



Universidad de San Andrés

Departamento de Ciencias Sociales

Maestría en Política y Economía Internacional

***Los tratados internacionales y su influencia en la adopción de
medidas anticorrupción.***

***El impacto en la Argentina de la Convención para combatir el
cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones
comerciales internacionales (OCDE)***

Autor: María Victoria Stuart

DNI/Pas: 34875108

Director de Tesis: Dr. Facundo Pérez Aznar

Buenos Aires, Diciembre de 2019

Índice

Introducción	1
CAPITULO I	3
1. Antecedentes.....	3
1.1. Gestación de la Convención.....	6
1.2. Evolución y paradigma en los años '90 y '00	7
1.3. Desarrollo a nivel regional.....	8
1.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Instrumento específico con alcance global.....	10
2. La Convención de la OCDE y su recepción a nivel mundial.	11
2.1. Argentina y su relación con la Convención.....	13
2.1.a. La Argentina y su posición dentro del Convenio. Objetivos.....	13
3. Análisis comparativo de disposiciones fundamentales respecto de instrumentos normativos contra la corrupción.....	14
4. Aspectos novedosos de la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional en las Transacciones Comerciales Internacionales	16
4.1. Cambio de paradigma	16
4.2. Tipificación del delito de soborno transnacional.....	18
4.3. Responsabilidad de las personas jurídicas	19
4.4. Sanciones	21
4.5. Decomiso	22
4.6. Jurisdicción	23
4.7. Cooperación jurídica Internacional	24
4.7.a. Extradición.....	26
5. Grupo de Trabajo de la OCDE. Rol argentino.....	28
6. Mecanismo de seguimiento de aplicación de la Convención	29
6.1 Funcionamiento del mecanismo de evaluación	31
CAPITULO II	33
7. Adecuación de normativa Argentina conforme exigencias establecidas en la Convención.....	33

7.1. Fase 1 - Recomendaciones	35
7.2. Fase 2 – Recomendaciones	36
7.3. Adecuación normativa conforme Recomendaciones efectuadas en Fase 1 y Fase 2.	38
8. Fase 3 – Recomendaciones.....	47
8.1. Fase 3 bis – Recomendaciones	48
CAPITULO III	49
9. Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley N° 27.401). Introducción	50
9.1. Antecedentes normativos.....	52
9.2. El debate parlamentario hacia la sanción de la Ley N° 27.401	55
10. Aspectos fundamentales de la ley 27.401 de conformidad con los requisitos establecidos en la Convención de la OCDE	61
10.1. Régimen de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.....	62
10.1.a. ¿Es posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica? Argumentos contrarios.....	62
10.1.b. Derecho comparado	66
10.1.c. Modelo de atribución de responsabilidad	67
10.2. Delitos alcanzados. Personas jurídicas sujetas.....	69
10.3. Definición autónoma de funcionario público extranjero.....	71
10.4. Sanciones aplicables.....	73
10.4.a. Eximición de la pena	75
10.5. Criterio de Jurisdicción por nacionalidad	76
10.6. Prescripción.....	78
10.7. Lavado de Dinero y Contabilidad	78
10.8. Programa de Integridad.....	79
10.8.a. Lineamientos de Integridad.....	81
10.8.b. Medidas sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas	82
11. Relación de la Ley N° 27.401 con los estándares establecidos en la Convención de la OCDE.....	83
12. Fase 1 bis - Recomendaciones	85
13. Informe de seguimiento Fase 3 bis – “Follow Up Report”	86

14. Intereses domésticos vs. Principios legales. ¿De qué manera influye la normativa internacional?	88
15. Conclusiones	93
16. Bibliografía citada	98



Universidad de
SanAndrés

Introducción

El presente trabajo de investigación se centra en un fenómeno actual cuya incidencia ha generado un impacto creciente tanto en el ámbito político, económico como social: la corrupción (a los fines de este trabajo se entenderá por “corrupción”, en las organizaciones, especialmente en las públicas, a la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores)¹

A través del tiempo y debido a los efectos negativos que ésta acarrea, los Estados han procurado adoptar instrumentos en pos de combatirla. Cabe destacarse que a partir de la década de los '90 la lucha contra la corrupción comenzó a ocupar un lugar principal en la agenda gubernamental, teniendo preponderancia en el ámbito de la cooperación internacional y en las relaciones entre el sector público y privado.

En ese contexto, surgió la necesidad de contar con acuerdos internacionales que sirvieran de base normativa en materia anticorrupción. Es así entonces, que se han negociado diversos convenios tanto a nivel regional como global cuyo objeto principal es la corrupción. Entre ellos podemos mencionar los de mayor relevancia para la Argentina, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción² (en adelante, CICC), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³ (en adelante, CNUCC) y la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales⁴ (en adelante, Convención de la OCDE)

La existencia de estos instrumentos resulta esencial, ya que este tema trasciende fronteras, entendiendo la comunidad global que impide el desarrollo de sociedades justas si a causa de sus efectos las instituciones se ven alteradas y las decisiones públicas están condicionadas

¹ Conforme definición aportada por la Real Academia Española. Disponible en:

<https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

² Convención Interamericana contra la Corrupción (Firma por Arg: 29/3/1996. Entrada en vigor: 07/11/1997, Ley aprobatoria N° 24.759, Estados Parte: 34)

Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B58_contra_Corrupcion.asp

³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (Firma por Arg: 10/12/2003. Entrada en vigor :27/9/2006. Ley aprobatoria N° 26.097, Estados Parte: 187)

Naciones Unidas, Treaty Series, vol . 2349, num. 42146

Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

⁴ Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Firma por Arg: 17/12/1997. Entrada en vigor: 08/04/2001. Ley aprobatoria N° 25.319, Estados Parte: 44)

Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

a intereses privados, de personas o grupos. Esto deriva en una afectación directa a los derechos de las personas incidiendo de manera negativa en las relaciones económicas, provocando injusticia y desigualdad al proporcionar beneficios ilegales a un grupo reducido a costas de la sociedad y perjudicando especialmente a las personas de menores recursos (Raigordosky, 2004).

Teniendo en consideración la importancia que este tema representa tanto a nivel nacional como internacional, los efectos que acarrea, y con el objeto de proporcionar un panorama de cuáles son las principales herramientas convencionales con las que cuenta la Argentina en materia de corrupción, sus características y elementos distintivos que las diferencian (y que hacen del Convenio de la OCDE un instrumento novedoso), es que en este trabajo se hará una breve reseña de dos de las convenciones más significativas que ha suscripto el país, las cuales fueron mencionadas anteriormente: CICC y CNUCC. Ello, para luego ahondar en aquella que resulta ser el eje central de este trabajo: la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la cual surgió a partir de la necesidad de establecer condiciones claras para las inversiones de las empresas de los países más desarrollados. En ese sentido, se analizará dicha Convención en primer lugar, partiendo desde sus orígenes hasta el momento en que fue ratificada por nuestro país, sus aspectos más novedosos, haciendo una exposición del mecanismo de evaluación que prevé este instrumento, cómo se ha desarrollado éste en la Argentina, sus efectos y las medidas legislativas que se han adoptado en consecuencia, para luego continuar profundizando en la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas, la cual constituye uno de los hitos de mayor relevancia que tuvieron lugar como consecuencia de dicho Convenio. Cabe destacarse, finalmente que estas Convenciones generan en los Estados el compromiso de establecer medidas punitivas y de prevención a fin de luchar contra la corrupción, reflejando así el interés de la comunidad internacional en combatir este fenómeno que afecta la gobernabilidad y el desarrollo de los países.

En base a esos compromisos asumidos por los Estados Parte y en especial por nuestro país, es que el objetivo principal de este trabajo de investigación estará centrado en vislumbrar si la República Argentina, a partir de las recomendaciones que se efectuaron en base al mecanismo de evaluación estipulado en la Convención de la OCDE, ha tomado medidas concretas que permitan verificar el cumplimiento de dichas disposiciones y asimismo, obtener un panorama del modo de incidencia de este tipo de Convenios en la toma de

decisiones a nivel nacional. Es decir, de qué manera la Argentina adecuó su sistema interno a efectos de llevar a cabo la reforma legislativa requerida como consecuencia de haber ratificado el instrumento.

A tales fines, el presente trabajo de investigación será esquematizado en tres etapas individualizadas. En la primera de ellas, se hará hincapié en los antecedentes que dieron lugar a la concreción de la Convención de la OCDE, cómo fue ésta evolucionando durante los años '90 y su impacto tanto a nivel regional como global. Asimismo, se analizará el vínculo entre dicho instrumento y nuestro país, teniendo en consideración la etapa previa que tuvo lugar en la Argentina antes de su ratificación y cómo quedó posicionado nuestro país una vez ratificado ese Convenio.

En segundo lugar, se desarrollarán los efectos que tuvo la ratificación de la Convención de la OCDE en la Argentina, cómo es el Grupo de Trabajo que se incorpora allí, los mecanismos de evaluación previstos y de qué manera se fueron desarrollando éstos en nuestro país durante las distintas etapas, haciendo alusión también, a las respectivas recomendaciones efectuadas en este ámbito y los efectos que tuvieron para con nuestro país.

Finalmente, la tercera parte se abordará una de las incorporaciones legislativas más significativas que tuvo lugar recientemente como consecuencia de la adopción del mencionado instrumento, la cual resulta ser la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas (Ley N° 27.401). En ese sentido, se desarrollarán sus aspectos fundamentales, incluyendo los delitos alcanzados, las sanciones previstas, el régimen de responsabilidad que fija y sus elementos de conformidad a lo establecido en la Convención de la OCDE.

Este análisis posibilitará verificar el nivel de implementación que ha logrado el país, la forma en que se ha llevado a cabo y, asimismo, permitirá arribar a la conclusión que en definitiva son los intereses domésticos aquellos que hacen que los principios jurídicos se vean afectados. Ello, si se tiene en consideración, conforme se procurará evidenciar en este trabajo, que las principales reformas legislativas que se implementaron a efectos de dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención de la OCDE, fueron impulsadas desde el ámbito político, de conformidad con los objetivos de cada uno de los gobiernos actuantes.

CAPITULO I

1. Antecedentes

A lo largo de los años, la corrupción ha ido ganando protagonismo tanto a nivel nacional como internacional, repercutiendo en los ámbitos privado y público. Es así que este fenómeno complejo ha ido ganando terreno en dichos escenarios, impactando de manera negativa en las instituciones y en el desarrollo tanto social como económico.

Todo ello derivó en la pérdida de credibilidad de tales organismos, generando que la ciudadanía deje de confiar en sus gobiernos, sus representantes parlamentarios, el sistema judicial y democrático en su generalidad, panorama que se evidenció especialmente en países como los de nuestra región. Su incidencia ha sido mayor a fines de los años 80, época en la cual los países comenzaron a alertarse y dar mayor relevancia en sus agendas a este problema, en tanto el surgimiento de la globalización, el comercio internacional, las transferencias de divisas por medios electrónicos (Baragli, 2004) y el flujo de intercambios crecientes entre los países fomentaron no sólo el estímulo de los negocios de manera favorable sino también de manera contraria, a que las prácticas corruptas ya no se vean delimitadas únicamente al ámbito interno de cada estado. Todo ello incentivó a que su presencia vaya más allá de las fronteras involucrando a empresas y funcionarios públicos extranjeros.

Teniendo en consideración ese panorama que se tornaba desfavorable para la comunidad internacional, generando una asignación injusta de recursos y por ende, propiciando la pobreza, fue que se empezaron a tomar recaudos en pos de combatir su propagación. Ello, sumado a la necesidad que exigía la población en cuanto a que la administración pública estuviese regida por valores fundamentales tales como la honestidad, la transparencia y la justicia.

Es así entonces, que varios países y organizaciones internacionales han decidido adoptar en los últimos años diversas normativas a fin de establecer estándares de transparencia y reglas de asistencia mutua entre los actores estatales.

Ya desde la década del '70 se comenzaron a vislumbrar las primeras iniciativas en ese sentido, en este caso, desde el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas en donde se adoptó uno de los primeros instrumentos contra el soborno transnacional: la Resolución 3514 denominada "Medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y de otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas", a partir de la cual se buscó instar a los Estados, tanto aquellos en los cuales las empresas tenían su sede original como en los cuales éstas se instalaban, a que tomen

decisiones e incluso incorporen en sus legislaciones medidas capaces de combatir las prácticas corruptas, específicamente en las transacciones comerciales internacionales.

Si bien este primer intento no llegó a ejecutarse de manera definitiva dada la falta de consenso entre los distintos países, en cuanto, por ejemplo, a la inclusión del concepto de “responsabilidad penal de las personas jurídicas” en una posible futura convención⁵, (la cual fuera planteada por el Consejo Económico y Social a través del Grupo de Trabajo sobre Pagos Ilícitos, desarrollado a fin de dar cumplimiento a la mencionada Resolución) este no dejó de ser un destacado antecedente de las futuras iniciativas que tendrían lugar más adelante.

En ese sentido, fue que en el año 1976 la OCDE desarrolló las “Directrices sobre empresas multinacionales”, las cuales básicamente son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en los países adherentes o que tienen su sede en ellos. Se trata de normas y principios no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, de conformidad con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Estas Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover.⁶

Otro antecedente de gran relevancia que será desarrollado con mayor posterioridad, resulta ser la ley que fuera adoptada en 1977 por los Estados Unidos, denominada “Foreign Corrupt Practices Act” (FCPA). Esta normativa se originó como consecuencia de la investigación del fiscal especial en el denominado caso “Watergate”, el cual dejó al descubierto la corrupción empresarial estadounidense en el marco de la campaña de reelección de Richard Nixon, develando la comisión de delitos tales como soborno, lavado de dinero en países extranjeros y financiación ilegal de campañas electorales domésticas. Estos acontecimientos generaron que la U.S. Security and Exchange Commission (SEC), estableciera un programa de divulgación voluntaria, mediante el cual se pudo tomar conocimiento que al menos cuatrocientas compañías en conjunto habían efectuado pagos que podrían ser cuestionables al exterior por más de trescientos millones de dólares (Núñez, 2015). Cabe destacarse que antes de esta ley, dicho país experimentó una acelerada expansión económica, participó de guerras en el extranjero, de escándalos corporativos y su

⁵ Un resumen de la evolución del tema se encuentra en el Doc. E/1991/31/Add.1 “Efforts by the United Nations to Address the Issue of Corrupt Practices. Report of the Secretary-General”, 4/7/1991.

⁶ OCDE. 2013. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

economía estaba en declive. En virtud de ello, en los años '70, la opinión pública estaba pendiente de la dirección corporativa defectuosa, el cálculo inadecuado de riesgos y la débil comunicación empresarial interna. A tal situación se sumó la caída de grandes corporaciones tales como AIG, WorldCom o Lehman Brothers y la “burbuja” inmobiliaria que empeoraba el panorama. La FCPA se generó en un contexto en el que surgían escándalos corporativos, como por ejemplo aquel conocido como el “Bananagate”, por el cual se descubrieron pagos impropios efectuados por la multinacional United Brands Company al entonces presidente de Honduras a fin que se redujeran los impuestos al banano. Esto puso de manifiesto no sólo el modus operandi de las corporaciones estadounidenses, las cuales efectuaban sobornos a funcionarios extranjeros de manera generalizada a fin de reducir sus impuestos o cargas regulatorias sino también la falta de normativa que impida o castiga este accionar (Núñez, 2015, pág. 4)

El contexto que se evidenciaba impulsó la necesidad de re-moralizar la vida política y económica estadounidense, restaurar la confianza pública en el mercado, mantener la competitividad de las empresas, y evitar interferencias por parte del sector privado en la política exterior y en asuntos de seguridad nacional de ese país haciendo necesario que Estados Unidos regulase a estos entes, a fin de brindar transparencia a las transacciones comerciales internacionales (Fernández Valoni, 2012, pág.9). En virtud de ello, se logró sancionar la FCPA, convirtiéndose así en uno de los países pioneros en la materia, siendo por más de veinte años el único en legislar el soborno de funcionarios públicos extranjeros por parte de sus empresas, a pesar de los esfuerzos de ese país por “exportar” el modelo legislativo de la FCPA.

1.1. Gestación de la Convención

Resulta conveniente destacar que esta Convención fue el resultado de varios acontecimientos que tuvieron lugar previamente a su gestación dentro del seno de la OCDE. A fines de la década de los '80 dicha organización comenzó a tratar el tema del soborno transnacional a través de la creación de un Grupo formado específicamente para ello, el cual trabajó exitosamente al lograr que en el año 1994 tenga lugar la primer Recomendación de la OCDE sobre Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales. Cabe destacarse, como se estableció anteriormente, que el hecho que los Estados Unidos sancionara en 1988 la FCPA, constituyó un antecedente significativo para impulsar tal iniciativa.

Esta Recomendación cobró relevancia ya que a partir de ella se crea en la OCDE el Grupo de Trabajo contra el Soborno, en el marco del cual se negoció la Convención que se gestaría en el año 1997 y el subsiguiente mecanismo de evaluación que impulsaría dicho Convenio de manera distintiva.

En el marco de dicha Organización es que se gesta la denominada “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE”

Lo novedoso de este instrumento es que resulta ser el primero y único que se da en el ámbito internacional que se centra en el lado “oferente” del soborno, enfocándose en la entidad o persona que ofrece, promete u otorga una dádiva. Se trata de una Convención cuyas disposiciones son de carácter vinculante para aquellos países que la suscriben, los cuales se obligan a tipificar en sus legislaciones internas el delito de cohecho de un servidor público extranjero.

1.2. Evolución y paradigma en los años '90 y '00

La década de 1990 configuró una etapa de gran relevancia y desarrollo para la lucha contra la corrupción.

Esto, dado que la comunidad internacional comenzó a tomar mayor conciencia de dicha problemática en atención no sólo a las facilidades que se presentaban para la interacción entre países en base a los efectos de la globalización, sino también porque tal estimulación si bien resultaba positiva en varios aspectos, resultaba perjudicial para el fenómeno que se buscaba erradicar.

La corrupción genera un impacto tal, tanto en el ámbito social, económico como político que resulta indiscutible. Es así que los derechos de los individuos se ven afectados al igual que las relaciones económicas, sobre las cuales impacta de manera negativa. Esto genera situaciones de injusticia y desigualdad social mediante la asignación de beneficios de forma ilegítima hacia un grupo reducido a costa de la sociedad en general. Son los países menos desarrollados aquellos que se ven afectados en mayor grado, recayendo sobre las personas con menos recursos los mayores perjuicios.

En virtud de ello, los estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil lograron consenso en cuanto a la necesidad de gestar instrumentos que posibiliten y hagan efectiva la

cooperación internacional ya que se estaba frente a un fenómeno que trascendía las fronteras.

Uno de esos recaudos fueron las Convenciones Internacionales, herramientas que debatidas y ratificadas por los Estados, facilitaban su utilización como base normativa a fin de promover la cooperación logrando medidas efectivas.

En virtud de ello, en esta sección se efectuará una breve reseña de dos de los instrumentos en materia de corrupción que resultan significativos para la Argentina: la CICC y la CNUCC. Esta selección se realiza con el objeto de identificar cuáles son aquellas Convenciones que pueden ser aplicadas como base normativa, por ejemplo, al momento de requerir cooperación internacional y asimismo, con la intención de obtener un panorama de cuáles son sus elementos distintivos y que los diferencian entre sí, aquellos aspectos que los hacen innovadores y de qué manera se componen sus sistemas de evaluación a los cuales el país ha tenido que someterse.

1.3. Desarrollo a nivel regional

La lucha contra la corrupción es un fenómeno que encontró uno de sus primeros antecedentes normativos en el ámbito interamericano. Esto fue así ya que en el seno de la Organización de Estados Americanos comenzó a gestarse en el año 1992, la idea de empezar a tratar cuestiones legales vinculadas a este tema y asimismo, incluirlo en su agenda. Sin embargo, no fue allí únicamente donde esta iniciativa tuvo lugar, ya que dos años más tarde este tema sería debatido en dos foros externos a dicho organismo. En ese sentido, se llevó a cabo el seminario internacional denominado “Modernización del Estado y Probidad Administrativa” impulsado por el Ecuador, el cual abarcó la reunión anual del denominado Grupo de Río. Asimismo, desde los Estados Unidos se organizó la “Primera Conferencia Internacional de Ética en el Gobierno”, a la cual concurren representantes de más de cincuenta países de todo el mundo. Esta reunión “sería la antesala de la Cumbre de Presidentes de las Américas, constituyendo el encuentro de mayor alto nivel que tratara la cuestión, destacando incluso en sus declaraciones el propósito de combatir la corrupción” (Manfroni, 1998, pág. 76). Este evento, el cual tuvo su origen en 1994, ha representado una gran contribución en ese aspecto, en tanto los gobernantes suscriben declaraciones y plantean cursos de acción que incluyen este tópico en su agenda.

En ese contexto, en el año 1995, mediante la aprobación de la Resolución AG/RES. 1346 (XXV-O/95), se encomendó al Presidente del Grupo de Trabajo sobre Probidad y Ética

Cívica, que prepare un proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción. Resulta apropiado destacar que en dicha Resolución⁷ se recordó el vínculo propiciado en la Cumbre de las Américas en tanto invitó a la Organización a que se relacione con el Grupo de Trabajo de la OCDE, lo cual se vio evidenciado en tanto ésta participó del Simposio llevado a cabo en la ciudad de París, Francia.

Es así entonces que un año más tarde, el 29 de marzo de 1996, en la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana Contra la Corrupción celebrada en Caracas, Venezuela, la OEA adoptó la CICC, en su tercera sesión plenaria y con la firma de veintidós Estados. La Argentina aprueba la misma por medio de la Ley N° 24.759, sancionada el 4 de diciembre de 1996 (Baragli, 2004).

Este sería el primer instrumento jurídicamente vinculante anticorrupción que contenía pautas y compromisos específicos que asumieron los Estados americanos en pos de combatir dicho fenómeno, dando cuenta así de la necesidad y urgencia de contar con un Convenio de tales características.

Esta herramienta prevé el denominado Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC, el cual constituye un pilar esencial a fin de hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones allí establecidas, a través de un procedimiento de evaluación entre pares el cual permite conocer de qué manera los Estados parte han implementado y llevado a cabo las disposiciones a las cuales se han obligado al momento de suscribir la Convención. Cabe destacar que este mecanismo, representa un gran avance no solo por lo innovador sino porque previo a su incorporación, los Estados eran evaluados únicamente mediante un cuestionario de autoevaluación, el cual no lograba reflejar los verdaderos resultados sino más bien una mirada parcializada del propio país evaluado.

Más allá de la innovación que representó este Convenio para la época, en la actualidad pueden resaltarse algunos puntos débiles que el instrumento no logró materializar en sus disposiciones, los cuales fueron superados por la normativa que devino posteriormente en la materia. Entre esos aspectos, se puede destacar que, por ejemplo, no hace hincapié en lo que respecta a medidas preventivas, destinando un solo artículo en todo su texto para tales fines. Lo mismo sucede en lo relativo a la cooperación internacional, en tanto si bien hace mención a esta herramienta, no se efectúa de manera tan detallada ni relacionada de manera específica al recupero de activos, como sí se vería reflejada posteriormente en la CNUCC.

