo a la legislación procesal. Sin embargo, en la generalidad de los casos, se suelen contemplar: la importancia ínfima del hecho (delitos de *bagatela*), la *retribución natural* que el propio autor padece como consecuencia de su propio comportamiento desviado y que supera ampliamente la pena que puede esperarse de su persecución penal, la pena en expectativa carente de importancia con relación a la ya impuesta por otros hechos y las condiciones particulares del presunto autor o partícipe del delito (edad, enfermedad en estado terminal, etc.), cuando no exista mayor compromiso para el interés público. Algunos códigos, como el santafesino (art. 19), incluyen entre los criterios de oportunidad los casos de conciliación entre damnificado e imputado por delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación, salvo que existan razones de seguridad o interés público o que se trate de hechos delictivos vinculados a la violencia de género. El interés público suele ser un factor que se reitera en los códigos procesales de las provincias a la hora de obstaculizar la aplicación de estos criterios. Por su parte, el Código Procesal Penal Federal, prohíbe al fiscal disponer de la acción penal en casos en los que el imputado sea un funcionario público y se le atribuya un delito cometido en ejercicio o en razón de su cargo, o en supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en razones de política criminal (art. 31 párrafo 2º)

Ahora bien, teniendo en cuenta las características generales enunciadas, nos toca verificar si el instituto es compatible con el Régimen de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica o, dicho de otro modo, si el Ministerio Público Fiscal puede prescindir del ejercicio de la acción penal por motivos de utilidad social o razones de política criminal, cuando el imputado es un ente de existencia ideal.

Los tipos penales de corrupción previstos en el art. 1 de la Ley 27.401, están incluidos dentro del Título XI del Libro Segundo del Código Penal, relativo a los “delitos contra la administración pública”, con excepción del art. 300 *bis*, ubicado metodológicamente por el legislador nacional en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal, concerniente a los “delitos contra la fe pública”. En relación a los

primeros, el profesor CREUS,<sup>59</sup> afirma que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública en sentido propio, esto es, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente a los administrados y sobre éstos, así como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración. Por su parte, BUOMPADRE,<sup>60</sup> precisa con acierto que la Administración Pública en sí misma, como entidad abstracta, no es el bien jurídico protegido, sino el buen funcionamiento de ella materializado por medio de los distintos órganos que la componen, agregando que la noción abarca a toda la actividad del Estado, ajustada al concepto de función pública, la cual debe estar orientada a la sociedad. Se advierte que, en cualquier caso, por la necesaria afectación al interés público que entraña la comisión de alguno de los delitos previstos en el Título XI del Código Penal, los criterios de oportunidad no son aplicables a las personas jurídicas imputadas, considerando las notas comunes de su regulación por las provincias argentinas y por la Nación. Pareciera imponerse idéntica solución para el caso de que el ente resulte imputado por el tipo penal previsto en el art. 300 *bis* del Código Penal, incorporado -como señalamos oportunamente-, en el Título XII del Libro Segundo relativo a los delitos contra la fe pública, entendida como la confianza que prestan los ciudadanos a determinadas formas u objetos que juegan un papel especial dentro de las relaciones sociales que se desenvuelven en el tráfico jurídico.<sup>61</sup>

En línea con lo expuesto, ERBETTA, ORSO, FRANCESCHETTI y CHIARA DÍAZ,<sup>62</sup> expresan que razones de política criminal vinculadas al especial deber de cumplir con la ley por parte de quienes desempeñan funciones públicas y de no aprovechar o abusar de la posición que da el cargo, llevan a excluir estos supuestos.

#### 4. Conciliación y reparación integral del daño.

Liminarmente, cabe aclarar que la conciliación y la reparación integral del perjuicio no son figuras idénticas. La primera es un mutuo acuerdo entre el imputado y la

---

<sup>59</sup> CREUS, Carlos, *Derecho Penal: parte especial*, T. 2. 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 227.

<sup>60</sup> BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 3, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 35.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>62</sup> ERBETTA - ORSO - FRANCESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.* p. 110.

presunta víctima que pone fin al conflicto penal, mientras que la segunda consiste en el cumplimiento unilateral de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas (integral) las consecuencias indebidamente producidas con el hecho ilícito. En efecto, la reparación puede existir sin conciliación y viceversa.<sup>63</sup> En ambos casos, ciertamente, se pondera la noción de justicia restaurativa sobre la de justicia retributiva, y ello, constituye una singularidad de los modelos acusatorios de enjuiciamiento. Así pues, en estos casos la solución alternativa se presenta como una propuesta que se caracteriza por una mayor moderación respecto de las condiciones generales de la punibilidad, procurando un sistema de sanciones basado en la idea de resocialización y clara restricción del derecho penal a conductas socialmente perjudiciales.<sup>64</sup>

El Código Procesal Penal Federal, sitúa la figura de la conciliación entre las reglas de disponibilidad de la acción penal pública (art. 30), estableciendo que el imputado y la víctima pueden celebrar acuerdos de naturaleza conciliatoria en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos cuando del hecho no deriven lesiones gravísimas o la muerte (art. 34). De este modo, pareciera limitarse su aplicación a los casos donde no resulte gravemente comprometido el interés público, lo que en un principio excluiría la posibilidad de celebrar acuerdos de este tipo con las personas jurídicas, pues los delitos que ellas pueden cometer atentan contra la administración y la fe pública, y se caracterizan por la ausencia de una víctima determinada. Sin embargo, el legislador nacional legitima expresamente a las personas jurídicas para celebrar acuerdos conciliatorios (art. 343 Código Procesal Penal Federal según Ley 27.482), quizá, ponderando la fuerza disuasoria del pago. Después de todo, como expone NEIRA PENA,<sup>65</sup> la pena reina (la multa) es de naturaleza pecuniaria.

---

<sup>63</sup> LEDESMA, Ángela Ester, *Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal*, p. 36, recuperado el 15/01/2020 de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf>.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>65</sup> La autora expresa que el sistema sancionatorio previsto para las personas jurídicas podría acentuar el carácter negocial o pactado de la justicia penal, en tanto que la naturaleza pecuniaria de la pena reina, cual es la pena de multa, junto con el carácter

Habrá que observar en el futuro cómo los operadores dotan de contenido al acuerdo, esto es, si lo limitan en su aplicación al pago de una indemnización a cambio del cese de la persecución penal, o si el mismo se integra con la exigencia de cooperar con la investigación, al estilo de los acuerdos de enjuiciamiento diferido (DPAs) y de no enjuiciamiento (NPAs), característicos del sistema norteamericano. De nuestra parte, creemos que su naturaleza es eminentemente pecuniaria; ello se infiere de la redacción de la norma, que restringe su aplicación a los delitos de “contenido patrimonial” (art. 34). Lo mismo surge de la lectura de los códigos provinciales que regulan la materia (art. 19 inc. 5  CPP Santa Fe, art. 56 CPP Buenos Aires y Ley 13.433/06 que establece el Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales en la Provincia de Buenos Aires, art. 47 y 48 CPP Chubut, art. 96 inc. 5  Rio Negro, entre otras).

A las normas locales, se superpone la incorporación del inciso 6  al art. 59 del Código Penal (Ley 27. 147), que prevé, como causal extintiva de la acción penal, la conciliación y la reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Compartimos la opinión de que los institutos mencionados no requieren de un procedimiento específico para su operatividad, por lo que podrían aplicarse incluso en aquellas jurisdicciones que no regulan específicamente la conciliación o la reparación integral del perjuicio.<sup>66</sup>

En todo caso, el acuerdo conciliatorio debe ser homologado por el órgano jurisdiccional, lo cual exige la realización de un juicio de admisibilidad por parte del tribunal, que deberá verificar que se cumplan los requisitos formales exigidos por la ley (art. 34 CPP Federal). En el caso particular de las personas jurídicas, consideramos

---

potestativo que informa la imposición del resto de las penas restrictivas de derechos, cuya aplicación es siempre facultativa y viene regida por criterios elásticos, permitirán una negociación flexible, en relación con la penalidad, que podrá favorecer las conformidades. Conf. NEIRA PENA, *op. cit.*, p. 740.

<sup>66</sup> LAUR A MASARO, Mauro - MONTENEGRO, Lucía, *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional*, Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2016, pp. 59 y ss., disponible en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2016.4.%20Aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20reparaci%C3%B3n%20y%20la%20conciliaci%C3%B3n%20en%20la%20jurisprudencia%20nacional.pdf>.

que con el acuerdo deben adjuntarse los elementos de prueba que acrediten sumariamente el monto del beneficio económico obtenido de la actividad ilegal, a fin de que el juzgador efectúe el análisis tendiente a verificar que la cantidad ofrecida en concepto de reparación sea acorde al provecho patrimonial ilegítimo. De no ser así, el acuerdo debería ser rechazado.

La aprobación del mismo no extingue la acción penal hasta tanto no se acredite su cumplimiento. Mientras ello no suceda el legajo fiscal deberá ser reservado. Si en el término establecido por el juez en la resolución homologatoria no se satisface el pago de lo acordado, el fiscal o el querellante, en su caso, podrán pedir la reapertura de la investigación.

No nos parece desacertada la decisión del legislador de legitimar a las personas jurídicas a celebrar acuerdos conciliatorios. Ellas preferirán restituir el beneficio indebido y reparar el daño ocasionado a sufrir el desgaste de imagen y reputación que conlleva la tramitación de un juicio con el riesgo de las penas de inhabilitación, ciertamente más lesivas que las puramente económicas. Sin embargo, entendemos que en los supuestos más graves, donde resulte severamente comprometido el interés general, por ejemplo, en casos en los que intervengan funcionarios públicos, se requiere la aplicación estricta de la ley penal.

##### 5. Suspensión del proceso penal a prueba.

La suspensión del juicio a prueba o *probation*, es un instituto de política criminal por medio del cual el Estado renuncia -condicionadamente- al ejercicio de la acción penal, a cambio del sometimiento del imputado a un régimen de prueba por un lapso de tiempo determinado, transcurrido el cual, si cumple satisfactoriamente con las obligaciones pactadas, la acción queda extinguida.<sup>67</sup> Fue introducido a nuestra legislación de fondo a través de la ley 24.316 (B.O. 19/05/94), que incorporó al Código Penal los arts. 76 *bis*, *ter* y *quater*. Paulatinamente, las provincias argentinas, en ejercicio de la potestad conferida por la Constitución Nacional para el dictado de su legislación procesal (artículos 75 inc. 12º, 121 y 126 a *contrario sensu* CN), han ido

---

<sup>67</sup> CHIARA DÍAZ, Carlos A., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 589.

regulando el instituto a su manera, produciéndose, de este modo, un fenómeno de duplicidad de preceptos.

La sanción de la Ley 27.147 (B.O.18/06/15), pareciera haber puesto fin a la disociación normativa, al modificar la redacción del art. 76 del Código Penal, al establecer, en primer lugar, la aplicación del instituto conforme a las leyes locales y, ante la ausencia -total o parcial- de normativa provincial, fija atenerse a los preceptos de la ley sustantiva.

El cotejo de los ordenamientos jurídicos locales, revela cierta disparidad de criterios a la hora de regular la suspensión de juicio a prueba. La provincia de Buenos Aires (art. 404), por ejemplo, dispone que el acuerdo entre acusador y defensor resulta vinculante para el juez ("salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas"). Otras, como Mendoza (art. 30 C.P.P) y Córdoba (art. 360 bis C.P.P.), siguiendo al legislador nacional (art. 76 *bis* C.P.), impiden la concesión del beneficio cuando un funcionario público, en ejercicio o en ocasión de sus funciones, fuese sindicado como autor o partícipe del delito investigado, mientras que, verbigracia, Chubut (art. 49), no menciona obstáculo al respecto. Sucede algo similar con la prohibición para acordar la *probation* dispuesta por el legislador nacional (art. 76 *bis* último párrafo C.P) en relación a delitos tributarios y aduaneros (ambas legislaciones prevén supuestos de responsabilidad penal empresaria), no incluida en las leyes procesales locales.

Entonces, ¿podrá aplicarse la *probation* en Mendoza, en un supuesto donde se atribuya responsabilidad por un delito previsto en el Régimen Penal Tributario cuando la competencia es local? Siendo que la ley procesal de la jurisdicción señalada calla en lo relativo a los supuestos de improcedencia señalados -que han sido fijados por el legislador nacional en la ley sustantiva-, ¿estamos frente a un caso de regulación parcial -en los términos del art. 76 C.P.- y, por ende, devienen aplicables las disposiciones relativas al instituto contenidas en la ley de fondo?

Entendemos que la nueva redacción del art. 71 del Código Penal (cfr. Ley 27.147), al emplear la locución "*sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio...*", concede a las provincias la indubitable facultad de regirse en la materia por sus propias regulaciones. Sin embargo, juzgamos acertadas las consideraciones efectuadas por la Corte

Suprema de Justicia en la causa “Verbitsky s/ habeas corpus”,<sup>68</sup> al expresar que “cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía” (Considerando n° 57).

De nuestra parte, creemos que corresponde al Congreso garantizar un marco para la procedencia de los institutos relativos a la disponibilidad de la acción penal, sin vulnerar las jurisdicciones locales, con la inexpugnable misión de evitar la asimetría imperante que quebranta el principio de igualdad ante la ley.

5.1. Exclusión legal de la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba en los casos de delitos contemplados en la Ley Penal Tributaria y el Código Aduanero.

La previsión contenida en el último párrafo del art. 76 *bis* del Código Penal, excluye la posibilidad de aplicar la *probation* por los delitos reprimidos en las leyes 22.415 (Código Aduanero) y 24.749 (actualmente derogada por ley 27.430 que incorpora en su artículo 279, el nuevo Régimen Penal Tributario). El tema es de interés para nuestra investigación, pues ambos textos incluyen sanciones penales para personas jurídicas.<sup>69 70</sup>

---

<sup>68</sup> Fallos 328:1146.

<sup>69</sup> Sobre el tema puede verse BARROETAVERÑA, Diego G., *Exclusión legal de la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba a los delitos tipificados en la ley penal tributaria*, Derecho Penal Tributario. Análisis integral y sistemático. Derechos y garantías fundamentales, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe y José María Sferco, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2019, pp. 127-145; RESTON, María Inés - DE LLANO, Hernán, *La aplicación de la probation a los delitos tributarios. Algunas reflexiones a ocho años de la reforma de la ley 26.735*, Derecho Penal Tributario. Análisis integral y sistemático. Derechos y garantías fundamentales, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe y José María Sferco, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2019, pp. 913-938.



La prohibición tiene su origen en el art. 19 de la Ley 26.735 (B.O. 28/12/2011), que incorpora el último párrafo al art. 76 *bis* del Código Penal. Para BARROETAVERÑA,<sup>71</sup> la norma tiene dos propósitos: criminalizar exclusivamente las manifestaciones graves de delincuencia fiscal y el estricto cumplimiento de las penas, esto es, que quienes resulten condenados por la comisión de alguno de los delitos previstos en las leyes señaladas, cumplan pena de prisión efectiva, salvo que la misma no supere los tres años y quede su cumplimiento en suspenso por aplicación del art. 26 del Código Penal.

En defensa de la exclusión, destacamos el argumento del diputado Carlos Heller, expuesto en el curso de los debates parlamentarios: “a mi modo de ver, es absolutamente inaceptable que este tipo de delito pueda ser compensado a través del mecanismo de la *probation*. La *probation* debería ser una medida que permita atender las faltas cometidas en otro tipo de infracciones o incumplimientos. Aquí estamos hablando de personas o empresas que evaden recursos fiscales por montos importantes y que están privando al Estado Nacional de recursos que permitirían resolver muchísimos problemas.”<sup>72</sup>

En contra de la prohibición, ingresado el proyecto de ley a la Cámara Alta, resaltamos la opinión del senador Ernesto Sanz, quien advirtió que “...va a traer complicaciones al momento de interpretar, porque la suspensión del juicio a prueba no puede ser determinada para algunos sí y otros no, cuando se refieren a tipos penales en cuanto a los órdenes sancionatorios, entonces se está violando un principio de igualdad en el cumplimiento de la pena, que será motivo, obviamente, de discusiones. En el caso particular nuestro, pensamos que esto al afectar el principio de igualdad, tiene un rasgo de inconstitucionalidad, que podríamos y debiéramos salvar.”<sup>73</sup>

La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. La Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que correspondía “rechazar el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por la defensa contra la resolución que no hizo lugar a la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 26.735, toda vez que la norma no puede

---

<sup>70</sup> Artículos 876.1 incisos “g” e “i” de la Ley 22.415 y 13 párrafos 2º y 3º del Régimen Penal Tributario incorporado al art. 279 de la Ley 27.430.

<sup>71</sup> BARROETAVERÑA, *op. cit.*, p. 140.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 142.

descalificarse por ser desproporcionada o arbitraria en punto a una distinción razonable y objetiva -sancionar más severamente a quienes consideró mayores evasores, eliminando determinados privilegios y beneficios por razones de prevención general, de orden político y económico del Estado- en el tratamiento de los hechos punibles fruto del ejercicio ilícito de una potestad legislativa, incompatible con una pretendida irrazonabilidad o repugnancia a una garantía fundamental de la Constitución Nacional.”<sup>74</sup>

Sin embargo, algunos tribunales orales en lo penal económico se han pronunciado favorablemente al empleo de la *probation* para los delitos contemplados en la Ley Penal Tributaria. En este sentido, el TOPE N° 2, con voto de los Dres. Lemos y Losada, declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley 26.735 (art. 76 *bis in fine*, CP), haciendo lugar a la suspensión del juicio a prueba en el supuesto del art. 1 de la L.P.T., por entender que se vulneraba la garantía de igualdad ante la ley y el principio de razonabilidad.<sup>75</sup>

Los reparos en términos de igualdad constitucional son atendibles, sobre todo si se tiene en cuenta que los delitos fiscales y aduaneros, y los bienes jurídicos que procuran tutelar, lejos están de ser los más graves que reprime el derecho penal.

Lo cierto es que, como proclaman RESTON y DE LLANO,<sup>76</sup> la pretensión estatal de priorizar el castigo por sobre la recaudación impositiva, nunca ha traspasado las fronteras de lo meramente declarativo, y el mismo Congreso de la Nación, a instancia en general del Poder Ejecutivo de turno, lleva a cabo políticas tributarias tendientes a alimentar las arcas del Fisco, normalmente a través de la modalidad de moratorias, regímenes excepcionales y hasta “blanqueo” de activos, que por lo general contemplan suculentas quitas, exenciones de pago y otros beneficios para el contribuyente u obligado tributario.

En efecto, el art. 16 de la ley tributaria regula el instituto de la extinción de la acción por el pago total de las obligaciones evadidas, bajo ciertas condiciones y para

---

<sup>74</sup> CPFC, Sala I, causa 990000072/2013 “R., A. s/ recurso de inconstitucionalidad”, rta. 29/11/2016, reg. 1641, voto de los magistrados: Catucci, Riggi y Gemignani.

<sup>75</sup> TOPE N° 2, expte. 1754/12 caratulado R., R. A. s/ suspensión del proceso penal a prueba”, rta. el 31/10/2016, citado por BARROETAVERÑA, *op. cit.*, p.143.

<sup>76</sup> RESTON - DE LLANO, *op. cit.*, p. 915.

determinados delitos tributarios.<sup>77</sup> Se advierte con claridad que de admitirse la *probation* para estos tipos penales, el contribuyente optaría por beneficiarse a través de ésta, que no exige el pago íntegro de las obligaciones adeudadas como la “extinción por pago”, sino sólo hacerse cargo de los daños “en la medida de lo posible” (art. 76 bis C.P.).<sup>78</sup>

Como dijimos, el mismo artículo veda la aplicación de la suspensión del proceso a prueba a personas imputadas por delitos aduaneros. Debe señalarse en este aspecto que, a diferencia de la ley tributaria, el Código Aduanero no consagra una salida especial anticipada al proceso, pero los motivos que subyacen a la exclusión son, a nuestro entender, idénticos a los expuestos respecto de los delitos fiscales. La *probation* para los imputados por estos delitos, sobre todo los de contrabando, permitiría la salida al conflicto a través del pago de montos estipulados por las partes que no guarden relación con los valores burlados, o incluso equivalentes a éstos, sorteando las suculentas multas de naturaleza penal que impone la ley para los infractores.<sup>79</sup>

Así pues, de la normativa vigente, se desprende la imposibilidad de aplicar la suspensión del proceso a prueba a las personas jurídicas imputadas por delitos

---

<sup>77</sup> ARTÍCULO 16.- En los casos previstos en los artículos 1°, 2°, 3°, 5° y 6° la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula. Para el caso, la Administración Tributaria estará dispensada de formular denuncia penal cuando las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios fueren cancelados en forma incondicional y total con anterioridad a la formulación de la denuncia. Este beneficio de extinción se otorgará por única vez por cada persona humana o jurídica obligada.

<sup>78</sup> MARCATO, Andrés, *Suspensión del Juicio a Prueba en Delitos Tributarios y Política Criminal, ¿Coexistencia o Incompatibilidad? Análisis de los Fallos “Nanut” y “Cangiaso”*, recuperado el 15/12/2019 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43402.pdf>.

<sup>79</sup> El artículo 876 de la Ley 22.415 (Código Aduanero) prevé, entre otras penalidades, la multa de cuatro (4) a veinte (20) veces el valor en plaza de la mercadería objeto del delito (inciso “c”).

fiscales y aduaneros. Sin embargo, adelantamos que la decisión del legislador nacional no ha sido la misma en relación a las empresas imputadas por los delitos contemplados en el artículo 1 de la Ley 27.401.

#### 5.2. *Probation* para delitos contemplados en la Ley 27.401.

A diferencia de los dos supuestos anteriores, el art. 76 *bis* del Código Penal, no establece ninguna restricción para el empleo de la *probation* en los casos contemplados en el art. 1 de la Ley 27.401. Tampoco observamos obstáculos en las legislaciones locales y el Código Procesal Penal Federal (según Ley 27.482), legitima expresamente a las personas jurídicas para celebrar acuerdos de suspensión del proceso a prueba (art. 343).

En cualquier caso, las reglas de conducta que puedan imponerse al ente como consecuencia de un acuerdo de *probation*, deberán contener, como mínimo, la restitución del beneficio indebido obtenido y la obligación de adoptar, en el plazo estipulado, mecanismos de prevención y detección de delitos, contemplando las pautas establecidas en los arts. 22 y 23 de la Ley 27.401.