⁷ Considerandos de la AG/RES. 1346 (XXV-O/95)

Asimismo, se pone de manifiesto que esta Convención no receptó entre sus disposiciones normativa relativa a la protección de testigos, peritos o víctimas, como así tampoco previó establecer medidas respecto de aquellos casos en que quienes fueron partícipes de un delito de corrupción colaboren con las autoridades para investigar esos casos y cooperen en la recuperación de los productos del delito.

1.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Instrumento específico con alcance global

Las Naciones Unidas no eran ajenas al fenómeno que se estaba gestando, es por ello que en el año 2000, se logró acordar, luego de las pertinentes negociaciones en el seno de la Secretaría de Prevención del Delito y Legislación Penal de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DOT) la negociación de un instrumento de carácter jurídico y autónomo sobre corrupción.

Si bien esta Organización ya contaba con la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual contiene disposiciones relativas a la lucha contra la corrupción (artículos 8 y 9), lo cierto es que la Asamblea General consideró necesario desarrollar una herramienta específica que fuera capaz de entender cabalmente el tema y a la vez proporcionara soluciones puntuales para los problemas que acarrea.

Es así entonces, que mediante su Resolución 55/61⁸ se consideró oportuno y necesario desarrollar un instrumento de carácter jurídico capaz de hacer frente a la corrupción de manera eficaz. De esa manera, se requirió a la Secretaría General la constitución de un grupo intergubernamental de expertos, de composición abierta, que revisara un proyecto de mandato para la negociación del Convenio

Ahora bien, si ya se habían acordado instrumentos en el seno de la OEA Y OCDE, cabe preguntarse si realmente era importante contar con una herramienta de este tipo en el ámbito de las Naciones Unidas. Justamente por esto, es que varios países le daban relativa importancia al surgimiento de una Convención de este tipo, entendiendo que al haber otros instrumentos regionales sobre el tema, los aspectos principales ya estaban atendidos. Otro punto negativo al que hacían alusión estas delegaciones era que las Naciones Unidas, por sus propias características, pueda provocar que el alcance de los compromisos asumidos se vea limitados (Baragli, 2004)

⁸ Disponible en www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5561s.pdf

Sin perjuicio de ello, se presentaron dos argumentos que hicieron posible llevar a cabo este proceso: uno de ellos, relativo al hecho de que un número significativo de países no era parte del resto de los Convenios vigentes, por lo que elaborar un instrumento en el ámbito de Naciones Unidas proporcionaría la posibilidad de contar con una herramienta de carácter universal en la materia. Más aún si se tiene en consideración que países con gran poder como Rusia, China e India no eran parte de aquellos Tratados aplicables en ese momento. Otro aspecto positivo, fue la posibilidad de abarcar temas no previstos anteriormente, como por ejemplo, la inclusión de medidas preventivas y de nuevas conductas entendidas como delitos de corrupción, el mecanismo de seguimiento que fue previsto en el propio texto, recupero de activos, corrupción en el sector privado, entre otros aspectos novedosos. En concordancia con esta postura, Baragli (2004) considera que esta Convención es imprescindible. Esto es así, ya que de acuerdo a encuestas⁹ y estudios estadísticos¹⁰ queda claro que la corrupción es un tema que genera mayor preocupación en las sociedades a nivel global. Las comunidades son conscientes que si la corrupción es la regla y no la excepción, instalándose en las instituciones e influyendo en la toma de decisiones públicas en pos de los intereses privados, tanto de personas o grupos, las posibilidades que una sociedad pueda desarrollarse de manera justa y democrática son muy bajas.

2. La Convención de la OCDE y su recepción a nivel mundial.

La Convención de la OCDE, se gestó dentro de un contexto mundial en el que la lucha contra el soborno transnacional se había convertido en un tópico principal de la agenda internacional.

Es así, entonces, que resulta necesario destacar que este Convenio fue impulsado por países tales como Francia, Alemania, Italia, Estados Unidos, quienes contribuyeron junto con la Secretaría de la OCDE, a la elaboración de un primer borrador de lo que sería la Convención, lo cual tuvo lugar entre los meses de junio y agosto de 1997. Durante dos conferencias siguientes de negociación celebradas en los meses de octubre y noviembre, el texto fue concluido, siendo adoptado finalmente en el mes de diciembre de ese mismo año por los países miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile y Eslovaquia. La extraordinaria rapidez con que este proceso se llevó a cabo, se debió en gran parte, al

⁹ Transparencia Internacional en www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi

¹⁰ Estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en www.oecd.org/dataoecd/21/27/37528611.pdf

compromiso que habían asumido previamente los estados parte, de incorporar en sus legislaciones el delito de soborno transnacional de funcionarios públicos (Pieth, 2007)

Cabe destacarse que este instrumento surgió desde sus comienzos como fruto de la necesidad de crear un acuerdo entre los principales exportadores con el fin de evitar desventajas en el ámbito del comercio internacional, lo cual se ve reflejado en el artículo 15, inciso 1 del mismo, en donde se observa claramente esto al establecer un riguroso mecanismo de entrada en vigor (Manfroni, 1998)

Sin perjuicio de ello, el art. 13 contiene un mecanismo para permitir la adhesión de Estados que no hayan participado en su negociación. A tal fin, el Estado debe ser miembro de la OCDE o ser participante pleno en el Grupo de Trabajo contra el Soborno. Esto resulta interesante, en tanto puede interpretarse como un “incentivo” para aquellos países que pretenden ingresar a la Organización. En ese sentido, la adhesión a la Convención puede constituir un requisito a los ojos del Consejo de la Organización como parte de su “acervo” para aquellos países candidatos a ser miembros de la OCDE; así, se adhirió a la Convención Eslovenia e Israel, países que luego fueron incorporados como miembros plenos de la Organización (Fernández Valoni, 2012, pág.71). Para aquellos países que no son miembros de la OCDE, se exige que sean “miembros plenos” del Grupo de Trabajo, con todos los requisitos que dicha condición trae aparejada.

Esto pone en evidencia de alguna manera cómo es la distribución de intereses entre países desarrollados y aquellos en desarrollo. Los primeros buscan “reglas de juego comunes” en el comercio internacional, no pudiendo descansar únicamente en el principio de personalidad activa establecido en la Convención, sino que es necesario además que los países en desarrollo logren adecuar su normativa interna acorde a los estándares establecidos y logrado eso, que dicha adecuación pueda ser efectiva en la práctica, ya que de otra forma el objetivo de la Convención quedaría obsoleto.

Sin perjuicio de ello, hoy ya son 44 los países que han adherido a este Convenio desde su firma el 17 de diciembre de 1997, dadas estas suscripciones mayoritariamente a fines de la década de 1990 y comienzos del año 2000.

El hecho que esta cantidad de países sean parte de la Convención resulta relevante en tanto no sólo significa que sus disposiciones les serán aplicables, sino que también deberán efectuar esfuerzos en el ámbito interno de cada uno a fin de actualizar sus legislaciones en pos de dar cumplimiento a los preceptos que establece y asimismo a efectos de obtener

buenos resultados en las evaluaciones previstas dentro del mecanismo de seguimiento que prevé este instrumento.

2.1. Argentina y su relación con la Convención

La República Argentina fue uno de los primeros países en suscribir la Convención de la OCDE al momento de su firma, el 17 de diciembre de 1997, junto con los países miembros de dicha Organización más Brasil, Bulgaria, Chile y Eslovaquia (Mahiques, 2015)

En virtud de ello, se sancionó la respectiva ley aprobatoria N° 25.319 para posteriormente depositar el instrumento de ratificación el día 8 de febrero de 2001, entrando en vigor para nuestro país el 9 de abril de ese mismo año.

Esto se dio en un contexto en el cual el hecho de contar con normativa anticorrupción no era una necesidad de índole nacional sino que abarcaba los intereses de la comunidad a nivel internacional. En el ámbito interno, nuestro país ya era parte de la CICC.

Cabe destacar que la Argentina ha tenido una relevante participación tanto durante la negociación de este instrumento como en las reuniones de su Grupo de Trabajo. Asimismo, se ha involucrado activamente en lo que respecta a su rol evaluador de otros países miembros como así también en los procesos evaluadores de los que ha sido parte (Lavia Haidempergher y de Artaza, 2018), los cuales serán analizados posteriormente, junto con las reformas legislativas y normativas que llevó adelante como consecuencia de dichas instancias.

La adhesión a este Convenio significó para nuestro país la posibilidad de poder contar con un instrumento que atacara la corrupción de una forma novedosa y más amplia. Ello así, en tanto se decide sancionar este fenómeno desde el lado del “oferente” del soborno, haciendo hincapié asimismo en lo que respecta al sector privado. Asimismo, a diferencia de la Convención Interamericana, cuyas disposiciones relativas a las personas naturales se dirigen a los nacionales y residentes, en este nuevo instrumento se fija el compromiso de establecer el delito de soborno transnacional para cualquier persona (Manfroni, 1998)

2.1.a. La Argentina y su posición dentro del Convenio. Objetivos.

Actualmente, la República Argentina tiene el status de país observador en el ámbito general de la OCDE. Sin embargo, al haber ratificado la mencionada Convención es miembro pleno del Grupo de Trabajo sobre Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales. El

Consejo de la OCDE realizó en su momento un llamado a no miembros a fin que se adhieran a la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997 y participen en cualquier mecanismo institucional de seguimiento o de aplicación; es decir, en el Grupo de Trabajo.¹¹

Al ser parte de dicho Grupo, establecido en la Convención como órgano que llevará a cabo el programa de seguimiento para el cumplimiento de las disposiciones allí establecidas, nuestro país se ve obligado a formar parte de dicho mecanismo de evaluación, sistema que ha sido desarrollado hasta el día de hoy.

La OCDE representa para la Argentina la posibilidad de mejorar sus políticas públicas y de lograr una mayor inserción en el escenario global. Es por ello que se encuentra cumpliendo los requisitos necesarios a fin de profundizar su participación en la Organización. El objetivo principal, más allá de dar cumplimiento a las recomendaciones que realiza el Organismo en cada evaluación, consiste en que el país se convierta en miembro pleno del mismo.

3. Análisis comparativo de disposiciones fundamentales respecto de instrumentos normativos contra la corrupción.

Resulta adecuado incluir en esta instancia una comparación constructiva de las disposiciones fundamentales de los principales instrumentos que la Argentina ha adoptado en materia anti corrupción.

En ese sentido, el poder observar desde una perspectiva objetiva los aspectos positivos de cada uno y aquellos que no han sido incluidos deviene esencial a fin de tener conocimiento respecto de cuáles son las herramientas que nos proporcionan estos Convenios.

En primer lugar, en cuanto a los artículos relacionados con la “finalidad”, la CNUCC incorpora en su articulado una mención especial al tema de la cooperación internacional, relacionándola específicamente a la recuperación de activos producto de la corrupción, para lo cual destina dos capítulos aparte referidos a estas cuestiones. Por su parte, la CICC y la Convención de la OCDE, si bien incluyen en sus disposiciones apartados relativos a la cooperación internacional incorporando incluso normativa referida a extradición, lo cierto es que no lo hacen de manera tan detallada ni extensa como sí se da en el ámbito de Naciones Unidas.

Otro de los aspectos relevantes resulta ser la incorporación de medidas preventivas. La CICC exhorta a los Estados Parte, mediante sólo un artículo, el 3, a que establezcan

¹¹ Ver https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

medidas preventivas contra la corrupción, con carácter general y de manera facultativa. Posteriormente, la CNUCC destina un capítulo completo a este tipo de medidas, en el cual conviven algunas de tipo obligatorio con otras discrecionales. Ciertamente es que en su texto se incorporaron varios aspectos que resultaron novedosos, entre los cuales se pueden mencionar la necesidad de establecer órganos especialmente encargados de prevenir la corrupción, la generación de sistemas de contratación de funcionarios públicos con procedimientos que prevengan se susciten conflictos de intereses, la necesidad de prever medidas disciplinarias contra los funcionarios públicos que transgredan los códigos de conducta y la de establecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios del Estado, entre otros. La Convención de la OCDE, si bien no hace mención específica en su articulado a este tema, fija medidas preventivas destinadas a combatir el cohecho de funcionarios públicos, estableciendo incluso sanciones e incorporando la responsabilidad de las personas jurídicas, lo cual constituye un elemento esencial que la distingue del resto de los Tratados. Finalmente, uno de los aspectos en que todos estos instrumentos coinciden es que cada uno ha previsto un mecanismo de seguimiento para la implementación de las disposiciones allí establecidas, a través de los cuales se generan instancias de evaluación (con distintas características conforme lo establece cada instrumento) que devienen en recomendaciones que se formulan a los Estados a fin que adopten las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento a la normativa suscripta.

Cabe poner de manifiesto que lograr mecanismos de este tipo no ha sido tarea sencilla, en tanto por ejemplo en el caso de la negociación en el ámbito de la CNUCC, hubo posiciones encontradas en tanto se hallaba por un lado la delegación de Noruega, la cual presentó una propuesta detallada en base a los mecanismos de revisión entre pares vigentes para OCDE y OEA, mientras que en contraposición se encontraban otras delegaciones que se oponían a la inclusión de previsiones de este tipo esgrimiendo argumentos tales como la posibilidad de injerencia en la soberanía de los Estados o el hecho de que un tema tan sensible como ese debería ser debatido en el seno de la Conferencia de los Estados Parte (Raigordsky, 2004)

La República Argentina, junto con otros países, sostuvo que era conveniente establecer desde el texto de la Convención las estipulaciones respecto al seguimiento, pero en vistas de las posiciones encontradas, se acordó trabajar a fin de incorporar dentro del artículo referido

a la Conferencia de los Estados Parte, referencias que hagan alusión al mecanismo de aplicación. Dicha postura fue incluso reconocida por Transparencia Internacional.¹²

4. Aspectos novedosos de la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional en las Transacciones Comerciales Internacionales

La Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional, además de constituir un elemento fundamental contra la corrupción, complementando aquellos vigentes en la materia, viene a instaurar una serie de normas que además de innovadoras, establecen un cambio de paradigma en la forma de concebir, regular y eventualmente sancionar este fenómeno.

En virtud de ello, es que en este apartado se hará alusión a aquellos aspectos que hacen de este instrumento una herramienta distintiva.

4.1. Cambio de paradigma

La Convención de la OCDE posee en su redacción elementos que se encuentran previstos en la mayoría de los convenios de derecho penal internacional, tales como la definición y tipificación de las conductas, cooperación internacional (asistencia judicial y extradición), definición de los delitos, en combinación con otros más innovadores, tales como la incorporación del concepto de responsabilidad de las personas jurídicas, la posibilidad de decomisar el producto del delito y la previsión de la figura de lavado de dinero.

Más allá de estas inclusiones, que hacen a la esencia de este instrumento, debe destacarse un aspecto, quizá el más novedoso y que la distingue de otros Tratados anticorrupción, relativo al hecho que la Convención resulta ser el primer convenio internacional con alcance global en esta materia que se centra en la faz “activa” del cohecho transnacional, es decir en “la oferta, promesa o concesión” de cualquier beneficio indebido, en vez de hacer hincapié en su faz “pasiva” configurada por la solicitud, aceptación o recepción de ese beneficio indebido.¹³ Este enfoque, orientado a prevenir la oferta del soborno transnacional, se da de manera independiente a que el hecho pueda ser punible conforme las leyes del lugar de comisión del soborno y aún si el Estado de nacionalidad del funcionario sobornado sea parte del Tratado. Esta posición fue adoptada en base a los posibles conflictos de jurisdicción que

¹² Consultar dicho reconocimiento a la Argentina en la página web de la OA www.anticorrupcion.gov.ar ingresando en “actuación internacional”/ONU”

¹³ Disponible en: http://www.inversionycomercio.org.ar/docs/OCDE_folleto_Soborno.doc

pudieran surgir con otros Estados (Cuesta Arzamendi, 2003), al hecho que el lado oferente del soborno no estaba legislado y a que el soborno en su faceta pasiva ya se encontraba ampliamente regulado.

Otro punto distintivo de la Convención, es que establece un “programa sistemático de evaluación” que constituye uno de los mecanismos de seguimiento más eficaces existentes en la comunidad internacional, basado en el principio de la “evaluación entre pares”¹⁴. Si bien, los instrumentos de este tipo celebrados en el seno de la OEA y Naciones Unidas prevén mecanismos de este tipo, lo cierto es que el aquí establecido resulta ser de los más eficientes.

En ese sentido, es que este instrumento busca evitar el denominado “dilema del prisionero” (Radi, 2010), por el cual se considera que es el mismo proceso o las reglas allí impuestas las que llevan a que se incurra en prácticas corruptas.

Asimismo, su objeto está basado en penalizar a aquellas personas jurídicas y personas que en el marco de sus transacciones comerciales, ofrezcan, prometan o den gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros a fin de sacar provecho en sus propias actividades económicas. Conforme se desprende de su texto, el hecho que el funcionario público que haya sido acusado de haber recibido el soborno en cuestión es independiente a la detección y sanción de aquellos pagos ilegales.

En virtud de ello, es que fija normas de cumplimiento por la cual se tipifica como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales internacionales, estableciendo medidas que hagan posible su aplicación de manera efectiva. Entre aquellas de mayor relevancia se pueden mencionar la posibilidad de que los tribunales nacionales ejerzan su jurisdicción a fin de juzgar los hechos cometidos en el extranjero, la imposición de responsabilidad a las personas jurídicas, el establecimiento de una plazo razonable para desarrollar la investigación y eventualmente otorgar una sanción, prever medidas de cooperación internacional, entre otros compromisos asumidos por los Estados a tales fines.

Cabe destacarse que si bien en el seno de la OCDE no se han celebrado una gran cantidad de tratados como sí ha ocurrido en otras organizaciones tales como OEA, ONU, UE, entre otras, el hecho de contar en su conformación con los mayores países exportadores de capital y teniendo en consideración las competencias que se le asignan, resultaba ser el ámbito adecuado a fin de establecer disposiciones como las mencionadas.

¹⁴ Sobre este concepto ver: *“Peer Review: An OECD Tool for Co-Operation and Change”*.2003. Paris: OECD Publishing

A fin de obtener un panorama más detallado de dichas previsiones, a continuación se hará mención de manera individual respecto de aquellas más relevantes.

4.2. Tipificación del delito de soborno transnacional

Del propio Preámbulo de la Convención, surge que su objetivo principal es fijar un régimen legal contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en relación a transacciones comerciales internacionales. En base a que se pretende tutelar ese bien jurídico, es que se requiere a los Estados Parte que tipifiquen el delito de soborno transnacional, por el cual se sanciona a quien ofreciere o consintiere en dar dinero o cualquier beneficio a un funcionario público extranjero o de un organismo público internacional, con el ánimo de obtener, de este, la ejecución u omisión de un acto propio de su cargo, que le proporcione ventajas en sus negociaciones internacionales.

Este propósito se encuentra plasmado en su artículo 1, conformando la premisa de esta Convención, estableciendo la obligación de tipificar internamente este delito. Expresamente, reza: *“Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su legislación el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales.”*

En primer lugar, cabe manifestar que la obligación aquí estipulada no opera directamente, sino que obliga a los Estados a que incorporen esta previsión en su legislación interna, conforme los parámetros allí establecidos. Aquí lo que se requiere es que la ley nacional no exija más elementos que aquellos incluidos en el Convenio para definir la conducta (Durrieu, 2018)

En relación al texto antes citado pueden desprenderse varios elementos relevantes:

Como sujeto activo del delito de soborno transnacional, si bien lo establece en su artículo 2, el delito de soborno puede ser cometido tanto por una persona física como jurídica, sin que se limite a una determinada categoría de individuos. En ese sentido y dentro del ámbito de la persona jurídica, no se hace distinción entre los empleados que conforman la entidad, por lo que queda claro que de efectuarse una restricción en el ámbito interno de cada país, la misma sería violatoria de las disposiciones de la Convención.

Por otro lado, la figura central que se emplea para la faz pasiva es la del funcionario público extranjero que recibe el soborno (conforme lo mencionado anteriormente, el cohecho pasivo no es regulado en esta Convención). Sin perjuicio de ello, la normativa hace alusión expresa a que a los fines que el delito se configure, no es necesario que el beneficio tenga como destinatario final al funcionario involucrado, sino que también alcanza a aquellos terceros (sean personas, familiares, conocidos u organismos como ONG's o partidos políticos) que hayan recibido tal dádiva, hayan tenido conocimiento o no de la operación.

Cabe destacarse que el concepto de funcionario público extranjero ha sido definido en el propio texto convencional a través del inciso 4.a del artículo 1, estableciendo que se lo considera como *“cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o electo; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.”* A partir de esta previsión, es que su calificación no va a variar ni depender de las disposiciones que se efectúen a nivel interno de cada país, de manera que la prohibición logre ser operativa y equitativa en todos los sistemas jurídicos.

En ese sentido, es que el Convenio deja atrás el criterio europeo -por el cual se permite a los Estados considerar que sólo es funcionario aquel que reúna esa condiciones de acuerdo al derecho extranjero y al propio derecho interno del Estado afectado-, a los fines de adoptar un concepto propio, sin que este dependa de la legislación del estado extranjero que se encuentra afectado. Sin perjuicio de ello, la Convención ha respetado la soberanía nacional de los países adherentes, ya que si bien permite que sancionen hechos no punibles en el país del funcionario, no contiene ninguna disposición relativa a la corrupción de los funcionarios nacionales, lo cual ha sido criticado ya que no se ha utilizado el instrumento a los fines de lograr un equilibrio entre las disposiciones existentes (Cuesta Arzamendi, 2003)

4.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

Actualmente, las personas jurídicas son los sujetos centrales en el escenario internacional, en el cual la economía se encuentra globalizada. Asimismo, su estructura compleja y el hecho que las compañías multinacionales tengan carácter transnacional, genera complicaciones en el derecho al momento de intentar regular a estas entidades.

En ese sentido, es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha conformado como un instrumento del derecho penal cuya entidad ha ido ganando protagonismo en la

lucha contra la criminalidad económica. Es así entonces, que surgió la necesidad de incorporarlo a los Convenios Internacionales que rigen la materia.

De los Tratados de los cuales la Argentina ha suscripto, pueden destacarse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en tanto marcó un hecho trascendental al incluir este instituto en sus previsiones (específicamente, en su art. 10), en base a la incapacidad del derecho en ir a la par de los avances económicos, tecnológicos y financieros que eran empleados por las personas físicas a cargo de las personas jurídicas a fin de cometer ilícitos bajo la fachada de esas entidades, ocultando así sus conductas.

Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción siguió esta iniciativa adoptando en su artículo 26 una disposición en la que se establece que *“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*, esa responsabilidad, aclara, podrá ser de índole civil, penal o administrativa.

Sin perjuicio de ello y en base al objeto de estudio de este trabajo, debe destacarse aquel instrumento que ha sido pionero en este sentido: La Convención para Combatir el cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. Los artículos 2 y 3 especifican que: *“Cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero”* y que *“En caso de que según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas a sanciones eficaces, coherentes, y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros”*

Lo distintivo de este Convenio, a diferencia de los ya mencionados, radica en que fija estándares de muy estricto cumplimiento, en tanto se exige a Estados miembros, en el ámbito del Grupo de Trabajo contra el Soborno de la OCDE, que garanticen la posibilidad que todas las personas jurídicas puedan ser responsables de manera directa por la comisión de los delitos allí previstos, sin que dicha responsabilidad esté supeditada a la responsabilidad individual de los integrantes de la persona de existencia ideal, ni que tampoco esas sanciones atribuidas a las personas jurídicas (como consecuencia de aquellos

actos u omisiones llevados a cabo por las personas físicas que la integran), se encuentren dirigidas a sus representantes. (Arocena y Elorrio, 2009)

4.4. Sanciones

La prevención del soborno a través de sanciones efectivas y lo suficientemente relevantes constituye uno de los pilares fundamentales de la Convención. A diferencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en donde no se pudo lograr un acuerdo, este instrumento logró incorporar en su artículo 3 una serie de disposiciones que dan cuenta de ello. A tales fines, establece parámetros que los Estados deben tener en consideración, más allá que respecto de las cuantías y naturaleza de las sanciones remite al derecho interno de cada uno.

En primer lugar, fija que las penas deben ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, debiendo ser comparables a aquellas establecidas internamente por cada país para el cohecho de servidores públicos y fijando una pena de prisión con un mínimo que habilite la solicitud de asistencia jurídica y extradición. Si bien no se exige una identidad absoluta entre los tipos penales, lo que se espera con esta disposición es que el soborno transnacional esté penado con igual o mayor severidad que fronteras adentro de cada país.

Por otra parte, en el inciso siguiente, dispone que las personas jurídicas (allí denominadas “personas morales”) deban ser sujetos a los cuales pueda imponérseles sanciones monetarias y de carácter penal (o administrativa en el caso de que haya países que no prevean), haciendo hincapié aquí también en que las mismas deban ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias” Finalmente, dispone establecer una sanción administrativa y penal adicional.

En síntesis, las condiciones que las sanciones deben contener, a criterio de este instrumento son: a) cumplimiento efectivo (sin posibilidad de excarcelación, por ejemplo); b) proporcionalidad con la gravedad del delito imputado; c) suficiente entidad disuasiva a fin de evitar el soborno; d) equiparación con la pena que el Estado aplique internamente al delito de soborno para sus propios funcionarios; e) mínimo de pena de privación de la libertad que habilite la asistencia judicial así como la extradición. Con este articulado, la Convención busca insertar disposiciones que, con carácter general, estén encaminadas a prevenir que mediante la implementación de una sanción que sea demasiado leve o de cumplimiento no efectivo, pueda dejarse sin efecto el propósito del acuerdo. (Manfroni, 1998)

En cuanto a este artículo, cabe poner de manifiesto que la Convención no define específicamente qué es lo que debe entenderse por prisión "efectiva, proporcional y disuasoria". Actualmente, los vocablos "efectiva y disuasoria" se han considerado como sinónimos, en tanto que respecto al tema de la proporcionalidad, el Grupo de Trabajo no se ha expedido aun. Eventualmente, este debería pronunciarse en aquellos casos en que dicho criterio no sea respetado. Sin embargo, puede notarse que hay cierta similitud, más allá de las diferencias que puedan surgir conforme las tradiciones jurídicas que tengan cada una de las partes, que remite a un mínimo de dos años y un máximo de por lo menos cuatro años de prisión, como una escala mínima que se presenta aceptable para el Grupo de Trabajo. En lo relativo a las multas, sin perjuicio de que la Convención no hace exigencia expresa a este tema, sería bueno que se encontrasen previstas como una sanción alternativa a la pena de prisión. En el caso que estas se aplicasen a la persona jurídica, lo importante es que las sanciones monetarias estén fijadas a un nivel equiparable al nivel de la empresa que se trate, el monto del soborno y asimismo que tenga relación al beneficio que se haya eventualmente obtenido, teniendo en consideración también la riqueza relativa del país. Si bien no es tarea sencilla determinar un término adecuado, se considera que un sistema como aquel denominado "días de multa" podría resultar efectivo y asimismo flexible (Mahiques, 2015)

4.5. Decomiso

Otro de los aspectos relevantes que se destacan en la Convención es la posibilidad que prevé en su artículo 3 (mismo apartado donde se establecen las sanciones) de decomisar aquellos bienes que sean producto del delito.

En ese sentido, se impone que los Estados tengan la posibilidad de decomisar e incautar el monto del soborno y aquel producto que provenga de este.

En los comentarios efectuados al texto de este Tratado¹⁵, puede observarse que en el N° 21 se define al producto del cohecho "como las ganancias u otros beneficios obtenidos de la transacción por el autor del cohecho, u otra ventaja indebida que se hubiera obtenido o conservado mediante el cohecho". Se considera que esta definición resulta difícil de aplicar en la práctica, ya que no se ha estipulado claramente cómo se debe efectuar el cálculo de esas ganancias, en virtud de lo cual esa medida no ha sido aplicada asiduamente.

¹⁵ Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

Asimismo, el comentario N° 22 hace alusión al hecho que el término decomiso “incluye la confiscación cuando proceda; y significa la privación permanente de bienes por orden de un tribunal o de otra autoridad competente. Este párrafo es sin perjuicio de los derechos de las víctimas.” Asimismo, propone que se respete el derecho de los adquirentes de buena fe y de las víctimas (aunque no define a éstas últimas).

La figura de la confiscación es actualmente valorada y considerada como un instrumento de utilidad para combatir el delito económico, si bien depende cómo cada país lo considere en cuanto a su justificación, ya sea como medida reparadora, punitiva o disuasiva. Cuando el artículo 3.3. se refiere a “secuestro y confiscación”, se refiere básicamente a medidas que resultan ser accesorias a la sanción madre, cuyo objeto principal es obtener aquellas ganancias de carácter ilícito provenientes del soborno (Mahiques, 2015)

4.6. Jurisdicción

La cuestión de cómo debe aplicarse la jurisdicción de cada Estado en relación a los delitos cometidos, está estipulada en el artículo 4 del Convenio.

En referencia a su texto, puede deducirse que la jurisdicción está basada en dos principios: territorialidad y nacionalidad activa. En relación al primero de ellos, la tendencia hoy en día se orienta a aplicar lo que se denomina teoría de la "ubicuidad", por la cual una conducta se entiende que puede ser comprendida por la jurisdicción de un país siempre que haya sido realizada en su territorio o iniciada allí, así como también el caso en que ese acto finalice o provoque efectos en dicho territorio.

Sobre este tema se generan debates en gran parte en relación al alcance de los efectos que este principio puede ocasionar, más que nada respecto de cuáles actos o situaciones son suficientes para que se active el ejercicio de la jurisdicción de un Estado (por ejemplo, si una llamada telefónica, un correo electrónico, una cuenta bancaria, entre otros actos, bastan para que se ejerza). Básicamente, corresponde aplicarse el criterio de la razonabilidad e intensidad del vínculo existente entre el acto y el Estado, así lo entiende Mahiques (2015), en tanto entiende que "un Estado podrá justificar la aplicación de la ley del territorio sólo en la medida en que un acto ocurrido fuera de su territorio tenga un efecto directo, sustancial y previsible dentro de su territorio, y que el ejercicio de la competencias sea razonable". En esta línea y en concordancia con el reconocido caso "Lotus"¹⁶ el derecho internacional

¹⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional, "Affaire du Lotus", Francia c. Turquía, 7 de septiembre de 1927, Série A, No 10, p. 18

permite el ejercicio de la jurisdicción de un Estado, por hechos que tuvieron lugar más allá de su territorio, siempre que pueda probarse la existencia de un vínculo razonable con la conducta.

En complementación a esto, se da el principio de nacionalidad activa. Este resulta tener mayor aplicación en aquellos países que poseen el sistema continental, más no en aquellos de origen americano o del common law. En virtud de ello y como una forma de dar solución, el artículo 4 inciso 2 prevé la obligación de extender la jurisdicción con fundamento en la nacionalidad activa únicamente en aquellos casos en que el Estado la tenga establecida para otros delitos (En la actualidad, esta problemática ha ido disminuyendo ya que esta previsión se encuentra prevista en varios tratados de derecho penal, por lo que casi todos los países de la Convención pueden aplicar el artículo 4.2, a excepción de Canadá y nuestro país hasta antes de la entrada en vigor de la ley 27.401) (Mahiques, 2015)

4.7. Cooperación jurídica Internacional

La asistencia internacional y específicamente aquella de índole jurídica resulta esencial en la lucha contra la corrupción, ya que representa un mecanismo de gran importancia por el cual la comunidad internacional hace frente al delito en general y de manera especial, a la delincuencia organizada transnacional. Más aún, teniendo en consideración que la capacidad de movilización tanto de bienes como de personas ha aumentado considerablemente en el último tiempo, por lo que las organizaciones criminales ya no actúan únicamente en un país, sino que poseen al menos un vínculo interestatal que las hace evolucionar de manera vertiginosa.

La cooperación en materia penal se efectúa generalmente con el objeto de clarificar las circunstancias de un hecho ilícito, lograr identificar al/los autores y eventualmente someterlo a su jurisdicción. En virtud de ello, contar en los tratados internacionales con disposiciones relativas a la asistencia jurídica mutua es de suma importancia, más aún cuando se trata de delitos que por su propia naturaleza son cometidos en otra jurisdicción diferente a la del Estado que lo investiga o incluso, en más de una jurisdicción (Manfroni,1998) Sin esa entreatyuda internacional, los procedimientos se verían desprovistos de pruebas fundamentales o se encontrarían impedidos de materializar actos procesales imprescindibles a los efectos de continuar con la investigación.

Originariamente, la cooperación estaba regida bajo el “principio de reciprocidad”, el cual debía estar expresamente mencionado en la petición de asistencia que se efectuaba al otro

Estado. De esa manera, el país que está requiriendo la medida se compromete a otorgarle a aquel receptor de su pedido la misma medida en iguales circunstancias. Sin embargo, este principio se deja de lado si los sujetos se encuentran vinculados por la suscripción de un tratado, ya que con esa voluntad se obligan de por sí a prestarse colaboración.

Actualmente, esta tendencia va en alza, encontrando los Estados en los tratados la posibilidad de solicitar colaboración bajo los parámetros establecidos en dichos instrumentos. Estos pueden distinguirse en distintas “categorías” conforme sean bilaterales, regionales o multilaterales. Entre estos últimos, se encuentran aquellos cuya aplicación ha ido acrecentando, en tanto establecen disposiciones con el objeto de luchar contra un grupo determinado de delitos¹⁷. Además de los compromisos que adquieren los Estados ratificantes, se establece la obligación de cooperar en las investigaciones judiciales. Lo beneficioso de este tipo de Convenios, es que al involucrar a una gran cantidad de países, permite que su articulado pueda ser usado como base para una solicitud de cooperación en materia penal o incluso para requerir la extradición de una persona, ya que todos estos tipos de tratados tienen disposiciones específicas al respecto. (Soleró, 2012)

Dentro de esta categoría se encuentra la Convención de la OCDE contra el cohecho, la cual no ha sido ajena a esta tendencia, estableciendo en su artículo 9 un apartado específico relativo a la “ayuda jurídica recíproca” y en su artículo 10 uno destinado a regular el instituto de la “extradición”. En ese sentido, establece normas que son similares a otros tratados, pero con menos detalle que aquellas disponibles en otros acuerdos más recientes, tales como en la CNUCC o la Convención de Palermo, los cuales suele decirse que disponen de “mini tratados” tanto de asistencia como de extradición en su articulado. Si bien la Convención de la OCDE remite en su artículo 9.1 a los convenios que las Partes ya hayan suscripto o, en su defecto, a las leyes internas, siendo sus disposiciones en ese sentido, más sencillas, debe destacarse lo innovador que resultó la incorporación de la exclusión del secreto bancario como motivo de rechazo a una solicitud de cooperación.

Principalmente, la Convención exige que la asistencia sea “inmediata y eficaz” para la investigación de los delitos que se encuentran allí comprendidos (incluyendo asimismo la asistencia para actos no penales que se inicien contra una persona jurídica). Asimismo, el mencionado artículo incluye la obligación de que el Estado requerido informe sin demora

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de la OCDE sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

aquellos documentos adicionales o información que sean necesarios a fin de respaldar la solicitud de asistencia, así como también deberá comunicar el resultado de dicha petición. A tales efectos, resulta indispensable el contacto directo entre las autoridades de ambos Estados. Es por ello, que el artículo 11 prevé que las partes designen una o más “autoridades responsables” para la preparación y recepción de los pedidos de asistencia y extradición, así como también para efectuar consultas previstas en el artículo 4 (conurrencia de jurisdicción). Estas son las denominadas “Autoridades Centrales”, que en nuestro país está representada por la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto¹⁸, en virtud de la responsabilidad primaria asignada respecto de la cooperación jurídica internacional por la Ley de Ministerios¹⁹. Estas Autoridades (Solernó, 2012) permiten agilizar y emplear celeridad en los pedidos de asistencia, al habilitarse un canal directo de diálogo entre Organismos de diferentes países con competencia y conocimiento específico en la materia, permitiendo así resolver inconvenientes que se puedan llegar a plantear en la tramitación de los exhortos, los cuales guardan estrecha relación en la mayoría de los casos con la diversidad de sistemas jurídicos existentes.

4.7.a. Extradición

El instituto de la extradición puede decirse que es la “máxima expresión de la cooperación entre Estados”, en tanto constituye un mecanismo por el cual permite que un individuo que ha evadido o se encuentra fuera de la jurisdicción de un Estado sea puesta a disposición de éste a instancias de otro Estado que presta su cooperación a tales fines. (Solernó, 2013). En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado este proceso como “un acto de asistencia jurídica internacional, cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y eventualmente castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos”²⁰

Este procedimiento ha sufrido una gran evolución en los últimos años, dado el incremento de los grupos delictivos transnacionales y la facilidad con la que estos actúan y se movilizan a través de las distintas jurisdicciones. En virtud de ello, la necesidad de contar con una

¹⁸ Designada para todos los Tratados de Asistencia en Materia Penal con excepción del Tratado Bilateral de Asistencia Penal con Estados Unidos de América para el cual ha sido designado el Ministerio de Justicia

¹⁹ Artículo 18, punto 14: “Entender en la tramitación de rogatorias judiciales, pedidos de extradición y en los asuntos relativos a la asistencia judicial internacional”

²⁰ “Priebke, Erich”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de marzo de 1995

herramienta como esta a los fines de evitar la impunidad de los crímenes cometidos por éstos, se ha vuelto imperiosa.

Es así entonces, que la extradición ha sido regulada no solo de manera interna por los Estados, sino también a través de los instrumentos internacionales suscriptos en la materia, tal como se ha explicitado anteriormente.

En el marco de la Convención de la OCDE, se incorporó en su artículo 10 la posibilidad de requerir la extradición de individuos en base al delito de cohecho de un servidor público extranjero, conforme la tipificación allí establecida. De esa manera, la Convención faculta (y no obliga) a aquellos Estados que condicionen la extradición a la existencia de un tratado, a considerar la Convención como fundamento jurídico de la extradición (art. 10.2). También se admite la posibilidad, vigente en varios países²¹, de denegar la extradición de un nacional del Estado requerido, pero en ese caso, este último deberá someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de su enjuiciamiento.

Finalmente, la Convención remite en su inciso 4, a los tratados y acuerdos aplicables para cada parte (por ejemplo, si entre ellas hay tratados bilaterales en vigor en esa materia) y a las leyes nacionales. En la Argentina, rige de manera supletoria y subsidiaria en todo cuanto no esté establecido en los tratados, la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley N° 24.767), la cual contiene en su articulado normas sobre asistencia jurídica, extradición y traslado de condenados.

Asimismo, en dicho inciso se hace referencia al requisito de la doble incriminación, es decir, se requiere que el delito investigado esté tipificado tanto en el Estado requerido como en el requirente (conforme nuestra legislación debe estar configurado a fin de declarar procedente una solicitud de extradición)²², en tanto establece que *“cuando una Parte condicione la extradición a la existencia de la doble penalización del delito, esa condición deberá considerarse cumplida si el delito por el cual se pide la extradición está dentro del ámbito del Artículo 1 de esta Convención”*.

Vale aclarar que con respecto a la exigencia de la doble penalización, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en varios precedentes que *“La tarea de la subsunción en la legislación nacional presenta características específicas a la naturaleza del proceso de extradición toda vez que no se realiza en un mismo plano, pues mientras que el examen de*

²¹ Tal es el caso por ejemplo, de la República Federativa del Brasil que en el artículo 5° de su Constitución prohíbe la extradición de nacionales o en caso del Ecuador que establece en el artículo 25 de su Constitución la prohibición de extraditar ciudadanos ecuatorianos.

²² De acuerdo a las disposiciones de la ley 24.767 la doble incriminación se requiere para procedimientos de extradición y para solicitudes de asistencia jurídica que impliquen medidas coercitivas

*la adecuación a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que ese país pretende probar, el examen de la adecuación del mismo hecho a un tipo penal del país requerido se efectúa sobre la base de que ese hechos, hipotéticamente, cayese bajo su ley.*²³ Bajo esta consideración, lo que nuestra legislación exige es que no haya identidad normativa, sino más bien que la conducta que se imputa pueda subsumirse o adecuarse a la ley.

5. Grupo de Trabajo de la OCDE. Rol argentino

A partir de la primera recomendación de la OCDE sobre Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales en el año 1994, es que se crea el Grupo de Trabajo contra el Soborno en el marco de dicha Organización, en cuyo seno se negoció la Convención de 1997, estableciendo las bases del mecanismo de evaluación mutua que sería la marca distintiva de este tratado.

Dicho Grupo de Trabajo²⁴, se encuentra conformado por representantes de cada uno de los 44 Estados Partes de la Convención²⁵. Este grupo, supervisa la aplicación de la Convención y se reúne cuatro veces por año en reuniones plenarias en la sede de la OCDE en la ciudad París, con el objetivo de compartir ideas e información y mantenerse al día sobre la aplicación de políticas por cada uno de los Estados Partes y las investigaciones de soborno extranjero llevadas adelante en cada jurisdicción (Arocena – García Elorrio, 2009)

La República Argentina tiene en el ámbito general de la OCDE el status de país observador, pero es miembro pleno del Grupo de Trabajo sobre Soborno desde el año 2000 cuando adhirió a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (norma aprobatoria Ley N° 25.319²⁶)

A nivel interno, la Oficina Anticorrupción, conjuntamente con la Cancillería,²⁷ es el área del Estado responsable de representar a la República Argentina ante este organismo de manera activa, velando por el cumplimiento de los compromisos asumidos por el país en materia de prevención, detección e investigación del soborno extranjero y promoviendo las acciones llevadas a cabo en este sentido a través de las sucesivas instancias de evaluación.

²³ “Szedres, Szabolcs s/extradición”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de noviembre de 2016.

²⁴ Para mayor información: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Fighting-the-crime-of-foreign-bribery.pdf>

²⁵ De los cuales 36 Estados son miembros plenos de OCDE.

²⁶ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64615/norma.htm>

²⁷ Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion/ocde>

Para aquellos países que no son miembros de la OCDE, como el caso de nuestro país, se exige que sean “miembros plenos” del Grupo de Trabajo. Como consecuencia, la Organización desarrolló reglas para permitir la participación de Estados no miembros en sus numerosos grupos de trabajo; así, está abierta la participación como observador a aquellos países considerados como relevantes en el tema que se trate, si se considera que existe un “beneficio mutuo” en su participación. El Estado no miembro puede convertirse en miembro pleno del grupo en cuestión si se considera que tiene capacidad y la voluntad de cumplir con las reglas de la OCDE en el tema tratado por el grupo, que en el caso del Grupo de Trabajo contra el Soborno implica poder someterse al riguroso proceso de evaluación, así como tener una legislación que prima facie se adecue a las disposiciones establecidas en la Convención, garantizando de esta manera la existencia de un compromiso serio y la aptitud para cumplir con las obligaciones allí impuestas. Sobre la base de estos procedimientos, han sido pocos los países admitidos a integrar el Grupo de Trabajo contra el Soborno.

La prioridad está centrada actualmente en procurar atraer aquellos países (China, India, Indonesia, por ejemplo) cuyo peso en la economía mundial ha crecido considerablemente en comparación al momento en que se adoptó la Convención²⁸ y cuya ausencia resulta inconsistente con el objetivo de asegurar “reglas de juego comunes” en el comercio internacional (Low, 2007)

Finalmente, debe destacarse el papel trascendental que ocupa el Grupo como instancia determinante en materia de acceso a la OCDE, y la necesidad de contar con el visto bueno del Grupo de Trabajo sobre Soborno en cualquier “hoja de ruta”²⁹ de una eventual adhesión.

6. Mecanismo de seguimiento de aplicación de la Convención

El mecanismo de seguimiento de aplicación de las disposiciones de la Convención de la OCDE es uno de los más ambiciosos, exigentes y eficientes en el sistema internacional. La misma entidad, considera que “en los últimos 20 años, el monitoreo del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el soborno ha establecido la Convención como el instrumento anticorrupción internacional más rigurosamente aplicado”³⁰

²⁸ En relación a ello, la Recomendación revisada del año 2009 insta a los países no miembros que sean exportadores e inversores de gran peso a que se adhieran a la Convención

²⁹ Documento en el cual se especifican los términos y las condiciones y el proceso de adhesión a la OCDE.

³⁰ Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Fighting-the-crime-of-foreign-bribery.pdf>

Sin embargo, estas apreciaciones no resultan casuales, sino que son producto de un sistema estrictamente diseñado cuyo objeto es velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Parte. Esto se puede ver reflejado en el texto del artículo 12, en donde se establece un “programa de seguimiento sistemático para monitorear y promover la plena aplicación de la presente Convención” instando a las Partes a cooperar a fin de llevar a cabo el mismo, en el marco del Grupo de Trabajo contra el Soborno.

Si bien otras Convenciones que tratan la temática del soborno transnacional (como CICC o CNUCC) contienen este tipo de mecanismos, lo cierto es que la especificidad y rigurosidad de este sistema constituyen su principal marca distintiva y de valor agregado que la distingue del resto de los instrumentos.

Otro aspecto, quizás el más novedoso, de este mecanismo reside en el principio de “presión entre pares” (también denominado “peer pressure”). Este procedimiento, se realiza de manera directa e indirecta mediante la opinión pública y los medios de comunicación. Su naturaleza es tanto técnica como política, y su objeto es asegurar la implementación de las disposiciones de manera efectiva a fin de evitar las distorsiones propias de la competencia comercial de acuerdo al objetivo principal de la Convención.

De esta manera se ha buscado atenuar uno de los puntos débiles del derecho internacional que radica en la ausencia de mecanismos que aseguren su aplicación. Esto se da en base a que los métodos tradicionales en la práctica internacional se sustentan en la obligación de presentar informes, por un lado, y en el establecimiento de algún mecanismo que admita la posibilidad de recibir peticiones o reclamos de Estados afectados. Sin perjuicio de ello, el modelo aplicado por la Convención es otro, basado en el mecanismo conocido como de "evaluación entre pares" ("peer review"), el cual resulta de habitual aplicación dentro de la OCDE (así como en otras organizaciones como el CdE o el GAFI, siendo el modelo más similar), pero que por primera vez se utiliza para supervisar un instrumento convencional (Mahiques, 2015)

Otra cuestión a destacar del mecanismo es que no solo examina la forma en que se aplica la Convención, que se centra en los aspectos penales de la lucha contra el soborno transnacional, sino también analiza aquellas Recomendaciones emitidas en los años 1996, 1997 y sus sucesoras de 2009 en adelante, que tratan sobre aspectos no penales como la no deducibilidad fiscal de los sobornos, los créditos a la exportación, etc.