A los efectos de su admisibilidad, deberían adjuntarse al acuerdo los elementos de prueba que permitan cuantificar sumariamente el producto o provecho del delito. Ello permitirá al juzgador cotejarlo con el monto ofrecido en concepto de reparación para determinar su razonabilidad.

### 6. Acuerdos procesales en el sistema estadounidense.

#### 6.1. Introducción.

En los Estados Unidos, las acusaciones penales dirigidas contra las personas humanas o jurídicas en el marco de las FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act* o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero), y bajo las disposiciones de las Reglas Federales de Procedimiento Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), pueden resolverse por medio de diversas alternativas jurídico-procesales, tales como el convenio de reconocimiento de culpabilidad (*plea agreement*), similar a nuestro acuerdo de juicio abreviado, y los acuerdos de enjuiciamiento diferido (*deferred*

*prosecution agreement* o DPA) o de no enjuiciamiento (*non-prosecution agreement* o NPA). A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

#### 6.2. Convenio de reconocimiento de culpabilidad (*plee agreement*).

El convenio de reconocimiento de culpabilidad (*plee agreement*), está expresamente consagrado en la regla 11 c. de las Reglas Federales de Procedimiento Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*). La conformidad del acusado es una institución típica del derecho anglosajón, que faculta a las partes (imputado y fiscal) a negociar la extinción de la acción penal, quedando el acuerdo sujeto a homologación judicial.<sup>80</sup> En este sentido, el fiscal, que dispone de amplísimas facultades de negociación, podrá reducir los cargos o limitar las penas si el acusado acepta su culpabilidad. El tribunal dictará sentencia de conformidad con la calificación y la pena acordadas, excepto que, en la audiencia convocada al efecto, el imputado manifieste desconocer los términos del acuerdo y sus consecuencias.

Se distinguen tres modos de lograr la conformidad del imputado: el primero consiste en un acuerdo celebrado entre fiscal y acusado, en virtud del cual éste se declara culpable de un cargo inferior al que viene respaldado por el material probatorio que acompaña el instrumento de incriminación (*charging instrument*). Por el segundo, el imputado manifiesta su conformidad con el cargo, a cambio de una promesa por parte del fiscal de solicitar al tribunal la pena mínima, o una menor a la máxima, o requerir una pena específica, como la condena de cumplimiento condicional. El tercer modo de negociar se basa en que el imputado preste su conformidad con uno de los cargos, a cambio de la promesa de retirar los demás o no formular adicionales.<sup>81</sup>

#### 6.3. Acuerdos de enjuiciamiento diferido y acuerdos de no enjuiciamiento (*deferred and non-prosecution agreements*).

Por medio del acuerdo de enjuiciamiento diferido (*deferred prosecution agreement* o DPA), la persona jurídica infractora conviene con la fiscalía en llevar a cabo, con

---

<sup>80</sup> PFISTER, María Silvina – PAPA, Rodolfo G.; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas por Actos de Corrupción. Su tratamiento en el derecho argentino y comparado*, 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2019, p. 74.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 75.

celeridad, las medidas correctivas o reparadoras necesarias a cambio de un aplazamiento de la acción penal por sus delitos. Así pues, en lugar de iniciar un proceso penal, el Ministerio Fiscal presenta una querrela, pero se compromete a mantenerla en suspenso y a retirar los cargos oportunamente, siempre y cuando la sociedad cumpla con éxito los términos del acuerdo.<sup>82</sup>

No existe una norma que regule las condiciones y términos de los DPAs y tampoco las directrices o guías que suelen observar los fiscales refieren a su contenido. Tal circunstancia no ha obstado a que su uso en el ámbito del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Valores (SEC) haya crecido ostensiblemente en el último decenio. Pese a que los mismos varían según las características particulares del caso, cualquier acuerdo suele contemplar los siguientes requisitos:<sup>83</sup>

a) *Reconocimiento de la conducta delictiva*: la empresa debe admitir los hechos contenidos en la denuncia. Si no cumple con los términos acordados, en caso de que el fiscal decida reanudar la acusación, el reconocimiento de los hechos será válido para el procesamiento y, además, puede ser empleado contra la persona jurídica en un eventual juicio de responsabilidad civil.

b) *Revelación de la información*: la empresa debe colaborar con la investigación de la fiscalía mediante la revelación de datos, la entrega de documentos y demás pruebas que tenga en su poder. Debe, asimismo, identificar a los testigos que puedan contar con información relevante para la causa y realizar una investigación interna con sus propios recursos a fin de elaborar informes que serán entregados a la fiscalía.

c) *Pago de multas e indemnizaciones*: la empresa debe pagar o reservar fondos para hacer frente, tanto a las diferentes sanciones económicas de carácter penal, como a la responsabilidad civil subsidiaria por la comisión del delito.

---

<sup>82</sup> GIMENO BEVIÁ, Jordi, *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla, La Mancha, p. 203. Disponible en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A11.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>83</sup> Ver GIMENO BEVIA, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

d) *Reformas internas*: la persona jurídica debe practicar reformas tendientes a prevenir y detectar futuros delitos. La naturaleza de las mismas dependerá de la clase de delito cometido, del autor material (si es empleado o pertenece al órgano directivo) y de la capacidad de la empresa para detectar ilícitos. El acuerdo puede incluir la adopción de medidas disciplinarias, la contratación de nuevo personal directivo, auditores, revisión y reajuste del programa de cumplimiento.

e) *Supervisión en curso*: la persona jurídica puede ser obligada a contratar supervisores independientes encargados de analizar y controlar la aplicación y suficiencia de las reformas adoptadas en el marco de las obligaciones asumidas por la empresa al celebrar el acuerdo de enjuiciamiento aplazado. Los supervisores suelen ser expertos en la implantación y fiscalización de programas de *compliance*.

En los acuerdos de no enjuiciamiento (*non prosecution agreements* o NPA), el fiscal no presenta querrela, lo cual evita una posterior acusación. Se afirma que los NPAs transmiten un mensaje alentador a los mercados, dado que la ausencia de acusación indica *a priori* inexistencia de culpabilidad por parte de la empresa.<sup>84</sup> Por lo general, la fiscalía suele ofrecer este tipo de acuerdos cuando proyecta un resultado adverso en el juicio oral. La suscripción de los NPAs está sujeta a requisitos similares a los exigidos para celebrar los DPAs. Se distinguen los siguientes: continua colaboración, admisión de hechos relevantes, compromisos de cumplimiento y reparación, pago de sanciones monetarias y eximición de los plazos de prescripción.<sup>85</sup>

La diferencia entre el incumplimiento de un NPA y un DPA es bien significativa. Mientras que en el primero la infracción del acuerdo da lugar a la denuncia por incumplimiento, ya que los delitos que originariamente le fueron imputados a la empresa se archivan definitivamente al momento de su suscripción, en el segundo de los casos se reanuda en forma inmediata la causa penal y el fiscal podrá, además, endilgar a la empresa otros delitos descubiertos durante la investigación. Así pues, la gravedad del incumplimiento del DPA es bastante mayor.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> GIMENO BEVIÁ, *op. cit.*, p. 203.

<sup>85</sup> PFISTER - PAPA, *op. cit.*, p. 82.

<sup>86</sup> GIMENO BEVIA, *op. cit.*, p. 215.

Los *deferred* y *non-prosecution agreements* son herramientas eficaces de resolución del conflicto, pues aminoran los daños colaterales que entraña la acusación (fenómeno denominado *death by indictment*) e incentivan la adopción de programas de prevención, detección y control del delito interno.

Pese a ello, los institutos tienen sus detractores. Parte de la doctrina sostiene que son ineficaces en la disuasión de las conductas criminógenas y que reducen la supervisión de la actividad ilícita de la empresa a una mera decisión monetaria.<sup>87</sup> Asimismo, advierten sobre los riesgos de exposición de la compañía a eventuales juicios de responsabilidad civil, sanciones financieras y tensiones entre el ente y sus empleados.

## Capítulo V

### El acuerdo de colaboración eficaz.

#### 1. Consideraciones generales.

La ley 27.401 introduce la posibilidad de que el fiscal y la persona jurídica imputada celebren un acuerdo, por medio del cual ésta se obliga a cooperar con la investigación, brindando datos útiles que permitan esclarecer los hechos, individualizar a los responsables y recuperar el producto o ganancia del delito, a cambio de una reducción en el monto de la multa en relación a la que le correspondería pagar en caso de ser condenada en un juicio ordinario, más el cumplimiento de otras exigencias legales, entre las que necesariamente deben encontrarse la restitución del beneficio indebido obtenido y el abandono en favor del Estado de los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena en un juicio común.

La Ley 27.401 regula el instituto en seis artículos (16, 17, 18, 19, 20, 21). El mismo se inscribe, en tanto figura *premia*,<sup>88</sup> en el repertorio de estímulos que el derecho

---

<sup>87</sup> PFISTER – PAPA, *op. cit.*, p. 84.

<sup>88</sup> Una precisa y completa definición de “derecho penal *premia*” aporta Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. Para la autora, el fenómeno consiste en “el conjunto de normas de atenuación o remisión de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el



penal ofrece a los autores y partícipes de un ilícito para que colaboren con la Justicia.<sup>89</sup> Razones de pragmatismo y eficacia en la persecución de los delitos fundamentan la incorporación de esta clase de institutos a las legislaciones.

En el mensaje<sup>90</sup> que acompañó la remisión del proyecto original al Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional destacó que “el acuerdo de colaboración es una alternativa de política criminal dirigida a incentivar la cooperación de las personas en la detección e investigación del delito, procurando lograr los fines del proceso penal de averiguación de la verdad y aplicación del derecho penal material...”. Lo cierto es que si bien la cooperación del imputado no es una novedad en el régimen legal argentino,<sup>91</sup> en las últimas décadas el fenómeno de la globalización, que es en esencia una consecuencia del desarrollo de la tecnología de la comunicación y la información, ha dado lugar a un proceso de expansión de la criminalidad organizada, traspasando las fronteras de los Estados, tornando inaptos muchos de los instrumentos de investigación tradicionales para afrontar este tipo de delincuencia.<sup>92</sup>

---

desmantelamiento de la organización criminal a la que pertenezca el inculcado...”, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas por las leyes orgánicas 7 y 15/2003*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 7/05, Mayo 2005, citado por VÍTOLO, Daniel Roque, *Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada*, Rubinzal-Culzoni, 1º ed., Revisada, Santa Fe, 2018, p. 616.

<sup>89</sup> Un estudio más pormenorizado del tema puede encontrarse en ABRALDES, Sandro, *Capítulo IX Acuerdos de colaboración eficaz, Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, dirigido por Daniel Roque Vítolo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pp. 491-514; CROCIONI, Francisco J., *Aproximación teórica al acuerdo de colaboración eficaz, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal de la empresa*, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, Thomson Reuters La Ley, Suplemento Especial, Mayo 2018, pp. 155-176.

<sup>90</sup> Mensaje N° 127, fechado el 20 de octubre de 2016.

<sup>91</sup> Una reseña histórica de las figuras premiales en el derecho argentino excede el objeto de este trabajo. El lector interesado podrá remitirse a la obra de VÍTOLO, Daniel Roque, *Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pp. 622-632.