Cabe destacarse que en el marco de la Convención no se establece un mecanismo de solución de controversias, en tanto el Grupo de Trabajo no posee dentro de sus

competencias la capacidad de resolver disputas entre Estados ya sea sobre la aplicación o interpretación de alguna de sus disposiciones, así como tampoco posee la facultad de recibir comunicaciones de personas jurídicas o físicas que pudieren verse afectadas. Asimismo, debe aclararse que no tiene competencia de carácter sancionatorio o atribuciones para emitir decisiones vinculantes para los Estados, sin perjuicio de lo cual se verá más adelante el modo en que las recomendaciones que surgen de ese Grupo impactan en los países.

6.1 Funcionamiento del mecanismo de evaluación

Conforme lo establece la misma OCDE, el Grupo de Trabajo sobre Soborno es aquel que supervisa la implementación y el cumplimiento de las disposiciones de la Convención por parte de los países mediante un riguroso sistema de monitoreo de revisión por pares, el cual Transparencia Internacional ha llegado a definir como el “estándar de oro” del monitoreo.³¹

Según el mecanismo de evaluación previsto en la Convención, todos los países deben ser evaluados, estando obligados a participar en las evaluaciones de otros miembros. De esa manera, cada país es examinado por un equipo que se encuentra integrado por expertos designados a tales fines por dos países y por funcionarios de la Secretaría de la OCDE. En base a las respuestas que el Estado proporciona a un cuestionario acordado por el Grupo, el equipo designado anteriormente emitirá un informe que es discutido en el ámbito del Grupo de Trabajo en pleno. El país evaluado puede requerir aquellas aclaraciones y explicaciones que considere necesarias. Como consecuencia de ese proceso, el informe final, con las recomendaciones formuladas, son aprobadas por el Grupo de acuerdo a la regla del “consenso menos uno”: ello significa que al momento de su emisión, la opinión del país evaluado no puede representar un obstáculo a su aprobación, sin perjuicio de lo cual tiene la posibilidad de adjuntar una explicación sobre algún punto con el que no coincida. El informe en su totalidad es publicado y se encuentra disponible en el sitio de la OCDE (Bonucci, 2007)

El procedimiento ha ido evolucionando, derivando en lo que se denominan “Fases de evaluación”: En la “Fase 1” se verifica que los países tengan en vigor la legislación interna requerida a fin de implementar la Convención. Durante la “Fase 2”, el análisis se centra en la aplicación práctica del Convenio y la legislación anti soborno, para lo cual se incluye una visita in situ del grupo evaluador. Finalmente, en la “Fase 3”, la cual tuvo sus inicios en el año 2010, se evalúan los avances realizados respecto de la Fase anterior, especialmente en lo

³¹ Conforme surge del sitio web de la OCDE:
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countrymonitoringoftheoecdanti-briberyconvention.htm>

que referido al cumplimiento de las recomendaciones que se hayan efectuado anteriormente y la evolución respecto de aquellos puntos débiles que se hayan detectado en dicha instancia. En esta etapa también se incluye una visita al país que está siendo evaluado. Básicamente, se trata de un mecanismo de índole intergubernamental y de carácter descentralizado, en el cual los Estados tienen un rol preponderante ya que son ellos los que tienen a cargo la responsabilidad de brindar la información requerida y asimismo procesarla a fin de presentarla ante las autoridades evaluadoras. (Mahiques, 2015)

Los delegados del Grupo de Trabajo, en base a las experiencias recogidas de los monitoreos y teniendo en cuenta las problemáticas que estos pueden presentar, idearon una serie de principios generales sobre los cuales se deberían enmarcar estos procedimientos. En ese sentido, se estableció que el propósito debe estar orientado a asegurar el cumplimiento de la Convención y la implementación de las recomendaciones de 2009, el sistema debe ser eficaz, fijando igualdad de trato para todos los participantes. Se establece específicamente que el proceso de la Fase 3 debe ser “eficiente, realista, conciso y no excesivamente pesado”³². Asimismo, se fijan como principios la necesidad de coordinación dentro de la OCDE (en caso que se requiere experiencia específica) y asimismo con otras organizaciones (ONU, OEA, GAFI, Consejo de Europa). Finalmente, se insta al Grupo de Trabajo a que proporcione información periódica al público en relación a su trabajo y actividades.

Cabe destacarse que las visitas in situ que tienen lugar durante este proceso resultan de vital importancia. Esto se da en base a que los evaluadores tienen la posibilidad de reunirse con los representantes de aquellos organismos del Estado que está siendo examinado, los cuales en definitiva son quienes responderán aquellos interrogantes que las autoridades efectuarán. Asimismo, tienen reuniones con el sector privado y miembros de la sociedad civil, lo cual es también relevante a fin de verificar cómo las personas jurídicas emplean medidas necesarias a fin de prevenir las prácticas corruptas. Debe ponerse de manifiesto que este tipo de “recolección” de información puede llegar a ser percibido como una intromisión a la soberanía estatal, por lo que resulta esencial contar con la aprobación y colaboración de todas las áreas involucradas.

Ahora bien, en caso que las recomendaciones efectuadas por el Grupo hayan sido incumplidas, éste puede decidir reiterar la evaluación (lo cual incluye otra visita in situ) con el objeto de evaluar que aquellas falencias detectadas hayan sido salvadas por el país.

³² Disponible en:

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/countrymonitoringprinciplesfortheoecdanti-briberyconvention.htm>

También puede requerirse que se presenten informes en las reuniones, el envío de comunicaciones a altas autoridades, comunicados de prensa, misiones de alto nivel, etc. Los informes de evaluación que surgen como producto de todo este proceso representan una fuente de información por demás valiosa, a través de la cual se pueden identificar aquellos puntos favorables así como también aquellas debilidades de los Estados que son evaluados, permitiendo en paralelo conocer la manera en qué funciona de manera completa cada sistema penal.

Esencialmente este mecanismo resulta ser intergubernamental y descentralizado, en el cual cada miembro debe cumplir su rol: los Estados tienen el papel principal debiendo proporcionar información y asimismo procesarla. El Grupo de trabajo debe lograr la armonización entre los distintos actores, a través del intercambio de experiencias, el aprendizaje mutuo, la crítica y la colaboración.

CAPITULO II

7. Adecuación de normativa Argentina conforme exigencias establecidas en la Convención.

Conforme se estableciera anteriormente, la Argentina si bien aún no es miembro de la OCDE, sí es parte de la Convención de dicha Organización contra el Soborno y asimismo, es parte del Grupo de Trabajo sobre esa temática. En virtud de ello, se encuentra obligada a someterse a las evaluaciones³³ efectuadas en el marco de dicho Grupo, debiendo prestar colaboración para tales fines.

En orden a lo manifestado por Arocena y Sosa (2010) en la publicación de la Oficina Anticorrupción sobre recupero de activos, se estima oportuno recordar que pese a que en materia de corrupción no existe un organismo supranacional con capacidad para imponer sanciones a un Estado, la Convención de la OCDE contra el soborno trasnacional tiene establecido un mecanismo de seguimiento e implementación de sus cláusulas, que busca evitar que los Estados parte se desentiendan del cumplimiento de sus cometidos. A su vez refuerza el compromiso de todos ellos a fin de adoptar acciones para que hagan efectivas

³³ Informe de Evaluación y Comunicados de prensa en ocasión de las diversas evaluaciones de la Argentina por el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/countries/argentina/argentina-oecdanti-briberyconvention.htm>

sus diversas cláusulas internamente, mediante la redacción de recomendaciones concretas sobre las deficiencias detectadas

Además de la tipificación expresa del delito de soborno transnacional de la Convención antisoborno de la OCDE, se requieren también medidas relacionadas que permitan la aplicación efectiva de esa figura penal, como así también la eficacia de los sistemas de investigación, enjuiciamiento, sanción y prevención. Es decir que cada país debe demostrar que su legislación se adecúa a lo que la Convención exige, como también poder demostrar que el marco legislativo vigente se cumple adecuadamente.

Entre dichas medidas, se destacan: contar con una definición autónoma de funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales; la responsabilidad de las personas jurídicas; sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias; que el cohecho o el producto del delito o los bienes cuyo valor corresponda al del producto puedan estar sujetos a decomiso; o que se apliquen sanciones monetarias de efecto comparable; establecer la jurisdicción de nacionalidad para juzgar hechos cometidos en el extranjero; la no existencia de consideraciones de interés económico nacional o dadas por la identidad de los sujetos implicados que puedan influir en la investigación y el enjuiciamiento del delito; plazo de prescripción adecuada para su investigación y enjuiciamiento; incriminación del lavado de activos proveniente de este delito; etc.

Sumado a ello, de acuerdo a la “Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales internacionales” (2009), o la “Recomendación del Consejo Sobre medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” (2009), surgen otra serie de estándares vinculados con la adecuación a la legislación fiscal para eliminar ventajas impositivas indirectas al cohecho internacional; los medios adecuados para asegurar las denuncias del soborno transnacional y la protección de denunciantes; las normas de contabilidad y estándares de auditoría; las leyes y reglamentos bancarios; y la existencia de disposiciones legales que permitan rechazar subsidios públicos, contratos, ayuda al desarrollo, créditos a la exportación.

Por último, con fundamento en los estándares derivados de la Convención, y sus documentos relacionados, resulta necesario también que los integrantes del Grupo de Trabajo realicen acciones orientadas al sector privado (Rantica, 2019, pág.21)³⁴

³⁴ Instaurar códigos de conducta, de mejores prácticas y mecanismos para prevenir el cohecho; implementar

A fin de comprender de manera más acabada el modo en el que el país ha adaptado su normativa a las exigencias estipuladas en la Convención y a las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo sobre Soborno, es que en este apartado se procurará desarrollar dicho progreso en orden cronológico y de forma paralela, conforme se fueran sucediendo las distintas etapas evaluatorias, las cuales tienen como objeto lograr que los estados hagan efectivas sus diversas cláusulas internamente, mediante la redacción de recomendaciones concretas sobre las deficiencias detectadas (Arocena y Sosa, 2010)

7.1. Fase 1 - Recomendaciones

El país se sometió a la primera evaluación de la Fase 1³⁵, en el año 2001.

Durante esta etapa, se analizó si el marco legal que presentaba la Argentina era adecuado a fin de poder dar cumplimiento a la Convención.

En esa primera oportunidad, como punto de partida se hizo hincapié en que la Argentina no cumplía con el art. 2, ya que su sistema legal no establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asimismo, se tomó nota de lo expresado por las autoridades nacionales que fueron parte del proceso de análisis, en relación a que se estaba preparando un proyecto de reforma legal para establecer este tipo de responsabilidad para todos los delitos, incluyendo al soborno transnacional. Las autoridades evaluadoras efectuaron observaciones en relación a la extensión de la jurisdicción penal por criterio de nacionalidad activa y definición autónoma de funcionario público extranjero, entre otras.

En lo que respecta a las sanciones no penales para las personas jurídicas, en esa oportunidad se afirmó, en primer lugar, que en el ordenamiento jurídico argentino no existen responsabilidades administrativas específicas de las personas jurídicas por el delito de soborno transnacional y, en segundo lugar, que la falta de responsabilidad penal en el marco del sistema jurídico argentino no resultaba ni segura ni eficiente. Como consecuencia de tales afirmaciones se concluyó que, junto con la falta de responsabilidad penal de las personas jurídicas, las medidas administrativas no se ajustaban a los parámetros requeridos en los artículos 2 y 3 de la Convención (Arocena y Elorrio, 2009)

En síntesis, las recomendaciones efectuadas a la Argentina estaban referidas a: ausencia de definición autónoma de “funcionario público extranjero”; omisión del funcionario de una

políticas específicas y categóricas para prohibir la doble contabilidad y la identificación inadecuada de transacciones; monitorear que los estados de cuenta no tengan entradas contables ambiguas o engañosas para ocultar pagos ilegales a nombre de la empresa, etc.

³⁵ Informe completo de Evaluación de Fase 1 del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2078382.pdf>

organización intergubernamental; falta de previsión del tráfico de influencias; no inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas por soborno; falta de un agravante; imposibilidad de ejercer jurisdicción sobre nacionales argentinos por delitos cometidos en el exterior, excepto en el caso de funcionarios; posibilidad de disimular sobornos con fines fiscales a pesar de la imposibilidad de su deducción impositiva (Mahiques, 2015)

7.2. Fase 2 – Recomendaciones

Con motivo de la Fase 2³⁶, la Argentina fue nuevamente evaluada durante el mes de diciembre de 2007³⁷ mediante la visita in situ del equipo evaluador constituido por Brasil y España. En esta instancia, se analiza el marco institucional, es decir, cuáles son los organismos encargados de la prevención, investigación y enjuiciamiento del delito particular y también el grado de implementación de los contenidos de la Convención en las prácticas e instituciones.

En el informe que se emitió como resultado de este proceso, el cual fue publicado en junio de 2008, el Grupo de Trabajo efectuó algunas recomendaciones relativas a adaptar la legislación a las obligaciones establecidas en el texto convencional.

Uno de los puntos sobre los cuales el equipo evaluador manifestó seria preocupación fue respecto de la falta de cumplimiento de aquellas recomendaciones que se habían realizado en la Fase 1 en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, resaltando que consideraban que en la Argentina no había voluntad política para hacer cumplir la Convención (Arocena y Elorrio,2009)

Asimismo, se efectuó un riguroso estudio del Anteproyecto que fuera presentado en el año 2006 (desarrollado por la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma y actualización integral del Código Penal). Una de las críticas que se le realizó al modelo que allí se presentaba, radicaba en que la persona jurídica debía ratificar la gestión de aquel que hubiera actuado sin los poderes para actuar en su nombre o representación. El equipo evaluador consideraba que con esa redacción, las empresas podrían argumentar su defensa arguyendo que fueron sus empleados quienes quebrantaron la ley, por lo que se verían exentas de responsabilidad en tanto sentarían que ellos no eran capaces de actuar en

³⁶ Informe completo de Evaluación de Fase 2 del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/40975295.pdf>

³⁷ En el informe emitido, el Grupo expresó expresamente su preocupación por la suspensión de la visita prevista originalmente para el mes de septiembre de ese año, ya que se trató del segundo caso en que un país no respetó dicho plazo.

nombre de la compañía (incluso cuando ésta se estuviera beneficiando). En adición a ello, se objetó aquel punto en el cual se preveía la posibilidad de mantener libre de sanciones a los titulares o accionistas a quienes no se pueda atribuir responsabilidad en el delito cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de sus acciones o de otros instrumentos negociables; como así también de la protección de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo, en los casos en los que la persona jurídica se encuentre concursada (Arocena y Delorrio, 2009, p.16)

En relación a ello, en el informe se dio a entender que de la propuesta no surgía una plena implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino más bien se observaba ausencia de responsabilidad directa, por lo que se hizo alusión al caso del Reino de España, el cual había propuesto un modelo similar, lo cual fue modificado con la reforma de su Código Penal en 2010.

El informe finaliza con un párrafo muy crítico conteniendo las principales preocupaciones del Grupo: la primera es la falta de implementación de los arts. 2 y 3 respecto a las personas jurídicas, y la segunda hace una dura crítica en tanto considera que: *“Argentina is rarely able to effectively investigate and prosecute serious economic crimes to a resolution on the merits, in particular because of lengthy delays in getting to a decision due, inter alia, to the applicable rules of procedural law”* (párrafo 277).

En adición a ello, se remarcó la falta de un papel proactivo por parte de los fiscales, y la ausencia de mecanismos de transmisión por parte de funcionarios de la Cancillería respecto de denuncias de sobornos pagados por empresas argentinas en el extranjero (párrafo 17). Como consecuencia del proceso, se realizó una serie de recomendaciones de orden práctico en materia de concientización y prevención, detección y denuncia, e investigación y enjuiciamiento. Entre ellas, se destacan tres recomendaciones que quedaron pendientes de cumplimiento en la etapa anterior: la introducción de una definición autónoma de funcionario público, la integración de la nacionalidad activa, y la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Específicamente, las observaciones estuvieron referidas a generar concientización respecto de la situación; investigación y enjuiciamiento (específicamente lo atinente a las deficiencias procesales, independencia en las investigaciones, mayores recursos); elementos sustantivos del delito (atento la falta de una definición autónoma de funcionario público extranjero); detección y denuncias de soborno transnacional (existencia de canales de denuncia, medidas para proteger a los denunciantes, etc); falta de inclusión de responsabilidad de las

personas jurídicas por el delito de soborno transnacional; prescripción (en cuanto a la necesidad de asegurar un plazo oportuno para la investigación y enjuiciamiento del delito); adopción del criterio de jurisdicción en base a la nacionalidad; asistencia judicial mutua; lavado de dinero; sanciones (adopción de medidas legales a fin que las personas jurídicas puedan ser pasibles de sanciones efectivas, disuasivas y proporcionales); medidas impositivas (prohibición expresa de la deducción impositiva de soborno); y control interno y auditoría de las compañías (poseer estándares de contabilidad)

El Grupo de Trabajo también destacó algunos aspectos positivos en los esfuerzos del país en la lucha contra el soborno transnacional, incluidas las enmiendas legislativas en 2003 llevadas a cabo con el objeto de abordar las preocupaciones en el informe de la Fase 1 del Grupo de Trabajo y las recientes actividades de sensibilización para el personal clave del sector público, incluido el personal diplomático extranjero y los inspectores fiscales.

Posteriormente, se elaboró un nuevo informe³⁸ relativo al seguimiento de las recomendaciones (“Follow up Report”), publicado en septiembre de 2010. En esta última ocasión se vio de manera positiva la información sobre el nuevo envío al Congreso de la Nación de otro proyecto de ley por el cual se procuraba a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicho proyecto fue enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso ese mismo año, tramitando posteriormente ante el Poder Legislativo, donde obtuvo una sanción favorable en el ámbito de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados (Arocena-Elorrio, 2009). Sin perjuicio que tuvieron que pasar varios años hasta que se llegara a sancionar, conforme se explicará posteriormente en este trabajo.

7.3. Adecuación normativa conforme Recomendaciones efectuadas en Fase 1 y Fase 2.

De conformidad a lo establecido en los apartados anteriores referidos a las Recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE para con la Argentina durante las Fases 1 y 2, puede concluirse de manera resumida, que los puntos centrales sobre los cuales versaron dichas recomendaciones eran:

- a) La protección a denunciantes y testigos de buena fe en casos de soborno transnacional.
- b) La posibilidad de iniciar acciones criminales en nuestro país para hechos de soborno perpetrados por nacionales o residentes argentinos en el extranjero;

³⁸ Informe completo disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/38/4/46057339.pdf>

- c) El establecimiento de una definición autónoma de funcionario público extranjero y funcionario de organizaciones internacionales en el Código Penal;
- d) La atribución de responsabilidad a las personas jurídicas en orden al delito de soborno transnacional

Teniendo en consideración tales principios requeridos, es que a continuación se detallará de qué manera el Estado argentino procuró promover su implementación.

En primer lugar, debe mencionarse que ya en el informe de la Fase 1, se reconoció que las autoridades argentinas se encontraban preparando un proyecto de ley cuyo objeto era alcanzar los estándares de la Convención, proponiendo que los términos en que se encontraba redactado el artículo 258 bis del Código Penal sean armónicos con los de la Convención. De hecho, en el año 2001 se avanzó sobre un proyecto de reforma normativa que incluía la responsabilidad penal para las personas jurídicas, que luego fue retirado por el Poder Ejecutivo.

La mencionada reforma resultaba necesaria ya que uno de los principales compromisos derivados de la Convención es el de requerir a los Estados parte que tipifiquen como delito penal a la figura del soborno transnacional activo, entendida como aquella en la que un sujeto privado (persona física o jurídica) ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida a un funcionario público extranjero; para que ese funcionario actúe o se abstenga de hacer algo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

La tipificación del delito, de acuerdo a los estándares de la Convención, debe alcanzar los supuestos en que la ventaja sea patrimonial o de otra índole, que la oferta sea en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio del funcionario público o para un tercero. Se debe tipificar asimismo la complicidad, incluida la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho, como también la tentativa.

Conforme fuera mencionado anteriormente, dentro de las recomendaciones efectuadas durante la primera fase, se realizaron observaciones en atención a los elementos del delito (falta de una definición autónoma del concepto de funcionario público extranjero y funcionario de organizaciones internacionales; falta de criminalización del soborno a través de agentes; la no previsión expresa de que el soborno beneficie a terceras personas, entre otros)

Resulta relevante aclarar que la figura se encuentra prevista en términos similares en las convenciones anticorrupción regionales (OEA) y universales (ONU). Finalmente, fue receptado en el ordenamiento jurídico argentino en el artículo 258 bis del Código Penal, por lo que las observaciones mencionadas con respecto a este punto fueron parcialmente cumplimentadas con esta modificación legislativa.

Cabe recordar que el Artículo fue incorporado al código de fondo para dar cumplimiento con la Convención Interamericana contra la Corrupción a través del Artículo 36 de la Ley de Ética en el Ejercicio de Funciones Públicas, Ley 25.188 del año 1999 y modificado por la ley 25.825³⁹ en el año 2003. Debe mencionarse que varias de las sugerencias que fueran enviadas en dicha oportunidad fueron posteriormente receptadas en las modificaciones introducidas sobre esa figura penal por la ya mencionada Ley 25.825, publicada el 11 de diciembre de 2003. La implementación de dicha ley hizo que varias de aquellas falencias demarcadas durante la Fase 1 fueran saldadas, aunque no todas, conforme se enfatizó durante la siguiente etapa. (Mahiques, 2015)

La figura de cohecho transnacional, que se ubica dentro del Título XI “Delitos contra la administración pública”, es el siguiente luego de la sanción:

“Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.”

A partir de esta redacción, se perfeccionó el artículo 258 bis original. La reforma de 2003 permitió que el texto se ajustara a la descripción exigida por el artículo 1.1 de la Convención de la OCDE. En virtud de ello es que se introdujeron elementos de vital importancia, tales como: la referencia a los funcionarios de una organización pública internacional; la aclaración de que la ventaja puede ser en beneficio del funcionario o de un tercero y la inclusión al tráfico de influencias dentro del tipo penal.

³⁹ B.O. 11/12/2003

Sin perjuicio de estos avances, las comisiones evaluadoras de la Convención de la OCDE, consideraron de manera sucesiva, que la Argentina aún debía cumplir varios aspectos esenciales allí exigidos.

En lo que hace al análisis del nuevo delito de soborno transnacional se exigían modificaciones en tres aspectos relevantes. En primer lugar, que el delito de soborno transnacional del art. 258 bis del Código Penal incluya en su texto algunos verbos típicos adicionales, tales como el de "prometer" el pago de una dádiva o mera ventaja indebida que no tenga necesariamente un valor económico. Asimismo, y con mayor énfasis, se requería la inclusión de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, cuando el acto de cohecho transnacional hubiera sido realizado en su nombre, beneficio o interés. Finalmente, en tercer lugar, se pedía la aplicación del principio de jurisdicción extraterritorial activa. Es decir, que el delito de soborno a un funcionario extranjero no solo pueda ser juzgado por el concepto de territorialidad, sino también que se incorpore la aplicación extraterritorial de ese delito, en lo que respecta al acusado como también en relación a la empresa de capitales locales y que tenga domicilio legal en la Argentina (Durrieu, 2018)

El tema de la protección de aquellos individuos que fueran denunciantes y testigos de buena fe en casos de corrupción presenta ciertas particularidades que dificultan su abordaje. Ello, si se tiene en consideración que los denunciantes en este tipo de casos generalmente son personas que poseen un vínculo laboral o comercial con la Administración Pública Nacional (ya sea que se trate de empleados, proveedores y contratistas de la APN, empleados de estos proveedores y contratistas, etc). En virtud de ello, el temor que pueden llegar a tener estos individuos en relación a las consecuencias ya sean laborales, físicas o económicas que puede traer aparejado el denunciar actos de corrupción, representa una importante dificultad para el inicio y avance de las investigaciones, en tanto el anonimato impide el acceso a información complementaria que el denunciante potencialmente podría aportar.

Debido a tal situación y con el objeto de proyectar medidas que permitan alcanzar los estándares fijados por la Convención de la OCDE⁴⁰, es que en el año 2003 la Oficina Anticorrupción elaboró un proyecto de ley para proteger a este tipo de individuos, a fin de desarrollar herramientas que permitan proteger sus derechos y de esa manera contar con un recurso vital para la investigación. De esa manera, se puso en marcha un proceso de

⁴⁰ Debe destacarse que las reformas normativas e institucionales proyectadas o a proyectarse en este ámbito, también son necesarias para alcanzar estándares derivados de las Convenciones de la OEA y la ONU contra la corrupción.

elaboración participada de normas, en el que juristas, representantes de organizaciones la sociedad civil y otros expertos hicieron su aporte al proyecto⁴¹.

En adición a ello, debe mencionarse que de conformidad con el Art. 177 CPPN, el Decreto N° 1162/00, Art. 11, inciso e. y el Decreto 102/99, la OA es un canal de denuncias para funcionarios públicos y órganos de control, pero también es una vía de acceso ágil y seguro para la ciudadanía, ya que en este caso la denuncia no tiene requisitos formales. En los últimos años, dicho organismo estatal ha implementado medidas a efectos de facilitar el acceso a la denuncia por parte de la ciudadanía. Así las denuncias ante la OA pueden presentarse por los siguientes medios: línea telefónica común o gratuita (0800); presencialmente; a través de su sitio web, poniéndose en funcionamiento un nuevo aplicativo que facilita la tarea del usuario informándolo sobre las diferentes alternativas de denuncia, ofreciendo la nómina de organismos involucrados en el universo de control de la OA, como así también sus competencias específicas y permitiendo un control efectivo de los trámites ingresados por este medio; por correo electrónico; y por correo postal.

En lo que respecta a las exigencias de la OCDE, puede establecerse que la OA constituye un canal de denuncias seguro, ya que el Art. 1, inc. a) del Reglamento de la Dirección de Investigaciones, aprobado por Resolución del MJyDDHH N° 1318/2008 permite que los denunciantes presenten denuncias anónimas o denuncias con reserva de identidad.

Asimismo, en el ámbito nacional, mediante Ley N° 25.764 se ha creado el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados. Este programa se instrumentó en la esfera del Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos, en la Dirección Nacional de Protección a Testigos e Imputados, dependiente de la Secretaría de Justicia. El mismo estaba dirigido a testigos e imputados que hubieren realizado un aporte trascendente a una investigación judicial en casos de narcotráfico, secuestro extorsivo, terrorismo, delitos de lesa humanidad cometidos en el período 1976/1983 y trata de personas. Sin embargo, aunque los delitos de corrupción no estén expresamente previstos en este programa, la misma ley prevé que se podrá incluir otros casos “cuando se tratare de delitos vinculados con la delincuencia organizada o de violencia institucional y la trascendencia e interés político criminal de la investigación lo hagan aconsejable”.

En ese sentido, resulta positivo agregar que dicha Oficina realizó una propuesta específica para incluir de manera expresa a los testigos por hechos de corrupción en el Programa

⁴¹ Se pueden consultar la versión final de este proyecto y sus fundamentos en el sitio web de la Oficina Anticorrupción <http://www.anticorruptcion.gov.ar/Proyec%20Testigo.pdf> y en <http://www.anticorruptcion.gov.ar/Fundamentos%20proyecto%20de%20ley.pdf>

Nacional de Protección a Testigos e Imputados en la presentación que efectuó oportunamente ante la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”

La necesidad de lograr una correcta adecuación normativa seguía vigente, por lo que durante el año 2006 se logró presentar un Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización del Código Penal, el cual no pudo prosperar en atención a la cantidad de temas que abarcaba y los controversiales que estos eran (aborto, eutanasia, entre otros incluyendo el debate sobre responsabilidad de personas jurídicas que aletargó aún más la discusión) (Arocena y Elorrio, 2009)

En atención a las observaciones efectuadas por la OCDE luego de la Fase 2, en la que se señalaron aquellos impedimentos que imposibilitaban una adecuada implementación de la Convención y se efectuaron recomendaciones para revertirlos, desde los organismos estatales correspondientes (tales como Cancillería, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, entre otras dependencias) se consolidó un grupo de trabajo intergubernamental con el objeto de desarrollar la adecuación normativa solicitada.

En virtud a la deuda pendiente que aún se mantenía vigente, y en atención a las recomendaciones efectuadas respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas, la extensión de la jurisdicción penal y las definiciones de funcionario público extranjero, se elaboraron tres proyectos de ley que fueron enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso para su tratamiento legislativo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante notas PEN N° 638, 639 y 640 de fecha 10 de mayo de 2010.⁴²

Corresponde hacer mención a cuál era el objeto de cada una de estas iniciativas. La primera de ellas, refieren Arocena y Elorrio (2009) se vinculaba con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y hacía referencia al deber de quien actúa en lugar de otro. La responsabilidad allí planteada incluía tanto a personas jurídicas tanto de carácter público como privado y se planteaba como sujetos imputables a dichos entes (asociaciones, sociedades, etc) y también a cualquier otro ente asociativo, entidad o corporación, cuya voluntad figurase como diferente a la de los socios que la componen. Asimismo, y en cuanto a la posibilidad de aplicar penas conjuntas, se presentó un criterio acumulativo de aplicación de sanciones tanto a las personas físicas actuantes como también a los entes corporativos,

⁴² Disponibles en la página web de la Oficina Anticorrupción:
[http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Mod%20C%C3%B3digo%20Penal%20PEN638%20\(art35b\).pdf](http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Mod%20C%C3%B3digo%20Penal%20PEN638%20(art35b).pdf)
[http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Mod%20C%C3%B3digo%20Penal%20PEN639%20\(art1\).pdf](http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Mod%20C%C3%B3digo%20Penal%20PEN639%20(art1).pdf)
[http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Mod%20C%C3%B3digo%20Penal%20PEN640%20\(art77\).pdf](http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Mod%20C%C3%B3digo%20Penal%20PEN640%20(art77).pdf)

cuando los actos o beneficios deriven en un beneficio para la entidad o bien cuando el delito se haya podido efectuar por la violación de los deberes de dirección de la persona jurídica. En adición a ello, se estableció un amplio catálogo de consecuencias jurídico penales que ya estaban vigentes varias de ellas en la legislación penal especial, sumado a la posibilidad de dictar medidas cautelares durante el proceso. Las penas establecidas tenían básicamente un objetivo correctivo y preventivo, en tanto buscaban que a través de sanciones de fuerte repercusión económica y multas proporcionales al perjuicio ocasionado, las empresas comenzaran a establecer mayores controles y planes de prevención que eviten conductas delictivas a nivel interno

En dicha oportunidad, se hizo alusión a la necesidad por un lado de dar respuesta al vacío legal existente en relación a estos presupuestos y por el otro, de adecuar la normativa interna a los compromisos asumidos internacionalmente mediante la suscripción de tratados (CICC, CNUCC, CNUDOT, OCDE, etc) El segundo de los proyectos tenía como objeto modificar el artículo 1° del Código Penal a fin de ampliar la jurisdicción del Estado Nacional para el juzgamiento de ciudadanos argentinos o de personas domiciliadas en territorio argentino a los casos de delito de soborno internacional de funcionario público extranjero o de organización pública internacional previstos en el artículo 258 bis. Es decir, se buscaba incluir en nuestra legislación el principio de nacionalidad activa. Resulta adecuado destacar que como fundamento de dicha reforma se hizo alusión a los compromisos asumidos mediante la adhesión a la Convención de la OCDE, específicamente en lo atinente a lo dispuesto en sus artículos 4° y 7°. Asimismo, se hizo hincapié en que la reforma tendía a efectivizar los compromisos internacionales asumidos respecto de la observación de reglas de transparencia y equidad en las transacciones comerciales internacionales como un valor que la Argentina estaba dispuesta a sostener. La tercera propuesta de reforma se vinculaba con la necesidad de establecer una definición autónoma de funcionario público extranjero, modificando así el artículo 77 del Código Penal. En este caso se hizo nuevamente referencia a la necesidad de adaptar la legislación nacional a las exigencias de la Convención de la OCDE y al hecho que contar con tal modificación permitiría al Estado tener una legislación similar a la del resto de los Estados Parte de dicho instrumento.

Estas iniciativas reflejan el interés del Estado nacional en dar cumplimiento a los compromisos asumidos a nivel internacional, con especial énfasis en aquellos que fueran incluidos en el ámbito de la OCDE. En ese sentido, fueron decisivas para que la Argentina pueda dar cumplimiento a los estándares requeridos internacionalmente, no sólo en el

ámbito de dicha Organización, sino también en el de las Naciones Unidas en base a la Convención de la ONU contra la Corrupción.

Tales proyectos de ley fueron considerados en el ámbito de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación, tramitando en los expedientes de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación N° 0011-PE-2010, 0012-PE-2010 y 013-PE-2010. Los mismos obtuvieron en los días 8 y 9 de junio de 2011, opiniones favorables por mayoría que aconsejaron su sanción (ver órdenes del día N° 2204, 2205 y 2213⁴³).

Sin embargo, pese a dichos dictámenes favorables, los referidos proyectos luego no fueron abordados en el plenario de la Cámara ni en la Cámara de Senadores, llegando a perder su estado parlamentario. Cabe destacarse que si bien esta propuesta no llegó a sancionarse, tuvo buena acogida en la Cámara de Diputados de la Nación. (Arocena y Elorrio, 2009).

Sin perjuicio de ello, desde la Oficina Anticorrupción se iniciaron actuaciones con el fin de establecer la conveniencia de volver a remitir al Congreso de la Nación, los proyectos de ley de reforma del Código Penal de la Nación vinculados con el delito de soborno transnacional, previsto y reprimido en el Art. 258 bis, de ese cuerpo normativo, lo cual se tornaba imperioso. Esto resultaba apremiante en tanto se pretendía, al menos, mantener el mismo “statu quo” durante la evaluación de la fase 3 (2014), que el presentado por la República Argentina durante el año 2011, ante el Grupo de Trabajo OCDE sobre soborno Transnacional, relacionado con los avances del Estado argentino sobre las recomendaciones recibidas en torno a la implementación en el país de los estándares de la Convención. En relación a ello, desde el mencionado organismo se advirtió en el año 2012 que si los tres proyectos oportunamente enviados al Congreso continuaban sin estado parlamentario, podrían generarse nuevas observaciones de manera más enfática hacia el país. Esto finalmente fue lo que sucedió en diciembre de 2014, mediante las nuevas recomendaciones que se dieron a conocer para con la Argentina.

En relación a los avances que tuvieron lugar luego de las Fases 1 y 2, cabe destacarse que en el año 2012 tuvo lugar un evento clave que favoreció el abordaje de las cuestiones planteadas en los proyectos de ley oportunamente presentados. Esto se debió a que mediante el Decreto N° 678/2012⁴⁴, del 7/05/2012, la Sra. Presidenta de la Nación conformó una nueva “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e

⁴³ Disponibles en la página web del Honorable Congreso de la Nación:
<http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-128/128-2204.pdf>;
<http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-128/128-2205.pdf>;
<http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-128/128-2213.pdf>

⁴⁴ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/196961/norma.htm>

Integración Del Código Penal de la Nación”, con el propósito de elaborar un proyecto de reforma integral de ese cuerpo normativo, a fin de reemplazar el que estaba actualmente en vigor, reformulándose los aspectos claves de la persecución penal, incluidos aquellos recomendados por el Grupo de Trabajo sobre Soborno Transnacional de la OCDE.

Como producto del trabajo realizado durante aproximadamente unos dieciocho meses, en febrero de 2014, la Presidenta de la Nación impulsó el anteproyecto de reforma de Código Penal, elaborado por esta Comisión de Expertos, e instruyó al Ministro de Justicia y Derechos Humanos para que circule ese anteproyecto entre los ámbitos académicos pertinentes a fin de recopilar nuevas opiniones y sugerencias.

El denominado “Anteproyecto de Código Penal”, tenía por objeto el “cubrir una urgente necesidad y, al mismo tiempo, retomar la línea de una tradición legislativa codificadora nacional (...)”⁴⁵, en el cual se mencionaba ya la posibilidad de establecer sanciones penales a las personas jurídicas. Lo curioso de esta propuesta es que si bien el Presidente de la Comisión, Dr. Zaffaroni, había expresado en el ya comentado caso “Fly Machine” la imposibilidad de sancionar a las personas jurídicas, en esta ocasión, a través de las consideraciones vertidas en el Anteproyecto, se puede observar que esta oposición al menos no es tan manifiesta.⁴⁶

Este trabajo se hizo eco de varios de los estándares y observaciones realizadas a la Argentina en el marco del mecanismo de evaluación de implementación de la Convención OCDE.

Por ejemplo, se incluía la extensión de la jurisdicción penal, por hechos cometidos en el extranjero, estableciendo criterios de territorialidad, universal, real o de defensa, personalidad pasiva y funcional; la responsabilidad por la actuación en lugar de otro, castigando al que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica; se fijaron las condiciones para la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, estableciendo que ellas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actuaren en beneficio o interés de ellas y se establecieron definiciones expresas para “funcionario público” y “empleado público”. Este nuevo abordaje amplio generó que las expectativas reinantes en torno a una discusión legislativa en el corto plazo se vieran afectadas, en virtud de lo cual fue finalmente

⁴⁵ Conforme surge de la exposición de motivos redactada por el Dr. E. Raúl Zaffaroni

⁴⁶ Ver <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf> (Título IX - Sanciones a las personas jurídicas)

presentado ante el Grupo de Expertos durante el año 2014 en el proceso de evaluación de la Fase 3.

En adición a ello, cabe destacarse que en el primer semestre del año 2014, debido al tenor de las reformas proyectadas, el trabajo presentado por la Comisión de Expertos al Poder Ejecutivo se tornó en un encendido debate público, en el cual se encontraron en pugna posiciones enfrentadas en torno a cuestiones como la conveniencia o inconveniencia de la eliminación del instituto de la reincidencia, la modificación de las escalas penales, la limitación de garantías procesales, etc.; cuestiones que no estaban relacionadas de manera directa con las propuestas de reforma en materia de corrupción o de corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

8. Fase 3 – Recomendaciones

Cuatro años más tarde del último informe, en 2014, tuvo lugar la evaluación correspondiente a la Fase 3⁴⁷. En esta oportunidad, se profundizó el análisis efectuado durante las dos etapas anteriores, haciendo especial hincapié en la aplicación práctica de los estándares establecidos en la Convención. En ese sentido, se analizaron aquellos casos que estuvieran en trámite, el funcionamiento de los organismos públicos, de qué manera funciona la prevención y difusión, entre otros.

Una vez que el equipo evaluador finalizó su tarea, el Grupo emitió un informe bastante crítico en el cual se hizo alusión a aquellos puntos débiles que fueron detectados dentro del sistema argentino. De esa manera, se señaló específicamente que había deficiencias sistémicas en el sistema judicial argentino, cuya causa se daba entre otros factores, a las demoras generalizadas en los procesos investigativos, sumado a la carencia de proactividad por parte de aquellas autoridades que tienen a su cargo las investigaciones así como también respecto de los procesos de solicitud de cooperación con autoridades extranjeras. Se observó también injerencia por parte del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial en detrimento de la independencia judicial y procesal. En ese ámbito, se destacó el hecho de que hubiera un alto número de cargos vacantes en la justicia así como la cantidad de jueces subrogantes, la existencia de normas de carácter inconsistente y complejas que entorpecían las investigaciones así como también se detectaron demoras importantes en la denuncia de

⁴⁷ Informe completo de Evaluación de Fase 3 del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf>

delitos por parte de funcionarios públicos. En adición a estas consideraciones, el Grupo manifestó su preocupación en cuanto percibió que la Procuración General denotaba signos de politización y falta de neutralidad, lo que denotaba carencia de independencia procesal, por lo que se instó al Gobierno a tratar este tema con carácter urgente (Lavia Haidempergher y de Artaza, 2018)

En relación a esta devolución y el nivel de incumplimiento que presentaba nuestro país, el Grupo de Trabajo decidió realizar una evaluación complementaria en el mes de marzo de 2017, como resultado de la decisión excepcional que tomó dicho Grupo en 2014. En esta instancia se evaluó la forma en que la Argentina ha implementado las cuarenta recomendaciones de la Fase 3 que formuló el Grupo de Trabajo en 2014; los nuevos acontecimientos ocurridos desde la Fase 3; y asuntos que el Grupo de Trabajo no pudo evaluar en su totalidad durante esa etapa.

En el informe que se elaboró como consecuencia, a pesar de reconocer los esfuerzos del gobierno que se encontraba en ejercicio encaminados a implementar sus recomendaciones, concluyó que la Argentina permanecía en una situación de grave incumplimiento de los artículos clave de la Convención. A tales efectos, se analizaron las respuestas que el país otorgó a los cuestionarios que remitió el organismo, la legislación vigente, aquellos documentos que resultaren relevantes y las conclusiones obtenidas de las visitas in situ que se efectuaron. Se destaca que en esta instancia se incluyó el proyecto de ley de responsabilidad de personas jurídicas que fuera presentado por el Poder Ejecutivo en el año 2016 y que en esa época se encontraba bajo tratamiento en la Cámara de Diputados. Es por ello que la ley presenta en su articulado varias de las recomendaciones que fueron efectuadas por el Grupo de Trabajo. (Lavia Haidempergher y de Artaza, 2018)

En virtud de ello, el Grupo de Trabajo sobre Soborno decidió que la Argentina debería enfrentar una evaluación suplementaria de Fase 3 bis, debiéndose efectuar asimismo una visita de alto nivel con el objeto de entrevistar a Ministros y máximas autoridades y de esa manera lograr comprometerlas a dar cumplimiento a aquellas recomendaciones aún pendientes.

8.1. Fase 3 bis – Recomendaciones

Durante la primera reunión plenaria del Grupo de Trabajo sobre Soborno que tuvo lugar en marzo de 2017, se adoptó el informe de evaluación relativo a la Fase 3 bis⁴⁸ correspondiente a la Argentina.

El mismo, junto con comunicado de prensa⁴⁹ que fuera publicado oportunamente, destaca de manera enfática el incumplimiento del país respecto de artículos clave del Convención. En esta ocasión se volvió a insistir en la necesidad de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la definición autónoma de funcionario público y la jurisdicción con base a la nacionalidad (pendientes desde 2001).

Asimismo, se hicieron observaciones relativas al tipo penal del soborno transnacional, a la ausencia de régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, régimen de sanciones (multas), la investigación y el enjuiciamiento, la falta de recursos, la independencia de los fiscales y jueces, la asistencia jurídica internacional, la prevención, detección y denuncia de casos de soborno transnacional, las vacantes judiciales, el lavado de dinero, los estándares en materia de contabilidad y auditoría, medidas impositivas vinculadas, la concientización del sector privado y protección de denunciantes y los créditos a la exportación, entre otras. A pesar de existir varias causas judiciales abiertas, se señala también la preocupación por sus limitados avances. Sin perjuicio de ello, en esta instancia, el Grupo de Trabajo reconoció los esfuerzos efectuados por la Argentina, destacándose particularmente el entonces proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas que fue presentado a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (HCDN) en octubre de 2016 y que con su posterior sanción y promulgación fue capaz de subsanar muchas de las falencias identificadas oportunamente. Finalmente, se consideraron como aspectos positivos los esfuerzos de concientización llevados a cabo en el sector público y privado, la apertura de nuevas investigaciones, la prohibición expresa de la deducibilidad fiscal del soborno transnacional, la extensión de pautas de elegibilidad en el régimen de contrataciones públicas para empresas jurídicas condenadas por Soborno Transnacional, etc.(Rantica, 2019)

CAPITULO III

⁴⁸ Informe completo de Evaluación de Fase 3bis del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf>

⁴⁹ Comunicado de prensa del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE en ocasión de la adopción del informe de evaluación de Fase 3bis. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/corruption/argentinamust-urgently-enact-corporate-liability-bill-to-rectify-serious-non-compliance-with-anti-bribery-convention.htm>

Luego de que la Argentina atravesara las Fases de evaluación ya mencionadas y de conformidad con las recomendaciones efectuadas en cada una de esas instancias, el país logró finalmente en el año 2017 sancionar la Ley de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas Privadas por medio de la cual pudo dar respuesta a varias cuestiones que venían siendo exigidas desde la etapa inicial.

A continuación se analizarán los elementos de dicha normativa en función de los requisitos establecidos en la Convención de la OCDE y las consideraciones oportunamente efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre Soborno.

9. Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley N° 27.401). Introducción

El 8 de noviembre de 2017, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 27.401 de Régimen de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas Privadas, por lo que la Argentina pudo dar cumplimiento a la obligación ya asumida ante la OCDE de establecer en su ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, la aprobación de esta norma no fue casual, sino que fue producto de un conjunto de factores que hicieron posible su sanción.