<sup>92</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., *El Colaborador con la Justicia en el Ordenamiento Jurídico español*, artículo publicado en la obra “*El Derecho Penal en tiempos de*

Esta circunstancia motivó la inclusión de ciertas figuras a los textos legales que permiten combatir con mayor eficacia esas complejas organizaciones: “la entrega vigilada” de bienes de origen ilícito, el “agente encubierto”, o la propia figura del “colaborador con la justicia”. En este contexto se introduce el acuerdo contemplado en la Ley 27.401.

## 2. El acuerdo de colaboración eficaz y el modelo acusatorio de enjuiciamiento.

Ya hemos expresado que el acuerdo de colaboración eficaz es un instrumento de salida consensuada al conflicto, característico de los modelos acusatorios de enjuiciamiento. También hemos afirmado que presenta fundamentos de política criminal distintos a las denominadas reglas de disponibilidad, por cuanto estas tienen su razón de ser en la necesidad de descongestionar el sistema de justicia y racionalizar los procesos de selección, para canalizar los recursos -materiales y humanos- en pos de una mejor atención de los casos que interesa perseguir al estado, mientras que, por el contrario, el acuerdo regulado en la ley 27.401, procura dotar de mayor eficacia a la investigación criminal, posibilitando la individualización de los responsables del delito, reforzando el material probatorio con el propósito de obtener la condena de los partícipes y el eventual recupero de los bienes adquiridos como resultado de la actividad delictiva. También difiere de los denominados criterios de oportunidad, por cuanto éstos facultan al acusador público a renunciar a la persecución penal en los casos expresamente previstos en la ley, provocando la extinción de la acción, mientras que el acuerdo de colaboración conlleva para la persona jurídica la aplicación de una pena. Se distingue de la *probation*, en tanto ésta suspende o paraliza el proceso para beneficio del imputado.<sup>93</sup> Si durante el tiempo que fija el tribunal éste cumple con las reglas de conducta asumidas en la audiencia convocada al efecto, no comete un nuevo delito y repara los daños en la medida de lo posible, la acción penal queda extinguida. Por último, se diferencia del juicio abreviado, que consiste en la posibilidad concedida al acusador público y a la defensa, de abreviar el trámite a través de un acuerdo, que lógicamente requiere la conformidad del imputado acerca de cómo ocurrieron los hechos y la responsabilidad penal

---

*cambio. Libro homenaje al profesor Fernando Niño*, 1ª ed., Unijuris, La Habana, 2016, p. 297.

<sup>93</sup> ABRALDES, *op. cit.*, p. 498

asumida en los mismos. El pacto debe incluir, además, la pena negociada y tiene que ser admitido por el tribunal en audiencia. Como se advierte, el juicio abreviado no obliga a proporcionar prueba alguna de la culpabilidad del acusado y, menos aún, de la de terceros encausados o sujetos no relacionados con el proceso penal<sup>94</sup>, como sí lo exigen los pactos de colaboración.

### 3. Críticas.

En este esquema de negociación, el castigo -o concretamente la pena-, no necesita de proceso, se impone de inmediato y por voluntad del propio imputado quien renuncia a su derecho al juicio. Esta circunstancia, ha llevado a que, no pocas veces, cuestionen la validez constitucional de estos pactos,<sup>95</sup> expresando que el Estado, en su afán de economizar recursos -materiales y humanos-, agilizar los procesos y procurar mayor eficacia en la persecución de los delitos, recorta garantías fundamentales, como el juicio previo, el debido proceso, la prohibición de la autoincriminación y el derecho de defensa, toda vez que reivindica a la confesión como la reina de las pruebas.<sup>96</sup>

No podemos soslayar que la salida negociada conviene al imputado que tenga alta probabilidad de ser condenado. Para el resto, el sistema *premio* conduce a la imposición de una pena ante la incertidumbre del juicio, y aquí no funciona como un beneficio, sino todo lo contrario. Sella definitivamente la suerte del acusado, que renuncia al conjunto de derechos y garantías que lo asisten durante el proceso y, con ello, a la posibilidad de obtener una sentencia favorable una vez concluido el debate.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> ABOSO, Gustavo; Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de los delitos de corrupción nacional y transnacional; B de f, Montevideo - Buenos Aires, 2018, p. 373.

<sup>95</sup> Ver LÓPEZ, Yeison Manco, *El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal*, artículo publicado en la Revista Electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, N° 3, Año 1, enero-abril de 2010. Disponible en <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/5125>.

<sup>96</sup> Cabe destacar que estos cuestionamientos pueden hacerse extensivos también al instituto del juicio abreviado.

<sup>97</sup> LÓPEZ, *op. cit.*

También se argumenta en contra de la figura (algo que la práctica tribunalicia rebela), que muchas veces es empleada como instrumento de coacción contra el imputado privado de la libertad, quien procura poner fin al estado de incertidumbre que conlleva la prisión cautelar, que puede durar años, aceptando con resignación una pena que probablemente no vaya a ser impuesta en un proceso ordinario, por la amenaza de una acusación que contemple el máximo de la pena prevista para el tipo penal que subsume la conducta atribuida.

Por el contrario, la política criminal en el plano internacional ha promovido la regulación de la figura<sup>98</sup>, teniendo en cuenta, como adelantamos, la dificultad con la

---

<sup>98</sup> ABOSO menciona la decisión marco 2002/475/JAI (art. 6º inc. b.) del Consejo de la Unión Europea, sobre la lucha contra el terrorismo, que establece la posibilidad de reducir la pena si el autor del delito “proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y que las ayude a: i) impedir o atenuar los efectos del delito, ii) identificar o procesar a los otros autores del delito, iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos previstos en los artículos 1 a 4”. También la decisión marco 2004/757/JAI del mismo organismo, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico lícito de drogas, que propone en su art. 5º la posibilidad de privilegiar al autor del delito que hubiera cooperado con las autoridades administrativas o judiciales mediante el suministro de información útil con los mismos efectos enumerados en el documento precedente. También la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (Convención de Palermo, año 2000), aprobada en nuestro país por Ley 25.632 (agosto de 2002), estipula en su art. 26 la adopción por parte de los Estados partes, de las medidas normativas necesarias para fomentar la cooperación judicial de las personas que hayan integrado o integren grupos delictivos organizados. En particular, la convención se refiere a la información que posibilite conocer la identidad, naturaleza, composición, estructuración, ubicación o actividades de los grupos delictivos organizados; los vínculos, incluidos los internacionales, con otros grupos delictivos organizados; los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer; prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito. Para esos casos, se exhorta la aplicación de una reducción de pena o la inmunidad judicial. ABOSO, *op. cit.*, p. 375.

que muchas veces tropiezan los órganos estatales encargados de investigar y desarticular este tipo de estructuras, caracterizadas por la subordinación y la división de funciones.<sup>99</sup>

Consideramos que la cooperación judicial es una herramienta de gran importancia para dismantelar organizaciones complejas, individualizar a los altos mandos y recabar elementos de prueba que posibiliten la condena de sus integrantes.

En adelante, habrá que atender al modo en el que los fiscales empleen el mentado instrumento. Por lo pronto, existiendo la posibilidad concreta y manifiesta de esclarecer los hechos por las vías convencionales, no hay razón para requerir la colaboración del imputado.

#### 4. Momento procesal para la celebración del acuerdo.

El artículo 16 párrafo 2º de la Ley 27.401, fija como límite temporal para la celebración del acuerdo, la citación a juicio, contemplada en el art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación. Coincidimos con ABRALDES,<sup>100</sup> en que la oportunidad procesal para ser presentado al tribunal, concluye transcurridos los diez días contados a partir de la notificación de la citación a juicio.

Por otro lado, el Código Procesal Penal Federal (según Ley 27.482), dedica el Título VI del Libro IV (denominado “Medios de Prueba”) de la Primera Parte (Parte General) al “acuerdo de colaboración” (artículos 195 a 208), y prevé, en el art. 197, que el pacto con el imputado regulado en el art. 41 *ter* del Código Penal (según Ley 27.304), deberá celebrarse antes de la *audiencia de control de la acusación* del art. 279.

Ahora bien, el inconveniente que se plantea gira en torno al momento procesal límite para celebrar el acuerdo de colaboración, tanto en las provincias que no contemplan el acto procesal de citación a juicio, como en los lugares donde ya resulta operativo el nuevo código federal, que tampoco lo contiene.

Consideramos que, en estos casos, el acuerdo previsto en la Ley 27.401, podrá concretarse hasta la fecha pactada para celebrar la audiencia intermedia, preliminar o

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 376.

<sup>100</sup> ABRALDES, *op. cit.*, p. 500.

de control de la acusación, según el código, pudiendo las partes requerir de común acuerdo la suspensión de la misma, invocando la necesidad de concluir las negociaciones, pues la simplificación y la desformalización de los procesos son rasgos característicos de los sistemas acusatorios de enjuiciamiento.

##### 5. Carácter confidencial de la negociación.

El art. 17 de la ley 27.401, establece que la negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público fiscal, así como la información que se intercambie en el marco de aquella hasta la aprobación judicial del acuerdo, tendrán carácter confidencial, y amenaza a quien revele su contenido con la aplicación de las sanciones previstas en el Capítulo III, del título V del Libro Segundo del Código Penal, relativo a la violación de secretos y de la privacidad.

Al respecto, señala VÍTOLO,<sup>101</sup> que no puede haber una razonable y eficiente negociación de un acuerdo de colaboración, si no se mantiene durante ese lapso un régimen de estricta confidencialidad. Ello, debido a dos razones: la primera, para evitar que la información intercambiada llegue a posibles partícipes de los delitos investigados, quienes podrían, en caso de no guardarse reserva, neutralizar o acudir a mecanismos de diversa índole para defensa o inhabilitación de la prueba. La segunda, para proteger al colaborador de intimidaciones o futuras represalias. Un tercer argumento para mantener la confidencialidad de las negociaciones, se relaciona con lo establecido en el art. 20 de la propia Ley 27.401, pues ante un eventual rechazo del acuerdo por parte del juez, la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica que colaboró con la investigación, deberán restituirse o destruirse, y no podrán ser utilizadas durante el proceso, salvo que el fiscal hubiera tenido acceso a ellas de forma independiente o a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad a su celebración.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> VÍTOLO, Daniel Roque, *Responsabilidad Penal Empresaria. Ley 27.401 Comentada*, 1ª ed. revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 640.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 641.

En orden a lo expresado, el Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley por parte del Poder Ejecutivo Nacional<sup>103</sup>, explica que “la norma propone ciertos resguardos de la persona jurídica que decide colaborar para crear un marco de certeza que permita la revelación de la información relevante sin temor a un uso indebido o que pretenda fines diferentes de los perseguidos por el propio acuerdo, como la confidencialidad de la información suministrada hasta la aprobación del acuerdo, la no utilización de dicha información contra la persona jurídica si el acuerdo finalmente no se consuma y que la celebración del acuerdo no implique reconocimiento de responsabilidad.”

Entendemos que, la confidencialidad, comienza a regir desde la fecha de entrega de la primera documentación reveladora de información relevante para la causa a la fiscalía, de lo cual deberá dejarse constancia por escrito en el legajo fiscal con copia para la imputada. Si la información se proporciona en forma oral, deberá labrarse el acta respectiva, también con copia, a los mismos fines.

Por último, la confidencialidad se extiende hasta el momento de la aprobación del acuerdo. Si el mismo es rechazado, la reserva comprende la información intercambiada durante su negociación.