El gobierno actuante, con el objeto de poder ingresar a OCDE, había remitido al Congreso de la Nación un proyecto de ley con el propósito de sancionar una norma modificatoria del Código Penal argentino, a fin de incorporar reglas tendientes a consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en lo que hace a la comisión de determinados delitos contra la Administración Pública y el delito de cohecho transnacional. De acuerdo al Mensaje de Elevación⁵⁰ del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, se buscaba generar incentivos para que las personas jurídicas previnieran la comisión de determinados delitos mediante la implementación de programas de integridad y cooperaran con las autoridades, de manera procurar que la aplicación de la ley penal fuese más eficiente (Vítolo, 2019)

En ese sentido, y en pos de dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos (Convención OCDE para para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, Convención de Naciones Unidas contra la

⁵⁰ Mensaje 127 - 20/10/2016

Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otras) y según recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos organizó una mesa de trabajo para debatir los principales ejes para la implementación del Proyecto, la que tuvo lugar el 2 de junio de 2016, siendo conformada por académicos, organizaciones de la sociedad civil, cámaras empresarias, miembros de empresas, estudios jurídicos y funcionarios del Poder Judicial, contando con la colaboración técnica del Centro de Estudios Anticorrupción de la Universidad de San Andrés (Vítolo, 2019)

De esa manera nació el Proyecto que proponía legislar sobre responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas privadas, específicamente por delitos cometidos contra la Administración Pública y cohecho transnacional. La idea tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ya estaba asentándose, en tanto la posibilidad de sanción ya era considerada una opción viable. Lo que resultó determinante para que el Proyecto que fuera presentado por el Poder Ejecutivo se tornara real fue la *voluntad política*, en tanto la lucha contra la corrupción era planteada como uno de los ejes centrales del gobierno actuante. No en vano la OCDE felicitó a la Argentina por la rapidez con que esta norma fue tratada y finalmente sancionada.⁵¹

Se considera, como se mencionara anteriormente, que una de las motivaciones que dio origen a su promulgación fue la necesidad y el deseo de la Argentina de ingresar como miembro permanente a la OCDE. Ello, en atención a que la adecuación legislativa respecto a normativa contra la corrupción empresaria resulta una exigencia que la Convención de dicha Organización contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros prevé en base a su artículo 2 (Grisetti, 2018)

Esta situación, sumado a que la agenda política en ese momento tenía como eje central la lucha contra la corrupción, reflejando dicho objetivo mediante la implementación de programas tales como el “Plan de Acción Argentina – OCDE 2016-2017”, hicieron posible la sanción de esta ley en tiempo, podría decirse, récord. En cuanto a la relevancia que representaba dicho objetivo, resulta adecuado hacer mención del informe de Transparencia Internacional de 2018 (Dell y McDevitt, 2018). El informe, si bien mantiene las críticas a la Argentina en relación con la lucha anticorrupción, señala también las principales mejoras efectuadas, en reflejo del compromiso asumido y su recepción en la Sociedad Civil. En ese

⁵¹ Conforme surge del Informe de Evaluación de Fase 1 bis del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-1bis-Report-ENG.pdf>

sentido, destaca entre otras: Mejoras en investigaciones judiciales en ocho países: tres (Israel, Italia y Noruega) pasaron a la categoría “activo”, tres (Brasil, Portugal y Suecia) a la categoría “moderado” y dos (Argentina y Chile) ingresaron a la categoría “limitada”; existencia de un “observatorio de corrupción” que publica los juicios y resoluciones relacionadas con la corrupción¹²⁰; fortalecimiento del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en la Argentina, Colombia, Grecia, República de Corea, Nueva Zelanda y España; tendencia a resolver las causas judiciales a través de acuerdos o procedimientos abreviados con cambios legales recientes en esta área que han entrado, o están por entrar en vigor en la Argentina, Canadá, Finlandia, Francia y Japón; la prohibición expresa de la deducibilidad fiscal del soborno en la Argentina⁵²; etc. (Rantica, 2019, pág. 79)

La mencionada ley, que entró en vigencia el 1º de marzo de 2018, tiene como principal objeto lograr que las empresas generen mecanismos que les permitan prevenir delitos y asimismo, cooperar con las autoridades penales.

9.1. Antecedentes normativos

El sistema jurídico penal argentino ya preveía la posibilidad de sancionar y responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, cuestionando de esa manera el principio *societas delinquere non potest*, recogido del Derecho Romano, el cual tiene su basamento en considerar que al ser las sociedades sujeto de existencia ideal, no se les puede atribuir una acción, voluntad o culpabilidad propia y diferente a la de la personalidad jurídica.

Bajo esa premisa, fue que ese tipo de acción fue incluida en relación a delitos tales como "desabastecimiento" (ley 20.680) aduaneros (ley 22.415), cambiarios (ley 19.359), tributarios (ley 24.769), contra la libre competencia (ley 25.156), contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) y contra el orden económico y financiero establecidos en el Código Penal (Basch, 2018)

Siguiendo con esa lógica y con el objeto de dar cumplimiento a los compromisos asumidos internacionalmente, es que a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento de la ley 27.401, se previó la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas por los delitos de cohecho y tráfico de influencias (nacional y transnacional), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito y balances e informes falsos dirigidos a ocultar el cohecho o el tráfico

⁵² Decreto 1246/2016, B.O. 12/12/2016

de influencias. De esa manera, no sólo hizo frente al vacío legal existente hasta ese momento, sino que también logró complementar los regímenes de responsabilidad penal de personas jurídicas que el sistema jurídico argentino ya preveía para los delitos antes mencionados.

Resulta adecuado hacer mención a un instrumento que, más allá de las fronteras de nuestro país, sería pionero en esta materia inspirando a los legisladores de otras naciones a desarrollar normativa de este tipo: la ley estadounidense denominada "*Foreign Corrupt Practices Act*" (FCPA). En ese sentido, cabe destacarse que esta ley influyó en las Convenciones de Naciones Unidas y OCDE sobre corrupción, así como en la legislación interna del Reino Unido, país que en el año 2011 sancionó la Ley Anti Soborno (Bravery Act – UKBA) (Núñez, 2015, pág. 14) En relación a ello, resulta adecuado resaltar el concepto de "difusión" establecido por Elkins y Simmons (2005), en tanto consideran que los gobiernos son independientes en el sentido de que toman sus propias decisiones sin cooperación o coerción pero interdependientes en el sentido de que tienen en cuenta las opciones de otros gobiernos. Otro concepto interesante al cual hacen alusión es que los países responden de manera parecida pero de forma independiente a cuestiones domésticas similares. Por ejemplo, los países democratizan debido a presiones políticas o económicas dentro de sus países, presiones que existen de manera simultánea en otros estados. Los autores (2004) aplican dicho término a fin de referirse a todos los procesos en los que "la adopción previa de un rasgo o práctica en una población altera la probabilidad de adopción para los no adoptantes restantes". En ese sentido, consideran que hay dos tipos de mecanismos de difusión: uno en el que las adopciones de política exterior alteran los beneficios de la adopción para otros y otro en el que estas adopciones proporcionan información sobre los costos o beneficios de una determinada innovación de políticas. Este último enfoque puede aplicarse a la forma en que la FCPA fue propagándose a nivel mundial.

Este instrumento fue sancionado por el Congreso estadounidense en 1977 como consecuencia del reconocido caso "Watergate" y en base a revelaciones que tuvieron lugar durante ese período. Durante muchos años, esa ley hizo que Estados Unidos fuera el único país en implementar y tomar medidas de manera activa con el fin de prohibir a sus ciudadanos, nacionales, empresas y en algunas circunstancias, las compañías extranjeras que ingresen a sus mercados de capitales, sobornar a funcionarios extranjeros. Sin embargo, hoy en día, estas prohibiciones no se limitan únicamente a ese Estado.

Esto es así, ya que una convergencia de factores en el marco del escenario global que se proyectaba en esa época, condujeron a que se desarrollen una serie de iniciativas a nivel internacional en base a la FCPA. Esas iniciativas derivaron en la negociación, adopción y entrada en vigor de convenciones anti soborno (CICC, CNUCC, OCDE, entre otras), fomentando así que los países más desarrollados comenzaran a suscribir leyes internas que legislaran el soborno a funcionarios extranjeros. (Deming, 2010) Asimismo y cada vez más, los países en vías de desarrollo están siguiendo este camino.

Sin perjuicio de ello, esta ley sufrió desde su sanción críticas diversas en varios aspectos, los cuales incluían desde la situación desfavorable en que se encontrarían las empresas estadounidenses en cuanto sufrirían desventajas competitivas hasta la permisividad respecto de ciertos tipos de pagos que eran considerados poco éticos. Estas desventajas competitivas se configurarían en tanto al ser los Estados Unidos el primer país en regular y castigar este tipo de prácticas corruptas, se generarían “trabas” al momento de intentar contratar con aquellos países que exigían dádivas, por lo que el resto de países competidores se encontrarían en “mejores condiciones” a tales fines. Por ejemplo, tal restricción no afectaba a las empresas europeas, las cuales podían deducir impositivamente los pagos de soborno extranjero

Estos comentarios derivaron en modificaciones a la ley concretadas por el Congreso estadounidense. De esa manera, en el año 1988 se incorporaron las enmiendas al texto, a través del Título V de la denominada “Omnibus Trade and Competitiveness Act”. Sin bien se efectuaron cambios de gran relevancia, las principales áreas regulatorias que establecía el texto original fueron mantenidas. Entre las modificaciones más significativas pueden señalarse aquellas relacionadas con las prohibiciones anti-soborno respecto de los emisores y las empresas domésticas. Las nuevas disposiciones no eran aplicables para el pago de facilitación practicado a un funcionario público, partido político o funcionario de partido extranjero. Paralelamente, se decidió aumentar las sanciones penales y aplicar las denominadas multas civiles (Núñez, 2015)

Diez años más tarde, la FCPA sería nuevamente modificada con el fin de implementar la Convención de la OCDE contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros. Básicamente, las nuevas enmiendas permitieron expandir el ámbito de aplicación de la ley, incluyendo a nacionales de otros Estados, como por ejemplo, funcionarios de organizaciones públicas internacionales, y extendiendo asimismo, el ámbito jurisdiccional de la ley haciendo que esta sea aplicable más allá de las fronteras de los Estados Unidos. Finalmente, resulta

adecuado destacar que esta no es una ley que haya quedado obsoleta, sino que su actualización a través de las distintas enmiendas, permitió que su aplicación fuese aumentando a lo largo del tiempo. En ese sentido, en el período de tiempo que va desde 1997 a 1998 se lograron investigar en base a dicha ley un total de veinticinco casos relacionados a corporaciones. A partir del año 2000 y gracias en gran parte a la sanción de la “Sarbanes – Oxley Act” del año 2002 (por medio de la cual se obligó a las compañías con cotización u oferta pública de sus acciones a implementar y mantener una adecuada estructura y procedimientos de control interno para información financiera), las investigaciones comenzaron a aumentar de manera exponencial, logrando para el año 2010 un total de setenta y cuatro instrucciones entre aquellas autoridades encargadas de su aplicación (Departamento de Justicia y SEC) (Núñez, 2015)

9.2. El debate parlamentario hacia la sanción de la Ley N° 27.401

El trayecto hasta lograr la sanción de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país estuvo marcado por varias etapas.

La iniciativa estuvo a cargo del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), el cual materializó esta propuesta a través del mensaje 127, del 20 de octubre de 2016, cuyo texto poseía notables diferencias con aquel que sería definitivamente sancionado al año siguiente. Básicamente, el PEN exponía como fundamentos principales la necesidad de generar mayor eficiencia en las políticas de prevención y lucha contra la corrupción desarrollando incentivos a fin que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la administración pública, cooperando asimismo con las autoridades; el promover que las personas jurídicas enmarquen sus objetivos tanto sociales, comerciales como económicos con una visión de integridad y prevención de ese tipo de delitos; generar, a través de la amenaza de sanción a las personas jurídicas la posibilidad cierta de mitigar su responsabilidad en el caso que hubieran colaborado en la prevención y detección de los delitos y asimismo habilitar sanciones mediante el establecimiento de un sistema de atribución de responsabilidad que guíe el comportamiento de las personas afectadas así como el de las autoridades encargadas de su aplicación.

En dicho mensaje de elevación también se presentaron como estrategias centrales en la promoción de esta iniciativa legislativa: “adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la administración pública y el soborno transnacional a los

estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha Convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aprobada por ley 25.319, y en vigor desde 2001, presenta una serie de medidas relacionadas que permiten la aplicación efectiva de esa figura penal y la eficacia de los sistemas de investigación, enjuiciamiento, sanción y prevención. Entre dichas medidas, se encuentran la posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas y que tal responsabilidad acarree para ellas sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas”. Asimismo, se presentó la opción de instaurar el “Acuerdo de Colaboración Eficaz” como medida de política criminal orientada a obtener cooperación por parte de las personas jurídicas en la investigación del delito, de modo de justificar aún más la necesidad y beneficio de contar con una ley como esta. (Barbutto, 2017, pág. 1)

En virtud de lo manifestado por el PEN en su mensaje de elevación, queda claro que el objeto principal de dicho proyecto no es esencialmente el castigo al infractor, sino que se toma la amenaza como una herramienta a fin de obtener la colaboración de las partes involucradas, generando para ello incentivos “negativos” tales como la amenaza de una pena elevada o sanciones agravadas para las personas jurídicas y “positivos” como la mitigación de esa pena.

Sin perjuicio de ello, esta iniciativa recibió críticas desde el ámbito jurídico por presentar importantes falencias en cuanto a, por ejemplo, el carácter selectivo respecto de las personas jurídicas escogidas para ser susceptibles de ser sancionadas penalmente, ya que el Proyecto ni siquiera hacía diferencia entre personas jurídicas públicas o privadas, dejando por fuera de esta ley a entidades tales como las personas jurídicas públicas, las pequeñas y medianas empresas, las Iglesias, los consorcios de propiedad horizontal, entre otros. Asimismo, se generaron cuestionamientos en cuanto a que la conducta típica punible no era clara ni estaba bien delimitada, así como tampoco la imputabilidad allí designada. En adición, se criticó la forma en que el Programa de Integridad que proponía el Proyecto estaba redactado, ya que no presentaba garantías de justiciabilidad para la persona jurídica afectada, el catálogo de penas/sanciones previstas en el artículo 16 de ese texto así como los criterios para su determinación (Vitolo, 2016) y varios factores más que hacen que la propuesta no sea viable del modo en el que fue presentado, por más que se tenga en consideración que varias de sus formulaciones fueran inspiradas en leyes similares vigentes

en ese momento en países con estructuras similares tales como Brasil, España (1/15) y Chile (leyes chilenas 20.393 y 20.931).

En este sentido, resulta interesante analizar cómo se desarrolló el debate parlamentario en relación al Proyecto oportunamente presentado.

A partir del ingreso de la propuesta hasta que finalmente se llegó a sancionar la ley definitiva, el trámite estuvo marcado por debates variados signados de complejidades. Entre las principales posiciones y argumentos que se presentaban, estaban aquellos que abogaban por respetar el texto del Proyecto con la salvedad del alcance de los delitos que podrían imputarse a las personas jurídicas, y por otro lado, quienes promulgaban una propuesta más extensiva que incluía todos los delitos colocando a las personas de identidad ideal en el mismo nivel que las personas físicas.

El debate parlamentario⁵³ también incluyó intercambios sobre cuál debía ser el sistema de imputación que se privilegiara (si el vinculado a los defectos organizacionales o aquel denominado objetivo), el monto de las multas a fijarse como pena (particularmente si se definían sobre los ingresos brutos de la empresa o si se buscaba un sistema alternativo), la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, y si debía excluirse a las pequeñas y medianas empresas (Pymes) de este régimen de responsabilidad penal lo que finalmente no ocurrió (Barbutto, 2017). Asimismo, desde los principales grupos de interés, se manifestaba por ejemplo, desde el sector privado, que la nueva ley inhibiría la inversión. Otros sectores, orientados más a un “populismo penal” argumentaban que se propiciaría a la impunidad, que el Estado no debe negociar cada delito y que se afectaría el derecho de defensa. Los argumentos más prudentiales planteaban la disyuntiva si el sistema penal argentino se encuentra preparado para afrontar nuevos casos del tipo “Lava Jato”. Durante el debate se hizo mención a causas actuales y resonantes tales como “Odebrecht” y “Correo Argentino”, algunos argumentos planteando que la nueva ley sería un “salvoconducto” para la primera de ellas y otros planteando que el proyecto había sido presentado mucho antes que la misma salga a la luz.

El Proyecto remitido por el PEN fue aprobado por la Cámara de Diputados en el mes de julio de 2017, luego de sufrir varias modificaciones en base a los arduos debates que tuvieron lugar. Los principales cambios que se efectuaron estaban relacionados principalmente a los tipos de delitos a los cuales sería aplicable la responsabilidad de las personas jurídicas allí

⁵³ Disponible en la página web del Honorable Congreso de la Nación.
https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgrral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html

mencionadas, la imprescriptibilidad de la acción penal y el alcance y efectos que se fijarían respecto de los acuerdos de colaboración eficaz y los programas de cumplimiento.

Posteriormente, el trámite continuó en el Senado, donde se retomaron algunos aspectos que habían sido presentados en el Proyecto inicial, mejorando cuestiones que resultaban ser de suma relevancia. Finalmente, y luego de tres meses de trabajo sobre las distintas propuestas se aprobó en esa instancia el Proyecto que se convertiría en ley, el cual fue remitido nuevamente a la Cámara inicial a los fines de su consideración (Lavia Haidempergher y de Artaza, 2018) conforme el procedimiento legalmente establecido en la Constitución Nacional. El debate parlamentario resultó muy interesante, en tanto se trataron los distintos aspectos principales planteados en el proyecto desde diversas perspectivas y en base a sólidos argumentos.

Uno de los puntos controvertidos fue la delimitación de los delitos a los cuales debía referirse la ley. En ese sentido, cabe destacarse la opinión de la diputada Burgos por la Provincia de Jujuy, presidente de la Comisión de Legislación Penal, en tanto manifestaba *que “en su origen el proyecto establecía la aplicación de la normativa por determinados delitos, se le efectuaron cambios ampliando su ámbito de aplicación a todo el Código Penal, pero luego se delimitó nuevamente a los delitos finalmente estipulados en el texto final”*⁵⁴. Es así que, cuando el proyecto finalmente pasó la instancia de Diputados, se había establecido un sistema denominado de tipo abierto según el cual la responsabilidad penal se aplicaría a las personas jurídicas en caso de cometerse cualquiera de los delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales (Borzi Cirilli, 2019)

En contra de tal delimitación se manifestaba el diputado Brugge, por la Provincia de Córdoba, al referir: *“El proyecto sancionado en la Cámara de Diputados establecía que la responsabilidad penal de las personas jurídicas alcanzaba a todo tipo de delitos y no solamente a ciertos y determinados delitos. En ese momento habíamos dicho que los bienes jurídicos que debían ser protegidos eran el interés general, el patrimonio del Estado, el medio ambiente, la salubridad y la seguridad pública y no solamente el patrimonio del Estado, como aquí se quiere hacer referencia directamente. Por lo tanto, partimos de este primer supuesto. El Senado ha restringido el ámbito de la punibilidad de las personas jurídicas en materia penal”*⁵⁵. En sentido contrario, el diputado David por la Provincia de Salta, refería que: *“...me parece que en esta primera instancia los procedimientos y lo escrito*

⁵⁴ Debate parlamentario en Cámara de Diputados 8/11/2017 - p. 321 (Fuente: Biblioteca Congreso de la Nación)

⁵⁵ Debate parlamentario, pág. 329

sobre la materia tiene más que ver con los delitos contra la Administración Pública y la lucha contra la corrupción. Entiendo que esta es una reforma positiva".⁵⁶

Borzi Cirilli (2019, pág.32) considera que "en una primera instancia, dado que la finalidad de la ley es combatir la corrupción empresaria -fundamentalmente en el ámbito de la obra pública- aparece correcta la delimitación, pero no podemos dejar de observar que más temprano que tarde nos encontraremos con un vacío legislativo, por ejemplo, en casos de contaminación ambiental o en los muy habituales casos de defraudación de los derechos de trabajadores por cambios en la razón social de empresas que continúan su misma actividad bajo otro nombre."

El tema de las sanciones fue otro de los puntos que mereció amplio debate durante el trámite legislativo. Por un lado, se encontraban quienes estaban en contra del sistema escogido en tanto resultaba complejo de aplicar considerando, por ejemplo, que en una primera instancia sería la propia persona jurídica la que manifestaría el perjuicio patrimonial ocasionado, o la complejidad de las medidas de prueba, todo lo cual no sería adecuado considerando el plazo de prescripción de seis años estipulado, luego de que se dejara de lado la imprescriptibilidad afirmada inicialmente (Borzi Cirilli, 2019, pág. 35)

Otros legisladores, como Argumedo por la Ciudad de Buenos Aires, señalaron que "*en realidad, este proyecto y sus modificaciones disminuyen las penas cada vez más y también se reducen las multas... Reitero: se trata de una ley demasiado blanda y vamos a continuar en ese camino, porque las excepciones son más que las sanciones respecto del actual sistema penal. La Nación Argentina va a seguir siendo víctima de la corrupción empresaria de corporaciones y bancos porque el sistema judicial sigue siendo cómplice de esto, y me temo que a través de leyes como estas el Poder Legislativo también, porque son lo suficientemente blandas como para incentivar a los señores empresarios a cometer actos de corrupción*"⁵⁷. En conclusión, varios legisladores han considerado que, en este aspecto, la ley es imperfecta y se tendrá que modificar a la brevedad porque la realidad de la actividad judicial llevará a no poder aplicarla en muchas situaciones. En ese sentido, el Grupo de Trabajo al analizar la norma finalmente sancionada, consideró que si bien la ley 27.401 había aumentado las sanciones para el soborno transnacional, lo cierto es que hay aspectos en la redacción que no pudieron ser del todo aclarados.

⁵⁶ Debate parlamentario, pág. 340

⁵⁷ Debate parlamentario, pág. 363/4

La imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos de corrupción fue un tópico que generó opiniones encontradas en el proceso legislativo. Más aún si se tiene en cuenta que la Cámara de Diputados aprobó esta posibilidad, la cual luego fue desestimada en el Senado.

Al respecto, el diputado por Brugge manifestó: *“El otro aspecto al que quiero hacer referencia es la extinción de la acción... fue un mérito de esta Cámara la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, lo que fue borrado de un plumazo por el Senado de la Nación. Nosotros hacíamos referencia a que ello estaba concatenado con lo que expresamente establece el penúltimo párrafo del artículo 36 de la Constitución Nacional, que habla de graves delitos contra el Estado que conlleven un enriquecimiento. De esta manera se equipara con un atentado contra el sistema democrático, y por lo tanto entendíamos que debía ser imprescriptible”*⁵⁸. En igual sentido crítico, Argumedo, por la Ciudad de Buenos Aires, se refirió al respecto: *“En cuanto a la prescripción, frente a la imprescriptibilidad que se había dado para luchar contra la corrupción de las últimas décadas -que ha saqueado a la Argentina-, aquí tenemos una prescripción a los seis años, con un agravante: en este caso se va a penar solamente el delito de corrupción”*⁵⁹. Se han escuchado opiniones críticas en torno a que además de que la persona jurídica pueda eximirse de responsabilidad penal y se incluya la administrativa, exigiéndose solo la devolución del beneficio indebido obtenido. En ese caso, resultaría un dilema la determinación de lo que se entienda por beneficio, si será la ganancia proveniente del contrato celebrado con el Estado o el monto total percibido (Borzi Cirilli, 2019, pág. 36)

En Senadores, la posición era contraria a aquella planteada en la Cámara baja. Dicha postura puede verse reflejada, por ejemplo, en los dichos del Senador Guastavino, en tanto expresó que: *“En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, que estaba plasmado en la media sanción, diría que fue altamente criticado y fue contundente la oposición de todos los que expusieron y también el espíritu de todos los señores senadores con referencia a la imprescriptibilidad. Comparar o equiparar a los delitos de corrupción con los delitos de lesa humanidad a todos les pareció una barbaridad. ofensa a la humanidad de los delitos de lesa humanidad hace que se transformen en imprescriptibles. De manera que esa figura fue eliminada del texto en consideración.”*⁶⁰

El nombrado Senador también hizo alusión a la modificación efectuada respecto de las pequeñas y medianas empresas (Pymes): *“En cuanto a las pymes, la Cámara de Diputados*

⁵⁸ Debate parlamentario, pág. 331

⁵⁹ Debate parlamentario, pág. 361

⁶⁰ Debate parlamentario, pág. 13

estableció en su sanción exceptuarlas del régimen penal. Pero como lo señalan los expertos, no había razones para que una pyme que comete un delito de los contemplados en la ley no fuera sancionada por su actuar ilícito.

En la propuesta en análisis, todas las personas jurídicas privadas, conforme lo define el Código Civil y Comercial, son susceptibles de responsabilidad penal.”⁶¹

Sin perjuicio de las posiciones encontradas que se suscitaron durante el trámite legislativo, resulta adecuado remarcar que tanto en Diputados como en Senadores se remarcó la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el país mediante la suscripción de Convenciones tales como la de la OCDE. Más aún, el Senador Guastavino, en la apertura de sesión, hizo alusión a la evaluación que tuvo lugar durante la Fase 3 bis, en la que se evaluó el proyecto de ley de responsabilidad penal de personas jurídicas, el cual si bien lograba avances en las cuestiones que estaban acordadas en la convención, presentaba deficiencias en tanto no todas las recomendaciones de la OCDE se encontraban allí plasmadas, ni tampoco en aquel proyecto sancionado en Cámara de Diputados. El nombrado destacó que todos aquellos puntos requeridos por la OCDE habían sido finalmente plasmados en el texto final.

La sanción de la ley tuvo impacto no sólo por las disposiciones novedosas que allí se establecían y por los nuevos mecanismos que de ella se desprenderían, sino también porque se dio en un contexto tanto político como social y jurídico en especial, en el que la lucha contra la corrupción había sido establecida como uno de los pilares fundamentales de gobierno. En ese escenario, es que en el mes de abril de 2017 la Argentina solicita formalmente su ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), situación que actualmente no ha sido resuelta. Sin embargo, cabe destacarse que nuestro país es miembro del Centro de Desarrollo de la OCDE y del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información.

10. Aspectos fundamentales de la ley 27.401 de conformidad con los requisitos establecidos en la Convención de la OCDE

Teniendo en consideración lo relevante, controvertida y decisiva que ha resultado la sanción de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, más aún si se tiene en consideración los diversos intentos frustrados de modificación del Código Penal, los años

⁶¹ Debate parlamentario, pág. 14

que se demoró el tratamiento del proyecto de ley en el ámbito legislativo y una vez concretado esto, las diferentes opiniones que tuvieron que ser consideradas tanto en la Cámara de Diputados como de Senadores, los cambios que allí se efectuaron y el texto finalmente plasmado cuyo objetivo principal era dar cumplimiento a las disposiciones de la OCDE, conforme fuera manifestado de manera expresa en ambas instancias.

En virtud de ello es que resulta adecuado establecer de manera detallada cuáles fueron aquellos aspectos fundamentales que finalmente quedaron plasmados en el texto final de dicha normativa. Corresponde no solo hacer mención de los puntos más resonantes y cuáles fueron eventualmente las críticas que se efectuaron, sino también analizar de qué manera se articularon mecanismos a efectos que estas disposiciones pudieran ser aplicadas en la práctica.

En ese sentido, se hará especial hincapié en los diferentes aspectos que fueron abarcados en esta ley de conformidad con los requisitos que establece la Convención. En ese sentido, se hará alusión a cómo es el régimen de atribución de responsabilidad incluido, cuáles son los delitos alcanzados por la ley, las personas jurídicas que se encuentran sujetas al régimen impuesto, las sanciones aplicables, la determinación de la jurisdicción, así como lo referente a las disposiciones referidas a lavado de dinero y contabilidad, entre otros aspectos.

Asimismo, se analizará la forma en que ha quedado establecido el programa de integridad (usualmente conocido como “compliance”) que establece en su artículo 22, haciendo alusión a los mecanismos internos que se propiciaron para su correcta adecuación.

10.1. Régimen de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

10.1.a. ¿Es posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica? Argumentos contrarios.

Con anterioridad a que se logre sancionar la ley 27.401, el debate giraba en torno a la posibilidad o no de atribuirle responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Actualmente, esa discusión ha cobrado mayor relevancia, tanto a nivel nacional como internacional, en virtud del aumento de la criminalidad económica, con énfasis en aquellos países industrializados. La creación de empresas, asociaciones y corporaciones, que en definitiva son personas jurídicas que en muchos casos son creadas para encubrir delitos

ejecutados por personas físicas, ha vuelto necesaria la obligación de tomar conciencia de esta situación y eventualmente prever sanciones penales para tales comportamientos llevados a cabo por las personas de existencia ideal (Vitolo, 2016)

Las opiniones doctrinarias que se posicionaban en contra de esta posibilidad, basaban sus fundamentos en que no resulta una opción viable pues colisionaba con el principio básico de derecho penal “societas delinquere non potest”, por medio del cual no sería posible hacer responder penalmente a ese tipo de personas dado que la lógica penal se caracteriza por una concepción individual de la responsabilidad penal centrada en las personas de existencia física (Pares Hipólito)

Otros argumentos sostenían que desde el punto de vista penal, para que haya acción, responsabilidad y pena se exige la presencia de una voluntad, la cual se entiende, puede estar presente en una persona física, pero no así en una jurídica (Fernández, 1981) Esa voluntad, asimismo, sería entendida como una facultad psíquica exclusiva de la persona individual, no existiendo en la persona jurídica, siendo este un ente de carácter ficticio a que el derecho le otorga capacidad a efectos distintos de los penales. (Muñoz Conde, 1991)

Jurisprudencialmente, uno de los fallos más resonantes en relación a esta postura fue aquel caratulado "Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario" (CSJN, 30 de mayo de 2016)⁶², especialmente en lo que respecta al voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, en tanto consideró que: *“5) Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el nullum crimen sine conducta”* y *“11) Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica*

⁶² Disponible en

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=603892&cache=1575550938445>

"la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena"

El magistrado llega a esa conclusión con fundamento en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y concluye que *"...la operatividad de la máxima constitucional nulla injuria sine actione impone la 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"*.

Siendo ese el punto central del razonamiento, se agregan luego otras limitaciones como la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto - precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación-, negando así la base misma del juicio de reproche, o, más concretamente, el hecho de que por entonces nuestra legislación carecía de una regulación procesal específica que determinara el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permitiese también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido (Borzi Cirilli, 2019, pág. 39)

Este era el criterio sostenido con anterioridad al caso mencionado, por ejemplo, por la Cámara Nacional en lo Penal Económico: *"El derecho penal se basa sobre la regla general por la cual se determina que solo puede ser sujeto activo de una conducta penal la persona humana con capacidad de autodeterminación, por ello las personas de existencia ideal no pueden ser perseguidas penalmente, sin embargo en ciertos casos se ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas por medio de leyes especiales, no siendo el caso de la ley penal tributaria, la cual no contiene ninguna excepción al principio societas delinquere non potest..."*⁶³

Este fallo, si bien fue rechazado por la mayoría de la Corte Suprema que lo declaró mal concedido, terminó siendo determinante y, curiosamente, sentó jurisprudencia en virtud de la

⁶³ "S.P. SA s/inf. ley 24769" - CNPEcon. - Sala B - 3/11/2005 (del voto de los doctores Hornos y Pizzatelli)

disidencia del Dr. Zaffaroni, siendo aplicada en casos excepcionales la responsabilidad penal para las personas jurídicas. (Borzi Cirilli, 2018)

Lo interesante de analizar estos razonamientos, resulta ser que no son pensamientos que no se hayan encontrado vigentes al momento de desarrollar la ley que aquí nos atañe, sino que por ejemplo, el voto emitido por un Magistrado de la Corte Suprema de la Nación tuvo lugar el mismo año en que el Proyecto fuese elevado por el PEN al Congreso nacional. Esta situación pone de manifiesto el equilibrio necesario que tuvo que plasmarse en el texto de la ley, ya que se encontraban en contraposición posturas como las antes mencionadas y aquellas obligaciones asumidas por nuestro país a nivel internacional mediante la adhesión a los tratados que imponían la obligación de sancionar penalmente a las personas jurídicas.

Estas distintas posiciones y grupos de interés contrapuestos se vieron claramente reflejados por ejemplo, durante el trámite legislativo. Una de las opiniones que pone de manifiesto tal situación es la del Diputado Sánchez por la Ciudad de Buenos Aires, en tanto expresó: *¿Sabe quiénes nos piden esta ley, señora presidenta, además de la sociedad? Las empresas y los empresarios que están acostumbrados a hacer sus negocios sin pagar coimas, porque compiten de manera desleal con otros. Recordemos la cartelización de la obra pública. Eso sí que fue característico de muchos años; pero el discurso político, que es válido, ya lo hice al principio de la sesión, y ni de una sola palabra me arrepiento.*⁶⁴

Esto demuestra claramente que las empresas eran uno de los sectores con mayor interés en la sanción de esta ley. Específicamente, aquellas multinacionales que actuaban en el país y que por su naturaleza ya cumplían con los estándares requeridos, por lo cual apoyaban la intención de sancionar una ley de compliance que igualara condiciones con aquellas que no contaban con dicha regulación (por ejemplo, pymes, empresas nacionales, etc)⁶⁵. De hecho, el anteproyecto se presenta con el apoyo las Cámaras empresariales, lo cual fue un buen indicio en tanto eran ellas quienes ya contaban con la experiencia necesaria en el tema. La Cámara de Comercio Alemana, la Cámara de Comercio Latinoamericana, la Cámara de Comercio de Estados Unidos (AmCham), la Cámara de la Mediana Empresa, fueron algunas de las que formaron parte del proceso.

Esto también se vio favorecido por el momento político que se vivía, ya que uno de los ejes principales del gobierno actuante era la lucha contra la corrupción y en relación a ello, lograr

⁶⁴ Debate parlamentario, pág. 72

⁶⁵ Información también aportada mediante entrevista realizada a ex funcionario de la Oficina Anticorrupción (fecha 19/05/2020)

ser miembro de la OCDE se había convertido en un objetivo primordial, ya que el que un país logre dar cumplimiento a los estándares de dicha Organización y ser parte de la misma, le otorga buena percepción a nivel internacional, lo que en definitiva podría redituarse en un incremento en las inversiones, lo que justamente se buscaba incentivar también.

10.1.b. Derecho comparado

Más allá de las posiciones encontradas que pudiesen plantearse en contra o no de esta atribución de responsabilidad, lo cierto es que nuestro país ya preveía esta posibilidad para otros tipos de delitos (penal tributario, de orden económico y financiero, lavado de dinero, aduanero, entre otros)

Sin embargo, esta situación no se encontraba únicamente prevista en el territorio nacional, sino más bien obedecía a una corriente que se estaba prolongando también a nivel mundial. Resulta adecuado en esta instancia incluir disposiciones relativas al derecho comparado a fin de obtener un panorama de cómo fue evolucionando este tema, cuáles fueron las motivaciones comunes y la manera en que los distintos países fueron adecuando su normativa interna en torno a este fenómeno. Más aún si se tiene en cuenta que nuestro país fue el último dentro del Convenio en adaptar su legislación en este sentido.

En ese sentido, resulta interesante destacar que en el caso de los países de Latino América, la combinación de dos factores fue determinante para que incorporaran este tipo de normativa: la intención de acceder a la OCDE y la necesidad de dar respuesta a los escándalos internos de corrupción que tuvieron lugar durante la década de los '00 (por ejemplo, caso de corrupción en México relacionado con el Presidente Peña Nieto, caso de Lava Jato en Brasil) (entrevista a Guillermo Jorge)

Empezando por los Estados Unidos, cuyo objetivo no fue solo ser pionero en base a su reconocida FCPA, sino expandir sus disposiciones por fuera de sus fronteras. Cabe poner de manifiesto que la Corte Suprema de ese país ya había autorizado en 1909 sanciones penales a empresas en el caso “New York Central & Hudson River c. Unites States” (Ayres, 2014)

En el ámbito europeo, se encuentra vigente la recomendación 18/1988, efectuada por el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa y demás decisiones que se dictaron como consecuencia de tal decisión, por medio de la cual se obliga a los Estados miembros a tomar medidas respecto de las personas jurídicas, de manera de imponerles sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias ya sea con carácter penal o

administrativo, protegiendo así los intereses de la Unión desde diferentes ámbitos abarcando delitos financieros, trata de personas, delitos contra el medio ambiente, entre otros. Países como Francia (en 1993) y Bélgica han incluido provisiones con sanciones a las personas jurídicas en sus Códigos Penales. Holanda lo hizo bastante tiempo antes, ya en el año 1976. Portugal hizo lo propio en 1983 y con la reforma a su Código Penal en 2007. Otros países que han seguido esta corriente en dicho continente son, por nombrar algunos: Reino Unido, Suecia, Islandia, Estonia, Noruega, Irlanda, Austria, Dinamarca, entre otros. España, por su parte, introdujo este tipo de responsabilidad penal recién en el año 2010, introduciendo en el año 2015 una reforma que aclararía cuestiones en la materia. A diferencia de estos países, Alemania optó por fijar la responsabilidad de las personas jurídicas pero de índole administrativa (Lavia Haidempergher y de Artaza, 2018)

En nuestra región, se destaca la ley N° 20.393 del año 2009, promulgada por la República de Chile, con especial motivo de su ingreso como miembro pleno de la OCDE (por este hecho es que la redacción original del proyecto presentado por el PEN se basó en su gran mayoría en las disposiciones de esta ley) (González Guerra y Tamagno, 2018), adoptando el modelo de responsabilidad por incumplimiento de deberes de dirección y supervisión. La República del Perú hizo lo propio al sancionar la "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional" en el año 2016, en miras a dar cumplimiento a los requerimientos establecidos por la mencionada Organización. La República Federativa del Brasil posee también su propia ley anticorrupción, en vigor desde el año 2014, época en la que dicho país se encontraba en el centro de la exposición debido a las causas judiciales que involucraban tanto funcionarios judiciales como políticos. Otros países del continente americano que han incluido en sus legislaciones disposiciones similares son: Colombia, República Dominicana, Guatemala, México, Belice, El Salvador.

10.1.c. Modelo de atribución de responsabilidad

El criterio de imputación de responsabilidad penal sufrió diferentes modificaciones hasta llegar a la versión definitiva, el proyecto original versaba más sobre una fórmula de responsabilidad penal basada en la ineficiencia de los sistemas de control de la persona jurídica, sin embargo, posteriormente dicho criterio imputativo derivó en una determinación poco menos que de responsabilidad objetiva, ya que se eliminó de su texto toda referencia a

los sistemas de control, lo que generó una fuerte crítica en los ámbitos académicos y empresariales (Beccar Varela, 2017)

El criterio de responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra establecido en el artículo 2 de la Ley 27.401, en tanto señala que:

“Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.”

Básicamente, el artículo en cuestión tiene como objeto resolver la forma en cómo se debe vincular la conducta de los miembros de la persona jurídica con dicho ente de personalidad ideal.

Uno de los puntos definitorios de este artículo viene dado por la pauta establecida en el último párrafo, en tanto queda estipulado que si la acción por la cual se comete el delito está orientada al beneficio de la persona jurídica o si proporcionó, tanto de forma voluntaria o accidental, algún provecho para ésta, la responsabilidad puede ser atribuida. Asimismo, el mencionado artículo señala la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos que haya cometido, "directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio", aun "si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita".

La redacción de estos párrafos está orientada a establecer que la persona jurídica no evada la investigación penal valiéndose en su funcionamiento burocrático o constitución legal (Barbutto, 2017)

Los artículos 3 y 6 de esta normativa adhieren a esta concepción, en cuanto el primero de ellos establece que aunque la sociedad en cuestión sufra modificaciones, la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a aquella que resultare o bien a aquella que absorba a la misma. Asimismo, señala que la responsabilidad se mantiene aun cuando "de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la

identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos". Siguiendo la misma línea, el artículo 6 dispone que: que "la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica".

Algunos autores como Barbuto (2017) plantean la idea que la noción de "tolerancia" que allí se designa pudo haber sido incluida "para evitar la impunidad para casos en que la persona jurídica se coloca en una situación de ceguera voluntaria o cuando procura eludir su responsabilidad mediante la creación de una estructura burocrática compleja con el fin de poder alegar falta de conocimiento".

Otros doctrinarios (Carrió y Reussi, 2018) consideran que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en esta normativa, no resulta ser absolutamente autónomo ni vicarial, sino que más bien se trata de un tipo de modelo mixto que, del modo en que se presenta, parecería ser particular y eventualmente problemático. Ello, en virtud de que al tratarse de una norma tan fundamental como la que se está analizando, se entiende que la misma tendría que haber sido redactada con mayores precisiones, debiendo el legislador haberse explayado aún más, dado que se trata de una materia que no ha sido explorada aun en su totalidad. Especialmente, hacen alusión a que concepto tal como "indirectamente", establecido en el párrafo 1° del artículo 2° no se encuentra bien especificado y genera diversas variantes.

10.2. Delitos alcanzados. Personas jurídicas sujetas.

El artículo 2 de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, establece que: *"Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero."*

El objeto y alcance de la ley argentina de responsabilidad penal de las personas jurídicas está delimitado ya desde su artículo 1°, de conformidad a las disposiciones de la mencionada Convención, en tanto establece que: *"La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de*

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

Claramente, del texto citado surge que la norma se está refiriendo a las personas jurídicas de carácter privado.

En primer lugar, resulta pertinente aclarar que el Código Civil argentino define a las personas jurídicas como *“todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”*

Asimismo, el artículo 145 del mismo Código las clasifica en personas jurídicas privadas o públicas, enumerando cuáles son las de carácter privado (artículo 148) y las de carácter público (artículo 146). En ese sentido, si bien el Código no las define, podría decirse que las personas jurídicas públicas se caracterizan por ser aquellas que funcionan y existen en base al Derecho Público (sin perjuicio que parte de su actividad esté regulada por el Derecho Privado). Por su parte, las de carácter privado pueden definirse como aquellas cuya existencia se encuentra regulada por el Derecho Privado, aunque necesitan de una autorización especial para funcionar. Se trata de entes colectivos que se constituyen con el objeto de satisfacer intereses de los particulares, por lo que no son titulares de poderes públicos, siendo su patrimonio mayoritariamente privado, es decir, no estatal (Dromi, 2015)

Las personas que se incluyeron en el artículo 148, son a modo enunciativo, las siguientes: *“a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.”*

Durante el trámite parlamentario, el Senado determinó que se limitan los delitos aplicables a empresas, las multas no se vinculan a su facturación y podrán beneficiarse si cuentan con un programa de integridad. Además, la ley solo contemplará los delitos contra la administración pública cometidos por personas jurídicas (prescriben a los seis años) y las multas serán de dos a cinco veces la ganancia obtenida ilegalmente por la empresa.

De conformidad al texto de la ley objeto de análisis, el régimen de responsabilidad penal que allí se determina, se aplica a las personas jurídicas privadas, no efectuando distinción entre aquellas que sean de capital nacional o extranjero, y que tengan o no participación estatal, respecto de los delitos que allí enunciados. Se trata de un modelo que principalmente describe de manera específica aquellos delitos por los cuales la persona jurídica podría incurrir en responsabilidad (Grisetti, 2018)

En relación a ello, cabe destacarse que la ley eliminó la exclusión, en su aplicación, de las personas jurídicas que se encuentran establecidas en la ley 25.300, relativa a las micro, pequeñas y medianas empresas. Esta consideración resulta adecuada, ya que de otro forma se estaría otorgando un tratamiento injusto reconociendo un privilegio en favor de este tipo de entidades, en tanto representan en nuestro país más de un 90% de las compañías locales, afectando de esa forma el principio de igualdad ante la ley (Papa, 2018)

Asimismo, en el artículo 1° de la ley 27.401 se establece y enumeran los delitos por los cuales las personas jurídicas deberán responder penalmente: el cohecho y el tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis CP), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 CP), concusión (art. 268 CP), utilización de información privilegiada con fines de lucro (art. 268), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 CP) y balances e informes falsos agravados (art. 300 bis CP).

De esta manera, algunos autores, como Barbutto (2018) consideran que la forma en que se optó por legislar este apartado, permitió que no se equiparara a las personas físicas y a las jurídicas como sujetos de reproche penal, sino que más bien se eligió establecer un catálogo de conductas que fuese relevante por los efectos que tendría en las políticas de prevención, investigación y sanción de la corrupción. Sin perjuicio de ello, considera asimismo llamativo, el hecho que hayan quedado fuera conductas que estaban previstas en el proyecto original del PEN, como son: la malversación de caudales públicos, las exacciones ilegales y la administración fraudulenta agravada por ser cometida en perjuicio de una administración pública.

10.3. Definición autónoma de funcionario público extranjero

Uno de los puntos exigidos a la Argentina por el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE ya desde la Fase 1, era la necesidad que el país contase con una definición autónoma de funcionario público extranjero.

En ese sentido, con la sanción de la ley N° 27.401 y a partir de la modificación del artículo 258 bis del Código Penal, la Argentina pudo suplir esa deficiencia, dando así cumplimiento al mandato convencional. Con esta modificación, se estableció que: *“Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.”*

Conforme la Convención, el sujeto pasivo del delito es el funcionario público extranjero que recibe el soborno. El cohecho pasivo está por fuera del ámbito de aplicación, pero la definición del concepto de funcionario público es esencial para poder atribuir la conducta reprochable a aquellos que realizan sobornos en el comercio internacional. Para que se configure el soborno, no se exige que el receptor del beneficio sea el propio funcionario. En ese sentido, es que el art. 1.1 de la Convención prevé expresamente que ese beneficio puede ser otorgado a un tercero, ya sean personas (como familiares o allegados) u organismos (ONGs, o partidos políticos), sin importar que el beneficiario esté al tanto de la operación (Mahiques, 2015)

Cabe destacarse que el instrumento referido contiene de por sí una definición autónoma de funcionario, lo cual resulta beneficioso ya que, a diferencia de otros tratados similares, no depende de la calificación según el derecho interno al cual pertenece el funcionario, evitando de esa manera el riesgo que tal remisión puede representar. Si bien no es necesario que la normativa interna transcriba textualmente la definición de la Convención, sí han sido reprochados aquellos países que realizan una remisión al derecho interno del funcionario sobornado (Mahiques, 2015)

Podría establecerse que la Convención se aplica tanto a servidores públicos estatales como a funcionarios de organizaciones intergubernamentales, cualquiera sea su área de competencia. Lo esencial aquí es que se ejerza una “función pública”, por lo que se incluye a los órganos de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y a todos los niveles gubernamentales (federal, provincial o municipal). Asimismo, abarca a los entes descentralizados de la administración, así como a las "empresas públicas". Sin embargo, para que un integrante de este tipo de empresas pueda ser catalogado como funcionario público conforme la Convención, en los Comentarios a ésta se establece que el Estado debe

ejercer una "influencia dominante" (control) sobre la empresa, y que esta empresa cumpla una "tarea pública".

La definición de "funcionario extranjero" de la Convención no incluye las actividades de organizaciones no gubernamentales, concepto que abarca entidades tan importantes como el Comité Olímpico Internacional o la Federación Internacional de Fútbol Asociado (F.I.F.A.), cuyas actividades quedan por ende fuera del alcance de la Convención en casos como los escándalos relativos a la designación de Qatar como sede del Campeonato Mundial de fútbol en 2018 (Zerbes, 2007) Del mismo modo el Convenio no resulta aplicable a aquellos que sean miembros de partidos políticos ni tampoco a candidatos. Esta posibilidad (la cual se encuentra receptada en la FCPA) fue propuesta por los Estados Unidos, pero los países europeos no vieron esta opción con agrado, por lo que no fue incluida en el texto final (Mahiques, 2015)

10.4. Sanciones aplicables

La Convención de la OCDE establece ya en su artículo 3 la obligación de prever sanciones "eficaces, penales y disuasorias".