#### 6. Aspectos formales y control jurisdiccional del acuerdo.

El art. 19 de la Ley 27.401, regula las formalidades que tendrán que observar las partes para la celebración del acuerdo. Deberá extenderse por escrito y contener la firma del representante legal de la persona jurídica, la de su defensor técnico y la del representante del Ministerio Público Fiscal. Luego, corresponde presentarlo al tribunal, que evaluará la *legalidad* de las condiciones pactadas y decidirá si lo aprueba, lo observa o lo rechaza.

Expresa ABRALDES,<sup>104</sup> que la necesidad de una instancia de revisión por parte del juez en torno a la legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada, es la razón de ser de la exigencia de su celebración por escrito, ya que si bien es cierto que existen otros medios de registración (por ejemplo, el audiovisual), la opción

---

<sup>103</sup> Publicado en el orden del día 1367 de la Cámara de Diputados de la Nación, p. 14, de ABRALDES, *op. cit.*, p. 509.

<sup>104</sup> ABRALDES, *op. cit.*, p. 506.

seguida por el legislador es la más conveniente, pues procura brindar máxima seguridad jurídica a las partes.

La norma citada expresa que el órgano jurisdiccional tendrá a su cargo el control de legalidad del acuerdo y las condiciones pactadas. Vale destacar, que en el modelo acusatorio en el que se inscribe la Ley 27.401, el juez no tiene entre sus atribuciones la de evaluar la conveniencia de la suscripción del convenio, pues dicha facultad queda reservada exclusivamente al fiscal.<sup>105</sup> Ahora bien, ¿qué sucede con el querellante constituido? ¿Tendrá derecho a expedirse sobre la conveniencia o la legalidad del acuerdo de colaboración? Los códigos procesales modernos conceden a la víctima o al querellante constituido la posibilidad de ser escuchados por el juez antes de cada decisión que implique la extinción o la suspensión de la acción penal (así, por ejemplo, el art. 80 del Código Procesal Penal Federal). Examinaremos en el Capítulo 7º del presente, la posibilidad de que este sujeto procesal eventual sea parte en un proceso seguido contra una persona jurídica. Si hay querellante constituido, éste necesariamente deberá quedar al margen de cualquier tipo de intervención en la negociación, pues ella sólo comprende por previsión legal a la persona jurídica y al Ministerio Público Fiscal (art. 17). El secreto de la información deberán guardarlo, por ende, las personas humanas que integran el ente y que hayan podido acceder a la misma, su representante legal, el defensor técnico, los representantes del Ministerio Público Fiscal que intervengan en el acuerdo y el juez de la admisibilidad.

Aclarado el punto, corresponde analizar ahora sobre qué aspectos debe versar el examen de legalidad. Entendemos que el juez debe verificar si concurren en el caso los requisitos formales (que se haya plasmado por escrito, que contenga la firma del representante legal de la persona jurídica, su defensor y el fiscal, que se haya celebrado en el momento procesal oportuno) y materiales (que el monto de la multa que la persona jurídica se obliga a pagar sea equivalente al establecido en el art. 18 inc. "a" de la Ley 27.401, para lo cual deberán adjuntarse al acuerdo los elementos de prueba -documentos, pericias contables, etc.- que acrediten sumariamente el beneficio indebido obtenido o que se hubiera podido obtener; que la empresa se haya obligado a restituir el producto o provecho del delito y a abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena en un proceso común y demás condiciones acordadas. También corresponde en esta instancia verificar que la persona jurídica imputada haya aportado información referida

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 507.



únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la de la empresa -conf. artículo 197 Código Procesal Penal Federal).

Por último, pese al silencio de la ley, compartimos con ABRALDES,<sup>106</sup> que el tribunal debe convocar a una audiencia a los efectos de aprobar o desechar el acuerdo. En definitiva, este es el método adecuado para el perfeccionamiento de los actos procesales esenciales en un modelo acusatorio de enjuiciamiento, donde gozan de pleno vigor los principios de intermediación, oralidad, simplificación, celeridad y desformalización de los procesos.

#### 7. Rechazo del acuerdo. Alcances.

Si el acuerdo no supera el test de admisibilidad, conforme los parámetros explicitados en el apartado precedente, y es rechazado por el juez, el art. 20 de la ley indica que la información y las evidencias aportadas por la persona jurídica durante la negociación, no podrán utilizarse en el juicio seguido contra la misma y deberán devolverse o destruirse, con excepción de los casos en que el fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo.<sup>107</sup>

Compartimos la observación de VÍTOLO,<sup>108</sup> en cuanto a que, antes de la aprobación judicial del acuerdo, la información intercambiada no constituye “prueba”, sino la “identificación” del “tipo” de evidencia a aportar a partir de la aprobación del pacto por parte del órgano jurisdiccional. Ello surge con claridad de la primera parte del art. 18 de la ley.

En consecuencia, la norma operará en aquellos casos en que la persona jurídica haya anticipado material probatorio durante la etapa de la negociación y no sólo se

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 508.

<sup>107</sup> Explica ABRALDES que la excepción se inspira en el criterio jurisprudencial desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Rayford” (*Fallos*: 308:733, rta.: 13-05-86). Idéntica doctrina sienta un año después el Máximo Tribunal en la causa “Ruiz Roque s/ hurtos reiterados” (17-09-87).

<sup>108</sup> VÍTOLO, *op. cit.*, p. 669.

haya limitado a identificar el tipo de información o la evidencia a aportar a partir de su aprobación.<sup>109</sup>

#### 8. Control de cumplimiento.

El acuerdo de colaboración, aprobado judicialmente, está sujeto a una condición resolutoria, dado que la permanencia y continuidad de sus efectos quedan supeditados al hecho futuro e incierto de que, si en el plazo fijado por el juez en la audiencia de admisibilidad (que no podrá exceder de un año, conf. art. 21), se comprueba que la información y las pruebas brindadas no han sido útiles y verosímiles a los efectos del esclarecimiento de los hechos, la identificación de los autores o partícipes o el recupero del producto o ganancia del delito, el mismo sea dejado sin efecto.<sup>110</sup>

El control de cumplimiento del acuerdo de colaboración deberá tener lugar en el marco de una audiencia. Aquí, a diferencia de lo que sucede al momento de admitirse o rechazarse, donde el tribunal se limita a efectuar un control de legalidad de las condiciones acordadas y la colaboración pactada, corresponde al juez efectuar un control de mérito sobre la prueba y la información aportada por la persona jurídica en cumplimiento de lo acordado, debiendo resolver, después de escuchadas las partes, si la información ha sido verosímil y útil a los efectos mencionados en el párrafo anterior.

Consideramos desafortunada la redacción del art. 21 de la ley, por cuanto establece que el Ministerio Público o el juez corroborarán la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada. El acusador se expedirá a su turno sobre la utilidad de los elementos de prueba aportados por la persona jurídica en cumplimiento del convenio, de la misma manera que lo harán el representante legal y su defensor técnico, pero quien decide sobre los extremos invocados sólo es el juez. Sería positivo a estos efectos que, *de lege ferenda*, la ley contemple un plazo breve para que el tribunal pueda resolver por escrito y fundadamente lo postulado por las partes en la audiencia. Ello, a fin de permitirle evaluar detenidamente el mérito de la información proporcionada.

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 670.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 673.

La norma analizada, es similar a la contemplada en el art. 13<sup>111</sup> de la Ley 27.304, que incluso prevé un plazo análogo al establecido en el art. 21 de la Ley 27.401. Sin embargo, como bien advierte RIQUERT,<sup>112</sup> a diferencia del texto legal mencionado, el legislador omitió aquí regular la cuestión relativa a la suspensión de la prescripción de la acción penal. El “olvido” no es menor, si se tiene en cuenta que los delitos previstos en el art. 1 de la ley, son reprimidos con penas de prisión cuyos máximos no son tan elevados. Asimismo, si se tiene en cuenta a esos efectos la pena específica de multa prevista para las personas jurídicas en el art. 7 de la ley analizada, la prescripción tendrá lugar a los dos años (conf. art. 62 inciso 5º del Código Penal). Considerando que, por lo general, estos casos revisten gran complejidad investigativa, la falta de una previsión legal sobre el tema resulta harto preocupante.

## **Capítulo VI**

### **Acuerdo de procedimiento abreviado con la persona jurídica imputada.**

#### 1. Introducción.

Hemos ensayado una breve aproximación teórica a la figura del juicio abreviado cuando examinamos las notas distintivas del acuerdo de colaboración eficaz, a través de su compulsión con otros institutos característicos de los modelos acusatorios que suponen una salida negociada al conflicto penal. Ha llegado el momento, pues, de detenernos en su análisis, comprobar si resulta aplicable a las personas jurídicas acusadas y, en su caso, indagar sobre las ventajas y desventajas de su empleo como herramienta de política criminal en el caso puntual de las empresas.

El juicio abreviado puede definirse como aquél que se realiza sin producir prueba en debate oral y público, a partir de un acuerdo establecido entre el Ministerio fiscal, el

---

<sup>111</sup> Art. 13. “*Corroboración*. Dentro de un plazo no superior a un (1) año, el juez o el fiscal deberán corroborar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado arrepentido hubiera contraído en el marco del acuerdo, especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado. Durante ese lapso se suspenderán los plazos de la prescripción de la acción penal”.

<sup>112</sup> RIQUERT, Marcelo A., *Los Acuerdos de Colaboración Eficaz en la Ley 27.401*, publicado el 29 de Junio de 2018 en <http://riquert-procesopenal.blogspot.com/>, recuperado el 24/11/2019.

imputado y su defensor -en algunos modelos legislativo se incluye al querellante particular-, respecto de determinados extremos de la imputación, como el hecho intimado, su calificación legal y la autoría o participación, cuyo efecto es impedir que el órgano jurisdiccional encargado de dictar sentencia pueda imponer una pena superior o más grave que la pedida por la parte acusadora, debiendo decidir el caso sobre la base de los elementos de convicción recogidos durante la investigación penal preparatoria, mediante una sentencia definitiva, generalmente recurrible, que podrá ser absolutoria.<sup>113</sup>Al respecto, apunta CHIARA DÍAZ,<sup>114</sup>que el modelo de procedimiento abreviado que se ha adoptado en Argentina, difiere del *plea bargaining* estadounidense, pues las regulaciones locales no incluyen en la negociación la calificación legal otorgada al hecho criminoso. Las partes deben pactar la pena conforme la plataforma fáctica que integra la acusación, en base a las evidencias recabadas por el fiscal en el curso de la investigación penal preparatoria. En base a ello, algunos autores entienden que se trata de un instituto de derecho penal sustantivo, pues supone un acuerdo sobre la *pena* en concreto a aplicar.<sup>115</sup>Otros, por el contrario, consideran que el juicio abreviado consiste en un *negocio jurídico procesal*, que trasciende la simple confesión, pues su efectividad está subordinada a la activa participación de todos los sujetos del proceso (para que sea posible su aplicación debe existir una primera etapa negocial entre acusador e imputado, la eventual opinión no vinculante de la víctima o querellante, y la posterior actuación de los jueces para dar la definitiva respuesta jurisdiccional).<sup>116</sup>

Para nosotros, al igual que los criterios de disponibilidad de la acción ya analizados, el procedimiento abreviado no pasa de ser un mecanismo procesal que nació de la necesidad de aliviar la congestión del sistema de justicia penal. En otras palabras, es una herramienta de política criminal cuya aplicación representa un ahorro de trámites y pasos procesales, lo cual permite direccionar los recursos –materiales y humanos-, que habitualmente escasean, hacia otros objetivos que merecen mayor atención.

---

<sup>113</sup> Conf. DEL CORRAL, Diego, *Juicio Abreviado*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 28; ERBETTA - ORSO - FRANCESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p. 643.

<sup>114</sup> CHIARA DÍAZ, Carlos A., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 358.

<sup>115</sup> Conf. DE LA RÚA, *Un agravio federal*, LL, 1997-D-1198, citado por DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 28.

<sup>116</sup> DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 34.

Sin embargo, no pocas voces se alzan en contra del instituto, cuestionando su validez constitucional, pues advierten una grave vulneración a la garantía constitucional del juicio previo, señalando que el mismo, en muchos casos, constituye una *pseudo* extorsión legal, generada por la lentitud de los trámites, situación que obliga al imputado que se encuentra detenido y sabe que el juicio oral se concretará en años, a aceptar la abreviación del trámite por una pena en principio menor que la que se adjudicaría en la instancia ordinaria.

En el presente, nos ceñiremos a la aplicación del procedimiento al caso específico de las personas jurídicas acusadas. Adelantamos que, para ello, no se evidencian obstáculos en las leyes procesales locales. El código Procesal Penal Federal (según Ley 27.482), va más allá, pues legitima expresamente a la persona jurídica a realizar acuerdos de juicio abreviado (art. 343).

## 2. Juicio abreviado para la persona jurídica imputada.

Como señalamos en el apartado precedente, no median impedimentos legales para que los entes colectivos celebren acuerdos de juicio abreviado, de conformidad a lo prescripto por los códigos procesales. En nuestro país, existen distintos esquemas de regulación del instituto, algunos de alcance más limitado que otros. El Código Procesal Penal Federal, por ejemplo, contempla los dos modelos principales: por un lado, el acuerdo pleno, que implica la aceptación expresa por parte del imputado de los hechos, su participación, los antecedentes probatorios en que se funda la acusación, la tipificación legal de los hechos y la pena requerida por el fiscal (artículos 323 a 325); por el otro, el acuerdo parcial, donde las partes convienen exclusivamente sobre los hechos, requiriendo un juicio sobre la culpabilidad y la pena (art. 326). El Código legitima expresamente a la persona jurídica para celebrar acuerdos de las dos clases (art. 343). En cambio, no dice nada sobre la posibilidad de concertar un juicio directo, instituto regulado en el art. 327, por el cual las partes, en la audiencia de formalización de la investigación -también denominada audiencia imputativa-, acuerdan la realización directa del juicio sorteando la etapa intermedia que demanda el procedimiento común. Consideramos que la exclusión es correcta, toda vez que la complejidad ínsita a los procesos seguidos contra las personas jurídicas, no sólo por la dificultad de identificar a los responsables directos, muchas veces ocultos detrás de estructuras enmarañadas que conforman verdaderos bastiones, sino también por la espinosa tarea que significa el acopio de evidencias en contra de las mismas, que

exige, en la mayoría de los casos, la colaboración de autoridades extranjeras, no compagina con la clausura de la investigación preparatoria en una instancia tan prematura como la de la audiencia de formalización de la investigación. Desde luego, estas son consideraciones abstractas que pueden no coincidir con el caso particular, pero las previsiones legales son generales y el legislador diagrama la normativa en esos términos.

El juicio abreviado, por el contrario, sólo elude la etapa del debate en el caso de acuerdos plenos. El parcial, en cambio, incluye la aceptación de los hechos pero no sustrae al imputado del juicio oral. En cualquiera de los dos esquemas, la investigación penal preparatoria no se acaba con la imputación a la persona humana o jurídica. Por ello, es compatible con la tramitación de causas que revisten complejidad investigativa. En efecto, la oportunidad procesal para celebrar acuerdos plenos nace con la formalización de la investigación y se extiende hasta la fecha de fijación de la audiencia de debate (art. 323 último párrafo), tiempo suficiente para practicar las diligencias tendientes al descubrimiento de los hechos e identificación de los responsables. El acuerdo parcial, podrá concertarse durante la etapa preparatoria hasta la audiencia de control de la acusación, término para nada exiguo si se tiene en cuenta que la misma se lleva a cabo luego de la acusación, que es el acto procesal que clausura formalmente la etapa investigativa.

Una limitación que muchos códigos procesales suelen contener gira en torno al monto de la pena en expectativa. Ello puede observarse, por ejemplo, en el Código Procesal Penal de la Nación, en el Federal (en ambos, seis años -arts. 431 *bis* y 323 respectivamente-) y en la Provincia de Buenos Aires (quince años, art. 395 CPP). Los Códigos Procesales Penales de Tierra del Fuego y Santa Cruz, verbigracia, no contienen disposiciones relativas al juicio abreviado, pero regulan el instituto -similar a aquél en algunos aspectos- de la “omisión de debate” (artículos 324 y 517 respectivamente), por el cual, dentro del plazo de citación a juicio, el fiscal, cualquiera fuese la posición asumida por el imputado en orden a su culpabilidad, podrá proponer omitir el debate. En caso de que éste no preste su conformidad, el juez deberá resolver el planteo. Ambas legislaciones limitan su procedencia al monto de pena que el fiscal estime que corresponde imponer al acusado, que nunca podrá ser superior a los tres años de privación de libertad.

La dificultad en orden a la limitación por el monto de pena en expectativa no se suscita en las jurisdicciones que regulan el juicio abreviado, puesto que las escalas

previstas en el Código Penal para los delitos enumerados en el art. 1 de la Ley 27.401, en ningún caso exceden los seis años de prisión. En cambio, el conflicto podría plantearse en las provincias del extremo sur, con la “omisión de debate”. Sin embargo, no hay óbice para la procedencia del instituto en relación a las personas jurídicas, toda vez que la limitación se vincula al monto de pena “privativa de libertad” que el fiscal estime que resulta aplicable al caso y, en el supuesto de los entes colectivos, una sanción de esa naturaleza no es ontológica posible.

Con respecto a los procesos en los que existan pluralidad de imputados, algunos códigos (por ejemplo, el CPPN art. 431 *bis* último párrafo), exigen la conformidad de todos los imputados para que pueda abreviarse el trámite. No obstante, esta tendencia ha ido perdiendo terreno en favor de aquella que reconoce la posibilidad de que el instituto se aplique al coimputado aceptante aunque no medie la conformidad del resto (verbigracia, art. 323 del CPP Federal, art. 400 CPP Buenos Aires, art. 345 CPP Santa Fe, art. 415 CPP Córdoba). Creemos que la solución es justa en el caso de personas humanas imputadas, ya que una regulación contraria supeditaría la suerte del acuerdo a decisiones, muchas veces obstinadas, de otros justiciables.

Sin embargo, esta opción legislativa no está exenta de dificultades en el caso particular de las personas jurídicas. Ya hemos analizado en el apartado Tercero del Capítulo I, los inconvenientes que presenta el juzgamiento autónomo del ente (posibilidad reconocida en el art. 6 de la Ley 27.401). El problema puede ser aún mayor si la persona jurídica opta por un trámite de juicio abreviado en el que no interviene el resto de los coimputados, pues ello implica reconocer su culpabilidad en orden a un hecho típico y antijurídico realizado por uno o más individuos ajenos al procedimiento, circunstancia que podría dar lugar a una vulneración del derecho de defensa y presunción de inocencia de la persona física que queda al margen del acuerdo, aun cuando la condena carezca de efectos perjudiciales en relación a un eventual enjuiciamiento futuro de ésta.

El inconveniente no es idéntico al que puede presentarse en un proceso común por un delito en el que hayan intervenido varias personas humanas pero el juicio abreviado es acordado sólo por una. En este caso, cuando los demás partícipes sean enjuiciados, deberá demostrarse en relación a los mismos la configuración de todos los elementos constitutivos del delito para que la condena sea posible. En cambio, la aceptación de responsabilidad penal por parte del ente colectivo lleva implícita la referencia a la actuación típica y antijurídica de uno o más individuos, pues resulta

difícil imaginar cómo los órganos de la persona jurídica han podido *tolerar*<sup>117</sup> el delito de una persona física sin identificarla y sin mencionar su participación punible en el hecho reconocido.

Por el contrario, si sólo la persona humana que integra el ente acepta abreviar el juicio, reconociendo su participación en uno de los delitos enumerados en el art. 1 de la Ley 27.401 en el marco de su actuación dentro de la empresa, dado el sistema de atribución de responsabilidad seguido por el legislador en la ley mencionada, la persona jurídica juzgada con posterioridad, sólo podrá apelar a contrarrestar la abrumadora presunción en su contra aportando prueba encaminada a demostrar que la persona humana actuó en su exclusivo beneficio y sin general provecho alguno para aquella (art. 2 párrafo 3º Ley 27.401), circunstancia que también conlleva la vulneración de su derecho de defensa y de la garantía de presunción de inocencia.

En definitiva, para resguardar los derechos constitucionales de la persona jurídica y demás imputados, entendemos que el acuerdo de juicio abreviado sólo debería ser admitido si todos ellos prestan su conformidad.

3. Juicio de admisibilidad del acuerdo de procedimiento abreviado con especial referencia a las personas jurídicas imputadas.

Suscripto el acuerdo por las partes, el fiscal deberá remitirlo al juez (de la investigación penal preparatoria o del juicio, según el momento procesal en el que se haya acordado el trámite), quien tendrá a su cargo el examen de admisibilidad del procedimiento convenido.

No resulta sencillo establecer pautas unánimes sobre los extremos que el juzgador debe examinar en orden a su aprobación o rechazo, puesto que ello dependerá del diseño del instituto perfeñado por cada código, existiendo esquemas que confieren gran apertura, al valerse de pautas discrecionales que permiten invocar como criterio válido de rechazo la simple inconveniencia, mientras que otros acotan el margen de la

---

<sup>117</sup> Recordemos que el art. 6 de la Ley 27.401, permite la condena a la persona jurídica cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiera intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.



posible decisión desestimatoria a supuestos objetivos, escasos y taxativamente delimitados.<sup>118</sup>

Sin perjuicio de ello, luego de un somero repaso por las legislaciones locales, intentaremos reseñar ordenadamente los motivos que podría invocar el órgano jurisdiccional para rechazar el acuerdo:

a) *Necesidad de un mejor conocimiento de los hechos*: por esta causal, el juez está facultado para forzar el juicio oral, a los efectos de procurar alcanzar una más acabada comprensión del aspecto fáctico sobre el que versa la imputación. Esta exigencia se advierte en el Código Procesal Penal de la Nación (art. 431 *bis* inciso 3º). Consideramos que una fórmula de esta naturaleza, que concede tan amplias facultades al tribunal para desestimar el acuerdo, es incompatible con el modelo acusatorio de enjuiciamiento que, por el contrario, tiende a reducir la discrecionalidad del juzgador, propiciando una mayor intervención de las partes en el proceso. Por ello, coincidiendo con DEL CORRAL, esta causal debe ser empleada cuando el juez entienda que mediante el acuerdo se vulnera el principio de legalidad y no cuando la fiscalía no logró convencerlo con la evidencia acompañada, supuesto en el que corresponde admitir la vía abreviada y dictar sentencia absolutoria.

b) *Discrepancia con la calificación legal acordada por las partes*: aquí, el rechazo se motiva en la discrepancia del juzgador con la calificación legal acordada por las partes. El Código Procesal Penal de la Nación, incluye esta causal (art. 431 *bis* inc. 3º), con la exigencia de que la divergencia resulte fundada. No obstante, se ha afirmado que la disonancia no obsta a la aprobación del trámite, si favorece al imputado.<sup>119</sup> El Código Procesal Penal de Buenos Aires exige, además, que la discrepancia sea “insalvable” (art. 398). La legislación santafesina, en cambio, emplea una fórmula que genera más dudas que certezas, pues expresa que el tribunal deberá dictar sentencia de estricta conformidad con la pena y modo de ejecución aceptados por las partes, *sin perjuicio de definir la calificación que corresponda* (art. 343 párrafo 1º). El juez sólo podría admitir el acuerdo, respetando la pena acordada, siempre y cuando la subsunción típica de los hechos, que entienda adecuada al caso, guarde correspondencia con la

---

<sup>118</sup> Un meduloso estudio del tema puede verse en la obra de DEL CORRAL, Diego, *Juicio Abreviado*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, pp. 272-283.

<sup>119</sup> T.O. 14, JA, 2001-III-765.

escala penal prevista para el delito de que se trate, para salvaguarda del principio de legalidad.

Vemos difícil que en el caso específico de las personas jurídicas el juez pueda desestimar el acuerdo por esta causal, debido a que las figuras típicas previstas en el art. 1 de la Ley 27.401 rara vez puedan dar lugar a discrepancias de encuadre.

c) *Divergencia con la pena pactada*: el Código Procesal Penal de Chaco, por ejemplo, establece que el tribunal podrá rechazar la vía del juicio abreviado “cuando entendiere que corresponde una pena mayor que la requerida”. La norma merece de nuestra parte el mismo reproche que el formulado a la primera causal de inadmisibilidad que hemos analizado. Algunas legislaciones procesales introducen mecanismos de control de la pena acordada. Así, el Código Procesal Penal Federal (art. 323), establece que si el fiscal solicita “menos de la mitad de la pena prevista para el caso” (entendemos que el cómputo deberá establecerse a partir del máximo de la escala penal), tendrá que requerir el acuerdo del fiscal superior.

La revisión de la instancia por parte de este funcionario podría plantearse, con el código federal, en un acuerdo de procedimiento abreviado donde se pacte para la persona jurídica una pena de multa inferior a la mitad del quíntuplo del beneficio indebido obtenido o que hubiera podido obtenerse (art. 7 inciso 1º). También podría suceder que se convenga con la persona humana coacusada una pena de prisión menor a la media de la escala penal, y ello exigiría la revisión por el fiscal superior del acuerdo que incluye a la persona colectiva.

4) *Ausencia de libre voluntad en el imputado*: la ratificación del acuerdo por parte del acusado es una exigencia unánime de los códigos procesales, y el ámbito propicio para su perfeccionamiento es una audiencia oral.

Cuando la acusada es una persona jurídica, el representante legal debe confirmar que el órgano directivo consintió el trámite. El Código Procesal Penal Federal establece expresamente esta exigencia (art. 343 párrafo 2º). Pese a que la norma no lo señala, compartimos con LA ROSA Y ROMERO VILLANUEVA,<sup>120</sup> que la ratificación

---

<sup>120</sup> LA ROSA, Mariano - ROMERO VILLANUEVA, Horacio, *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y anotado*, T2, 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2019, p. 498.

deberá acreditarse por medio del acta del órgano de dirección que acepta el acuerdo arribado con el fiscal.

Por lo demás, si el juez advierte que los hechos descriptos carecen de tipicidad penal, deberá admitir el acuerdo y dictar sentencia absolutoria.

## **Capítulo VII**

### **La “víctima” y el querellante en los delitos cometidos por personas jurídicas.**

#### 1. Consideraciones generales.

Tradicionalmente, las ideas vinculadas a la teoría del delito y de la pena, como también los estudios procedimentales, partían invariablemente desde el imputado, otorgándose al sujeto pasivo del ilícito penal un mero lugar de reparto.<sup>121</sup> Al definirse la lesión a la paz social causada por el delito a partir de la ofensa a bienes jurídicos, la víctima fue excluida totalmente del proceso<sup>122</sup> y sólo importaba en tanto prueba que permitía acceder al conocimiento de la verdad histórica.

Este cuadro de situación, que se originó a partir de la expropiación del conflicto penal por el Estado, subsistió, casi sin contradicciones, hasta mediados del Siglo XX, momento en el que, tanto desde el derecho penal como desde la criminología, comienza a recuperarse el lugar de la víctima y a reorientarse el sistema hacia la reparación como modo de solución del conflicto.<sup>123</sup> Esta plataforma ideológica, se traduce a nivel procesal en la concesión de un rol mucho más activo al sujeto pasivo del delito, lo cual se ve plasmado en los ordenamientos que adscriben al modelo acusatorio.

Este fenómeno de “reapropiación del conflicto” por parte de la víctima, se traduce en un conjunto de derechos fundamentales que la asisten durante el curso del proceso, entre los cuales se destacan el de recibir información de la marcha de la causa, el de aportar pruebas durante el curso de la investigación, el de ser escuchada antes de cada decisión que implique la suspensión o extinción de la acción penal para el

---

<sup>121</sup> ERBETTA - ORSO - FRANCESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p 197.

<sup>122</sup> CHIARA DÍAZ, Carlos A. - LA ROSA, Mariano R.; *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 314.

<sup>123</sup> ERBETTA - ORSO - FRANCESCHETTI - CHIARA DÍAZ, *op. cit.*, p. 198.

imputado, el de requerir la revisión de la desestimación, archivo, aplicación de un criterio de oportunidad o sobreseimiento, el de solicitar la aplicación de medidas cautelares y el de participar en el proceso en calidad de querellante.

En los párrafos que siguen, nos centraremos en la figura del querellante por delitos de acción pública, señalando las distintas modalidades de actuación y la posibilidad concreta de intervenir en un proceso seguido contra una persona jurídica, repasando la normativa vigente y la línea jurisprudencial seguida por los tribunales locales.

2. La “víctima” en los procesos seguidos contra las personas jurídicas y la intervención del querellante.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder,<sup>124</sup> expresa en su art. A 1, que “se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder.” El Código Procesal Penal Federal, por su parte, la define como la persona directamente ofendida por el delito y su cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores, en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con quien tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos (art. 79).

A partir de estas conceptualizaciones, entendemos que el mejor modo de elucidar el interrogante acerca de si los delitos cometidos por personas jurídicas ocasionan “víctimas”, es a partir del examen de los bienes jurídicos en juego.

Ya hemos dicho en otro apartado, que los tipos penales comprendidos en el art. 1 de la ley 27.401, han sido dispuestos por el legislador entre los delitos contra la administración pública (artículos 258, 258 *bis*, 265, 268, 268.1, 268.2 del Código Penal) y la fe pública (art. 300 *bis*). Ahora bien, la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, no está exenta de dificultades.

---

<sup>124</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

Algunos autores se inclinan por pensar en la inexistencia de un bien jurídico común, considerando necesario ponderar cuál es la tutela específica en cada delito contenido en el Título.<sup>125</sup> La doctrina mayoritaria, en cambio, reconoce la existencia de un bien jurídico común a estas infracciones. En esta línea, OLAIZOLA NOGALES, sostiene que el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa. En sentido similar, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, expresan que el interés común a todos estos tipos delictivos reside en el correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad administrativa, judicial y legislativa. Para estos autores debe negarse la idea de protección de la Administración Pública *per se*, reconociéndose, en cambio, como único interés merecedor de tutela, la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de derecho.<sup>126</sup>

Como puede observarse, se trata de delitos que asperjan a un número indeterminado de personas y la figura de la víctima u ofendido penalmente se disuelve en la comunidad como un todo. Los conceptos vertidos al inicio no parecen compatibilizar con estas consideraciones, aun cuando la declaración de la ONU comprenda a las personas, individual o *colectivamente*, pues no se advierte que como consecuencia de un delito contra la administración pública, éstas sufran daños, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales. Algo muy similar ocurre con los delitos contra la fe pública, que tutelan la confianza que prestan los ciudadanos a determinadas formas u objetos que juegan un papel dentro de las relaciones sociales que se desenvuelven en el tráfico jurídico.<sup>127</sup>

Sentado ello, aclaramos que no sólo la víctima de un delito está legitimada por los códigos procesales para constituirse en parte querellante. El Código Procesal Penal Federal, que es amplio e innovador en la materia, faculta a querellar a los socios, respecto de los delitos que afecten a la sociedad cometidos por quienes la dirijan, administren, gerencien o controlen; a las asociaciones o fundaciones en casos de

---

<sup>125</sup> BUOMPADRE, Jorge; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. 3; 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009. P. 36.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>127</sup> BUOMPADRE, Jorge E.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. 3, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 549.

crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos y a los pueblos originarios en delitos que de algún modo afecten sus derechos.

Bajo esta óptica, entendemos que el Estado, o sus entes descentralizados, no deberían estar legitimados para querellar por delitos de la naturaleza de los previstos en el art. 1 de la Ley 27.401, pues la pluralidad indeterminada de personas que conforma la “comunidad”, ya cuenta con representación en el proceso penal a través del Ministerio Público Fiscal.

Somos conscientes, sin embargo, de que numerosas leyes facultan al Estado y a otros órganos de la administración pública, a querellar por delitos de acción pública y, de que, la jurisprudencia mayoritaria, se pronuncia a favor de esa legitimación.

En efecto, la Ley 17.516, de Representación Judicial del Estado, establece, en su art. 4, que “el Estado podrá asumir el carácter de parte o de querellante en todos los casos en que esté comprometido el orden público o el interés público y particularmente cuando se cometan delitos contra la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional, la administración pública y el patrimonio o rentas fiscales, y también en los casos de delitos contra la seguridad común, la tranquilidad pública y la fe pública. El ministro de Justicia, por sí o por intermedio del procurador del Tesoro de la Nación, podrá otorgar al funcionario del ministerio público que intervenga en el juicio el mandato que lo habilite para actuar exclusivamente en representación del Estado y dar las instrucciones pertinentes. En tales supuestos el ejercicio de la acción pública correspondiente al ministerio fiscal se limitará a su actividad en aquel carácter.” Con fundamento en este dispositivo, se ha aceptado que el Procurador del Tesoro de la Nación, ejerza el rol de querellante en nombre del Estado.<sup>128</sup> Por su parte, la Ley 25.233 (Ley de Ministerios), asignó competencia al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para intervenir en esa calidad, en procesos donde se encuentre afectado el patrimonio del Estado.

En sentido similar, pero con fundamento en el viejo art. 23 inc. “s”, que facultaba a la Administración Nacional de Aduanas a representar a la Nación ante los tribunales judiciales en todos los asuntos que de cualquier modo afectaren sus intereses, funciones y facultades, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala

---

<sup>128</sup> NAVARRO - DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis jurisprudencial y doctrinal*, T. 1, 5ª ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, 2018, p. 418.

B,<sup>129</sup>reconoció la aptitud del ente para querellar, sin alusión a la derogación de la norma citada por el decreto 618/97.

El decreto 102/99 (art. 2 inciso “e”), faculta a la Oficina Anticorrupción para querellar en delitos de acción pública, tema que ha generado controversias por el carácter reglamentario de la atribución concedida. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse sobre el asunto<sup>130</sup>en la causa “Gostanián, Armando s/ recurso extraordinario” (30-05-2006), no haciendo lugar al planteo extraordinario dirigido a cuestionar la legitimación del organismo, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi, quien sostuvo que, “siendo el bien jurídico la administración pública, es legítimo que el Estado incoe contra el supuesto autor, acciones penales y civiles y, por tanto, lejos de actuar como órgano jurisdiccional se constituya en parte en el proceso”, manifestando a continuación que “separar en estas causas al ente oficial que actúa como querellante, sería poner en mejor condición al funcionario que, abusando de su autoridad, cometió supuestos delitos contra la administración pública, que a los particulares que soportan la intervención conjunta de dos acusadores”, sin pronunciarse sobre el origen reglamentario de la atribución.

Por su parte, el decreto 2226/08 (art. 1), autoriza a la Unidad de Información Financiera a querellar en procesos en los que se investiguen delitos previstos en la Ley 25.246 (que modificó las disposiciones del Código Penal relativas a los delitos de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo). En este sentido, destaca la resolución de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal (Unidad de Información Financiera s/ ser tenido como parte querellante, del 20-02-2019)<sup>131</sup>, que acordó esa atribución al ente, no sólo en las causas en las que se esté analizando la posible comisión del delito de lavado de activos, sino también en las que se investiguen sus ilícitos precedentes y/o maniobras que pudieren encontrarse vinculadas a aquél.

---

<sup>129</sup> CNPE, Sala B, JA, 2001-2-49.

<sup>130</sup> LL, 2006-F.239.

<sup>131</sup> Fuente recuperada el 30-01-2020 de <https://www.cij.gov.ar/nota-33214-La-C-mara-Criminal-y-Correccional-Federal-resolvi-tener-por-querellante-a-la-UIF-en-una-causa-por-enriquecimiento-il-cito.html>.

Entendemos que, a través de tales concesiones, el instituto del querellante, que nació de la necesidad de dar un lugar activo a la víctima dentro del proceso, abandona su razón de ser y se proyecta como instrumento empleado para reafirmar la posición de privilegio del Estado en el proceso penal. No compartimos los fundamentos sostenidos por el Dr. Righi, por cuanto la desigualdad de armas entre las partes se vuelve mucho más patente cuando un órgano del Estado acompaña al fiscal en la actividad persecutoria, pues aquél dispone de un sinnúmero de recursos (materiales, técnicos y humanos), que lo posicionan en un plano muy superior al que ostenta un acusador particular para lograr el reconocimiento de su pretensión punitiva. De todos modos, conforme el ordenamiento jurídico vigente y los lineamientos jurisprudenciales actuales, el Estado podrá asumir el carácter de parte querellante en procesos seguidos contra las personas jurídicas.

### **Conclusiones finales.**

La era de la globalización, consecuencia del extraordinario desarrollo de la tecnología de la información y la comunicación, nos sitúa frente a nuevos fenómenos en materia criminal, desencadenados en entornos organizacionales de estructura compleja, que facilitan la impunidad de los verdaderos autores materiales de los delitos perpetrados en su seno. Frente a ello, los Estados han ensayado nuevas formas de respuesta punitiva, reñidas con la concepción tradicional de la teoría del delito, edificada sobre la base de conductas humanas.

La posición del legislador nacional, que adscribe a la corriente imperante en derecho comparado, se cristalizó en el ordenamiento jurídico argentino a través de la Ley 27.401, que consagró definitivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas (si bien circunscripta a un puñado de delitos taxativamente enumerados). Esta circunstancia, nos obliga a atender al modo en el que debe procederse a su imputación y posterior enjuiciamiento penal, asegurando su concreta intervención y la plena vigencia de los derechos y garantías de los individuos sometidos a un proceso penal.

La Ley 27.401, ha querido definir aspectos procesales esenciales, estableciendo un régimen jurídico que contempla disposiciones que definen el estatuto procesal de las personas colectivas, el modo en el que se materializará su representación en el proceso, el posible conflicto de intereses entre el representante de la misma y la



entidad, la manera de cursar las notificaciones y la declaración de rebeldía, entre otros.

Paralelamente, las provincias argentinas, la Ciudad de Buenos Aires y, finalmente, la Nación, han ajustado sus sistemas de justicia a los estándares convencionales y constitucionales, consagrando definitivamente el sistema acusatorio adversarial en nuestro país.

Tal circunstancia, nos ha impulsado a escudriñar el fenómeno de la responsabilidad penal empresaria con las instituciones características del modelo de enjuiciamiento instituido, indagando, caso por caso, su compatibilidad con aquél, teniendo especialmente en cuenta la cualidad inmaterial de las entidades y los bienes jurídicos en juego.

Es de esperar que los códigos de procedimiento locales introduzcan reformas que contemplen la sujeción de las personas jurídicas al proceso, siguiendo los lineamientos trazados por el legislador nacional. Por lo pronto, ante el silencio de la ley, la jurisprudencia deberá redoblar sus esfuerzos para resolver los casos sometidos a examen, otorgando máxima operatividad a los principios que rigen el debido proceso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública*, 1ª ed., Bdef, Buenos Aires – Montevideo, 2018.

ABRALDES, Sandro, *Capítulo I, La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, dirigido por Daniel Roque Vítulo, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

- *Capítulo IX Acuerdos de colaboración eficaz, Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, dirigido por Daniel Roque Vítulo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018

ARMENTA-DEU, Teresa, *Principio de oportunidad y mediación en el proceso penal*, 2016, recuperado el 11/01/2020 de [https://www.researchgate.net/publication/308404989\\_Principio\\_de\\_oportunidad\\_y\\_mediacion\\_en\\_el\\_proceso\\_penal](https://www.researchgate.net/publication/308404989_Principio_de_oportunidad_y_mediacion_en_el_proceso_penal).

ASENCIO MELLADO, José María, *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Lineamientos Fundamentales de Dogmática Procesal Penal*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 1ª ed., Junio 2008.

BARROETAVERÍA, Diego G., *Exclusión legal de la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba a los delitos tipificados en la ley penal tributaria*, Derecho Penal Tributario. Análisis integral y sistemático. Derechos y garantías fundamentales, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe y José María Sferco, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2019.

BEALE, Sara Sun, *A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability*, Duke Law School, 2009; recuperado el 28/12/2019 de [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2735&context=faculty_scholarship).

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., *El Colaborador con la Justicia en el Ordenamiento Jurídico español*, artículo publicado en la obra “*El Derecho Penal en tiempos de cambio. Libro homenaje al profesor Fernando Niño*”, 1ª ed., Unijuris, La Habana, 2016.

BIOLATO, Beatriz Ana, *Ley 27.401. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Aspectos procesales relevantes. Observaciones y soluciones para la práctica judicial*, en Reformas al Código Procesal Penal de la Nación: Teoría y práctica, 1ª ed., Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII, 2013, p. 231. Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1395/1667>.

BOVINO, Alberto – HURTADO, Christian, *Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal*, Artículo de Doctrina, Astrea, 2013.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Reglas de Disponibilidad*, Código Procesal Penal de la Nación Comentado, dirigido por José Luis Villada, Advocatus, Córdoba, 2016.

- *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. 3, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009.

CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3º ed. actualizada, Editores del Puerto S.R.L., 2005

CARRARA, Agustín - FRAIRE, Alejandra, *Responsabilidad penal empresaria y sistema procesal acusatorio*, en Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria, Suplemento Especial, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 177.

CHIARA DÍAZ, Carlos A. – LA ROSA, Mariano R., *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal: parte especial*, T. 2. 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 227.

CROCIONI, Francisco J., *Aproximación teórica al acuerdo de colaboración eficaz*, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal de la empresa, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Sacconi, Thomson Reuters La Ley, Suplemento Especial, Mayo 2018.

DE LA FUENTE, Javier Esteban, *Capítulo VIII - Aspectos Procesales, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, dirigido por Daniel Roque Vítolo, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018.

DEL CORRAL, Diego, *Juicio Abreviado*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010.

ERBETTA, Daniel - ORSO, Tomás - FRANCESCHETTI, Gustavo - CHIARA DÍAZ, Carlos, *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Comentado Ley 12.734*, 1ª ed., Zeus, Rosario, 2008.

FIRST, Harry, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, NYU Center for Law, Economics and Organization; Law & Economics Research Paper Series Working Paper Nro. 11-03, año 2011.

GIMENO BEVIÁ, Jordi; *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla, La Mancha, p. 203. Disponible en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A1.1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

GOLDMAN, Diego Hernán, *Naturaleza jurídica y sentido económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Reflexiones en relación a la Ley 27.401*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 272, Septiembre - Diciembre 2018.

LA ROSA, Mariano - ROMERO VILLANUEVA, Horacio, *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y anotado*, T2, 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2019.

LAURÍA MASARO, Mauro - MONTENEGRO, Lucía, *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional*, Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2016.

LEDESMA, Ángela Ester, *Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal*, p. 36, recuperado el 15/01/2020 de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf>.

LÓPEZ, Yeison Manco; El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal, artículo publicado en la Revista Electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, N° 3; Año 1, enero-abril de 2010. Disponible en <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/5125>.

MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal, T. 1 Fundamentos*; 2ª ed., Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2004.

MARCATO, Andrés, *Suspensión del Juicio a Prueba en Delitos Tributarios y Política Criminal, ¿Coexistencia o Incompatibilidad? Análisis de los Fallos “Nanut” y “Cangiaso”*, recuperado el 15/12/2019 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43402.pdf>

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2016.

MONTIEL, Juan Pablo, *Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino*, En letra: Derecho Penal, Año IV, número 6.

NAVARRO –DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis jurisprudencial y doctrinal*, T. 1, 5ª ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, 2018.

NEIRA PENA, Ana María, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis doctoral, Universidad da Coruña, 2015, disponible en [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16496/NeiraPena\\_AnaMaria\\_Tese\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16496/NeiraPena_AnaMaria_Tese_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

PAPA, Rodolfo G., *La nueva ley de responsabilidad penal empresaria*, L.L., Año LXXXII n° 26, 2018.

PFISTER, María Silvina - PAPA, Rodolfo G.; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas por Actos de Corrupción. Su tratamiento en el derecho argentino y comparado*, 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2019.

PRADO, Carolina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401*, recuperado el 31-01-2020 de <http://www.bolsacba.com.ar/img0/ijje/040420180005034d584618.pdf>.

RESTON, María Inés - DE LLANO, Hernán, *La aplicación de la probation a los delitos tributarios. Algunas reflexiones a ocho años de la reforma de la ley 26.735*, Derecho Penal Tributario. Análisis integral y sistemático. Derechos y garantías fundamentales, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe y José María Sferco, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2019.

RIQUERT, Marcelo A., *Los Acuerdos de Colaboración Eficaz en la Ley 27.401*, publicado el 29 de Junio de 2018 en <http://riquert-procesopenal.blogspot.com/>, recuperado el 24/11/2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos*, InDret, n° 2/2006.

VÍTOLO, Roque Daniel, *Responsabilidad Penal Empresaria Ley 27401 Comentada*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.