Una de las cuestiones más discutidas, a medida que los diferentes proyectos de ley iban siendo tratados, era aquella relativa al tipo y gravedad de las sanciones que se fijarían para las personas jurídicas. Esto era así, ya que en el proyecto original se había establecido que la sanción pecuniaria estaría determinada entre el 1 y el 20% de los ingresos brutos anuales de la compañía correspondiente al ejercicio anterior a la fecha en que el delito hubiese sido cometido. Sin embargo, tal posición fue luego modificada y reducido el mínimo al 0,5% de aquella base hecho que, si bien trajo cierto alivio a la ámbito empresarial, seguía siendo una sanción potencialmente muy elevada en función de la dimensión de la persona jurídica de que se trate (más aún si se tienen en cuenta los volúmenes que ese porcentaje podría representar para las grandes empresas nacionales). La ley que se planteaba hasta ese momento poseía graves deficiencias, en tanto no hacía distinción entre la gravedad, la función de la persona física involucrada, ni el beneficio que se hubiese obtenido por el acto de corrupción en cuestión. Bastaba con que la conducta atribuida coincidiera con alguno de los delitos allí tipificados para obligar a la empresa a abonar al Estado sumas millonarias de dinero. El agravante de esta situación era que en los proyectos previos ni siquiera se planteaba alguna herramienta de extinción de a pena, debiendo la persona jurídica abonar

de cualquier forma el mínimo de la sanción (aun habiendo obtenido un acuerdo de colaboración eficaz con el Ministerio Público Fiscal) (Beccar Varela, 2017)

Como consecuencia, la presión y el lobby de los ámbitos empresarios no tardaron en hacerse sentir en el Congreso Nacional durante el trámite parlamentario, logrando que finalmente la ley previera un monto de sanción vinculado directamente al hecho de corrupción del que se trate y al potencial beneficio obtenido (Beccar Varela, 2017). De esa manera, se determinaron las siguientes sanciones para la persona jurídica, que estarían establecidas en el artículo 7:

“1) Multa de dos [2] a cinco [5] veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez [10] años; 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez [10] años; 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.”

A diferencia de las personas físicas, en que el bien jurídico de máximo valor, de posible afectación retributiva a través de la pena, resulta ser la libertad individual, en el caso de las personas jurídicas podría decirse que este bien estaría representado por la libertad de actuación, jurídica y económica. Del análisis de la norma, puede observarse que ofrece un abanico de previsiones que van desde la penalidad de multa hasta restricciones de mayor grado referidas a la libertad económica y personería jurídica. La forma en la que está redactada la norma, en función de lo que dispone el art. 1º, solo será aplicable en los casos allí específicamente mencionados, conforme la suscripción al principio de legalidad (Grisetti, 2018)

Otro de los puntos importantes que establece la ley, en su artículo 10, es la posibilidad de decomisar, ya sea en favor del Estado Nacional, de las provincias o de los municipios, las cosas que hubieren servido para cometer el hecho y aquellas que fuesen el producto del delito. Esta disposición va en concordancia con las medidas de este tipo que se encuentran ya estipuladas en los tratados internacionales contra la corrupción a los cuales nuestro país ha adherido. Específicamente, la Convención de la OCDE hace alusión a este tipo de medidas en su artículo 3 inciso 3, en tanto establece que: *“Cada Parte deberá tomar las*

medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de éste de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso; o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable.”

Asimismo, otro de los puntos que cabe poner de manifiesto, es la posibilidad que prevé este instrumento a fin que las penas que allí se establecen puedan ser graduadas. En ese sentido, el juez que intervenga en la causa deberá tener en consideración a tales fines distintos factores que son considerados atenuantes (Lavia Hadempergher y de Artaza, 2018), como por ejemplo, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la magnitud del daño causado; la cantidad de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia, que tendría lugar, conforme lo dispone el artículo 8, cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior.

10.4.a. Eximición de la pena

La posibilidad prevista en el artículo 9 de la ley, en cuanto permite la eximición de la pena impuesta a la persona jurídica, constituyó un aspecto realmente novedoso de este instrumento.

A los fines de poder contar con tal beneficio y que la persona de existencia ideal quede exenta de la pena y de la responsabilidad administrativa que se le imputa, se exige que estén presente de manera conjunta tres condiciones expresamente establecidas:

- “a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;*
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;*
- c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”*

Esta norma es entendida por Barbuto (2018) como “la piedra angular del juego entre el cumplimiento de la debida diligencia por parte de la empresa y la consecuencia habilitada por el legislador una vez verificado este extremo”

Como medio para que las personas jurídicas puedan gozar de estos beneficios que la ley propone, las autoridades competentes tendrán en cuenta diversos factores, tales como las políticas de carácter preventivo que hayan incorporado las compañías a efectos de evitar este tipo de delitos, entre otros. Estas medidas se tornan aún más relevantes respecto de aquellas empresas que tomen contratos con el Estado (siempre que dicho contrato sea suscripto por un determinado monto). En dicho caso, se deberá implementar el Programa de Integridad o Compliance de manera obligatoria (López Espinar y Carnovale, 2018)

Algunos doctrinarios (Durrieu, 2018) consideran que la forma de redacción en la que se plantea el artículo 9° hace que se interprete al instituto allí establecido como una excusa absoluta. Ello, en tanto consideran que dichas causales se fijan en base a cuestiones de política criminal que hacen que de todas formas el hecho quede impune. Zaffaroni coincide con esta idea en tanto manifestó que “Se trata de causas personales que excluyen sólo la penalidad de la conducta y que se establecen por puras consideraciones político-penales” (Zaffaroni, 2006)

Una de las cuestiones que fue objeto de debate durante el trámite parlamentario, fue el hecho de si se debe otorgar impunidad a aquellos que han cometido el delito. La observación que puede llegar a plantearse en cuanto a que este tipo de previsiones propician el incumplimiento de las normas, beneficiando a quienes las transgreden y desalentando a quienes las cumplen, estuvo presente durante el debate parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación. En esa instancia se consideró que no podía beneficiarse a las sociedades que hayan tenido participación en hechos de corrupción, más si se tiene en cuenta los compromisos internacionales asumidos por la Argentina. Sin perjuicio de ello, cabe poner de manifiesto que el mencionado artículo 9, además de poner en una situación favorable a la justicia en tanto puede obtener información probatoria fehaciente, no deja a un lado la posibilidad de que el proceso penal siga adelante y que el delito pueda ser punible respecto de las personas físicas que se encuentren involucradas (Durrieu, 2018).

10.5. Criterio de Jurisdicción por nacionalidad

Como se mencionara en apartados anteriores, la Convención hace alusión al tema de jurisdicción en su artículo 4. Específicamente, en el inciso 1 se establece que: *“Cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o en parte de su territorio.”* y posteriormente, en el inciso 2, enuncia que: *“Cada Parte que tenga jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción para hacerlo con respecto al cohecho de un servidor público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.* Como se puede observar, los criterios aquí elegidos a fin de ejercer jurisdicción son el de territorialidad en el primer caso, y nacionalidad activa en el segundo.

Si bien como ya se ha mencionado el principio de jurisdicción en base a la nacionalidad resulta más habitual en aquellos países de sistema continental y ha incluso generado debate entre los defensores y detractores de su aplicación, lo cierto es que esta discusión ha perdido relevancia en atención a los tratados internacionales en materia penal que se han celebrado y en virtud que su inclusión resultó un complemento relevante en el marco de la Convención (Mahiques, 2015)

La Argentina ha sido objeto de observaciones atento no haber adaptado su legislación en relación a este punto. Finalmente, y con la sanción de la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, pudo adecuar su normativa interna a fin de dar cumplimiento a las exigencias de la Convención y aquellas planteadas por el Grupo de Trabajo sobre Soborno en las distintas etapas evaluatorias.

En ese sentido, y a través de esta nueva ley, se permitió la aplicación extraterritorial del Código Penal, para los casos de la comisión del delito de soborno transnacional (art. 258 bis), por ciudadanos Argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en nuestro territorio. Esto se vio reflejado en el artículo 29 de la mencionada ley, por el cual se incorpora el artículo 1, inciso 3 del Código Penal, ejecutando la modificación necesaria.

Asimismo, se amplió la Jurisdicción Penal Argentina para someter a su competencia el juzgamiento del delito de soborno transnacional, mediante el artículo 38 de la ley 27.401, por el cual se sustituyó el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), incorporando esta modificación, en su nuevo art. 33, punto 1), inc. e). (Papa, 2018, pág. 15)

Con estas incorporaciones, la Argentina estaba dando cumplimiento a exigencias que venían siendo remarcadas desde las etapas iniciales con lo cual se demuestra el interés nacional en promover medidas que se adecúen a los estándares de la OCDE.

10.6. Prescripción

La mencionada Convención dedica en su artículo 6 un apartado específico relativo a la prescripción, estableciendo que: *“Cualquier ley de prescripción aplicable al delito de cohecho de un servidor público extranjero deberá permitir un plazo adecuado para la investigación y el enjuiciamiento de ese delito”*

Si bien este tema fue ampliamente debatido durante el trámite legislativo que tuvo la ley 27.401, donde se llegó incluso a plantear la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, se llegó a acordar que “la acción penal respecto de las personas jurídicas prescribe a los seis (6) años de la comisión del delito” (conforme artículo 5) Entendiendo asimismo que para este instituto se aplicarán las reglas de suspensión e interrupción que establece el Código Penal.

En atención al plazo estipulado por la ley, el Grupo de Trabajo consideró en la etapa evaluatoria Fase 1 bis que sería aconsejable determinar de qué manera dicho artículo resulta suficiente para su aplicación en la práctica. Ello, teniendo en consideración que como resultado de la Fase 3 bis se evidenciaron importantes demoras en las investigaciones y juicios en materia de corrupción, en las que se ha evidenciado demoras de hasta dos décadas. Sumado a esto, el Grupo consideró que si esos retrasos se daban en causas relativas a personas físicas, en aquellos procesos que tengan lugar respecto de personas jurídicas, cuya estructura es aún más compleja, las demoras serían mayores.

10.7. Lavado de Dinero y Contabilidad

Uno de los aspectos destacables de la Convención es que esta no se limita a obligar a criminalizar el soborno transnacional, sino que hace alusión también a otras figuras conexas: el lavado de activos (art. 7) y las normas sobre contabilidad (art. 8). Estas normas, que representan un aspecto innovador del instrumento, son muy relevantes en la práctica, dado que aumentan las posibilidades de detectar y prevenir el soborno transnacional, excediendo

el marco de lo estrictamente penal. Esto es así ya que dichos artículos se dirigen específicamente al aspecto financiero del delito de soborno, atacando los flujos de dinero tanto en la etapa de su preparación, evitando el establecimiento de "cajas negras" ("slush funds"), como en la del ocultamiento y reciclado del producto del delito -normalmente a través del sistema financiero mundial, en especial la llamada banca off shore (Mahiques, 2015, pág.8)

El régimen de imputación del delito de lavado de activos para personas jurídicas se encuentra establecido en el artículo 304 del Código Penal, no así en la Ley 27.401, la cual no hace mención específica a ese tipo de delito. Sin perjuicio de ello, el Grupo de Trabajo consideraría en la Fase 1 bis que debería evaluarse la forma en que ambos regímenes conviven de forma paralela.

En lo atinente al aspecto contable, la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas receptó en su texto la obligación establecida en el respectivo artículo 8, tipificando ya en su artículo 1, inciso e) como delito los "balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal". La veracidad que deben poseer los registros contables de todos los entes ideales que abarca esta ley (que también son obligados a llevar contabilidad en base al CCy Co) representa un aspecto interdisciplinario de esencia contable que impacta en el delito tipificado en el artículo 1 inciso e) de la ley. Esto significa que no puede ocultarse mediante registraciones contables fraudulentas el pago de sobornos efectuados a funcionarios públicos ya sean locales o extranjeros (en beneficio de las personas jurídicas involucradas), o inclusive, extenderse por medio de la emisión de facturas apócrifas (Papa, 2019)

Asimismo, mediante el artículo 37, por el cual se incorpora el artículo 300 bis al Código Penal, se ha logrado aumentar el máximo de pena impuesta oportunamente. Ambas situaciones fueron reconocidas por el Grupo de Trabajo sobre Soborno en la instancia de evaluación de Fase 1 bis.

10.8. Programa de Integridad.

El denominado Programa de Integridad se refiere a todas aquellas acciones, mecanismos y procedimientos internos que desarrollan las empresas a fin de promover la integridad de la entidad mediante la implementación de medidas de supervisión, control, prevención y detección de irregularidades a los fines que éstas puedan ser corregidas.

Este procedimiento tiene mucho que ver con la ideología que plantea la ley 27.401, en tanto no se establece una lógica de “castigo” hacia la persona jurídica en todos los casos en que tenga conexión con la comisión de un delito de aquellos estipulados en la normativa. De la interpretación de la ley surge que la idea más bien está orientada a sancionar a la persona jurídica cuando el delito sea consecuencia de una organización que presente fallas o cuando la conducta de la empresa haya sido negligente o dolosa.

El hecho que la persona jurídica en cuestión cuente con un sistema de integridad permite presumir *iuris tantum* que ésta se encuentra organizada de manera adecuada o de una forma tal que no permita a las personas jurídicas que la integren cometer delitos de manera sencilla. Sin perjuicio de ello, muchas veces las empresas hacen una incorporación ficticia de este mecanismo, con el objeto de dar una apariencia al Estado de compromiso con las acciones anti corrupción. Este tipo de maniobras suelen conocerse como “compliance de papel” (Hemphill y Cullari, 2009)

En virtud del provecho negativo que puede eventualmente generarse, es que esta normativa ha previsto en su artículo 9, que la incorporación de este tipo de sistemas de integridad pueda actuar como eximente de responsabilidad, en la medida que este mecanismo reúna ciertos requisitos expresamente previstos.

Ante esta situación, la ley toma como base la presunción de que el hecho que se encuentren reunidos los elementos listados en el primer párrafo del artículo 23, (relativo al código de ética o de conducta, reglas y procedimientos para impedir ilícitos en relación a licitaciones y concursos, capacitaciones periódicas, etc.) actúa como indicador de que el programa de integridad que adoptase el ente jurídico son adecuados a efectos de prevenir la comisión de delitos de corrupción (Montiel, 2018)

La ley en cuestión enumera de manera expresa los distintos componentes que deberían estar presentes en un programa de integridad adecuado. “La experiencia muestra que, en sectores de corrupción sistémica, las compañías tendrán que explorar, además de la implementación de dichos elementos, estrategias de acción colectiva que permitan reducir riesgos. De otra forma, en consideración del amplio alcance de punibilidad corporativa establecido por la ley, la política de integridad más sensata podría ser dejar de operar.” (Basch, 2018)

Barbutto (2018, pág. 6) considera que en este sentido, un aspecto central será establecer específicamente cuál es la función del Programa de Integridad tal como está legislado en la ley 27.401 y que “su objetivo no puede ser la evitación del castigo penal sin más, ni debe

asignársele esa motivación al momento de su implementación por parte de las empresas. No solo porque desnaturalizaría su propia función central sino porque alimentaría la imagen de un régimen que pretende implementar responsabilidades penales de tipo objetivo o vicarial.” “La esencia para la judicatura y para los fiscales como promotores de la acción será determinar cómo ese riesgo se materializa en el resultado lesivo de los tipos penales que el art. 1º de la ley extiende a las personas jurídicas.”

10.8.a. Lineamientos de Integridad

Las pautas establecidas en la ley 27.401 en cuanto a los componentes que debe poseer un Programa de Integridad a los fines de resultar idóneo, si bien resultan adecuadas, requieren para su aplicación de medidas adoptadas por el Estado que permitan lograr una mayor eficiencia en su implementación en la práctica.

Ese apoyo estatal se ve reflejado mediante el diseño de lineamientos y guías que permitan a quienes deban trabajar, evaluar o desarrollar estos Programas obtener de ellos criterios interpretativos, pautas prácticas y ejemplos útiles que sirvan de auxilio técnico.

En ese sentido, se encomendó a la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la responsabilidad de establecer lineamientos necesarios a fin de ejecutar y llevar a cabo las disposiciones establecidas en los artículos 22 y 23 de la mencionada ley.

En ese escenario, dicho organismo puso en marcha el Plan Nacional Anticorrupción 2019-2023, con el objeto de planificar de manera coordinada y estratégica políticas en materia de lucha contra la corrupción de la Administración Pública Nacional tanto centralizada como descentralizada, las cuales serían implementadas durante el próximo quinquenio. Asimismo, se puso como objetivo alinear las políticas públicas en esa materia a nivel nacional con aquellos compromisos que el país ha asumido en relación a diversos organismos internacionales.⁶⁶

En el marco del mencionado Plan Nacional es que se llevó a cabo una consulta pública con el objeto de que participaran todas aquellas personas o instituciones que tengan interés en efectuar aportes y sugerencias al mismo, y a efectos asimismo, de obtener una visión ampliada de la problemática, incorporando diversos puntos de análisis y favoreciendo asimismo una instancia de diálogo entre la Administración pública y la ciudadanía. Durante dicho proceso es que se logró elaborar un documento borrador denominado “Lineamientos

⁶⁶ Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_anticorrupcion.pdf.

de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, con el objeto de proporcionar una guía técnica a las empresas, las agencias estatales, las organizaciones de la sociedad civil, los operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta. Dicho documento recibió la aprobación por parte de la Secretaría de ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción a través de la resolución, con algunas modificaciones en su texto original que no alteraban su propósito original.

La normativa, dividida en cuatro apartados, cuenta con una primera parte introductoria que describe sus objetivos, abordando posteriormente en el segundo apartado los programas de integridad, su concepto según el art. 22 de la ley, parámetros para su diseño y evaluación y las pautas y pasos para su implementación; en el tercer acápite, describe en detalle su posible contenido, particularizando el análisis de cada uno de los elementos que menciona el art. 23 de la ley. Por último, enumera las fuentes consultadas para su redacción.

En cuanto a este tema, cabe destacarse que en la doctrina pueden presentarse algunas opiniones críticas a los “sistemas de autorregulación configurados por el propio Estado en relación con las concretas expectativas de que las personas jurídicas efectivamente organicen tales programas para gestionar sus riesgos con eficacia y, además, puedan superar el test de su valoración judicial para sortear o mitigar su responsabilidad penal por la comisión de algunos de los delitos comprendidos por la ley 27.401” (Von Fischer, 2018)

10.8.b. Medidas sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas

Resulta interesante hacer mención del soft law relativo al buen gobierno corporativo en empresas públicas. En ese sentido, la OCDE se ha expedido con relación a este tema, habiendo publicado las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”⁶⁷. Las mismas, según el Preámbulo, “constituyen unas recomendaciones para los Estados sobre cómo garantizar que las empresas públicas operan con eficiencia y transparencia, de modo que se les puedan exigir responsabilidades. Se trata de las normas internacionalmente acordadas sobre la forma en que los Estados deben ejercer su función de propiedad pública para evitar los escollos que representan tanto la pasividad como el exceso de intervención estatal. Las Directrices se elaboraron originalmente en 2005 como complemento de los Principios de Gobierno Corporativo de la

⁶⁷ Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>

OCDE. Se han actualizado en 2015 con vistas a reflejar una década de experiencia en su aplicación y abordar nuevas cuestiones que afectan a las empresas públicas en los contextos nacional e internacional.” Cabe destacarse que la Argentina ha participado directamente en los debates del Grupo de Trabajo de la revisión, lo que demuestra el compromiso asumido por el país en el tema.

En concordancia con dichas medidas, nuestro país ha elaborado en el año 2018 los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina”⁶⁸, con el objeto de establecer buenas prácticas de gobernanza y gestión de empresas en donde el Estado es accionista. De hecho, esta normativa se lanzó en el marco de los Objetivos de Gobierno, estableciendo en la Iniciativa 82: “Ordenamiento de la Gestión de las Empresas Públicas. El Estado argentino controla unas 41 empresas, con niveles muy variables de profesionalismo y estándares administrativos. Para ayudarlas a generar valor, estamos implementando un conjunto de iniciativas para mejorar el desempeño de las empresas de capital estatal, tanto en la calidad del servicio como en la efectividad y transparencia con que operan. Además, estamos implementando las mejores prácticas existentes en países de la OCDE en lo que concierne al buen gobierno y gestión de empresas públicas”.

Esto da cuenta del compromiso asumido a nivel nacional de dar cumplimiento a los estándares de la Organización, en tanto se procuraba garantizar la transparencia de la actuación estatal mediante la implementación de estas disposiciones, con el objeto de mejorar el desempeño de las empresas de mayoría estatal, tanto en la calidad de su servicio así como en la efectividad y transparencia con la que operan.

11. Relación de la Ley N° 27.401 con los estándares establecidos en la Convención de la OCDE

La sanción y el modo en que se encuentra redactada la ley N° 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es fruto de un hecho casual en nuestro país, sino todo lo contrario. La necesidad a nivel nacional de contar con una normativa de este tipo surge en gran parte de las exigencias derivadas de aquellos instrumentos internacionales anticorrupción a los cuales hemos adheridos, entre los que se encuentra la OCDE.

⁶⁸ Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/casademonedalineamientos-de-buen-gobierno>

Desde el año 2001, la Argentina ha sido evaluada de manera sistemática por el Grupo de Trabajo sobre la Corrupción de la OCDE en relación al cumplimiento de aquellas obligaciones asumidas oportunamente en el marco del Convenio de dicha Organización suscripto.

Entre las recomendaciones efectuadas hacia nuestro país, se encontraba aquella relativa a la implementación de un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas para los casos de corrupción. Esto, si bien era una obligación ya marcada desde la Fase 1, se volvió a remarcar específicamente en el marco del proceso evaluatorio denominado fase 3 bis del “Reporte sobre la implementación de la Convención Anticorrupción de la OCDE en la Argentina” que tuvo lugar en el mes de marzo de 2017. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que dicho organismo (en el comentario N° 20) no requiere específicamente que la responsabilidad sea penal, pudiendo ser también tanto civil como administrativa (González Guerra – Tamagno, 2018)

En paralelo a esa evaluación, el proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas se encontraba bajo consideración de la Cámara de Diputados, por lo que el texto del proyecto oportunamente presentado por el Poder Ejecutivo fue incorporado en las respuestas a los requerimientos de dicho Organismo en el marco de tal proceso, a pesar que para la realización de este tipo de análisis la OCDE tiene en consideración la legislación que se encuentra en vigor en ese momento. Es por ello que la ley refleja de manera parcial varias de las recomendaciones que se efectuaron (Lavia Haidempergher - de Artaza, 2018)

En ese sentido, cabe destacarse asimismo, que la responsabilidad que exige el artículo 2 de la Convención de la OCDE contra el Cohecho apunta a disuadir a las empresas, mediante el riesgo que pueden llegar a sufrir sanciones o daños a su reputación (lo que puede significar pérdida de accionistas), a que introduzcan en su sistema códigos de conducta, mecanismos internos eficientes de prevención, sanción y detección de prácticas corruptas, generando así un programa interno de lucha contra el soborno transnacional.

Esto ha sido plasmado en la Recomendación de 2009 y especialmente, en la denominada “Guías de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento” de la OCDE (“OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance”)⁶⁹ de 2010. Este instrumento, tiene como finalidad primera la asistencia a las empresas con el objeto de prevenir la corrupción a través del desarrollo de programas de efectivo cumplimiento.

⁶⁹ Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>

Esta Guía establece que el no cumplimiento de los controles que allí se recomiendan, (cuyo paradigma se basa en la debida diligencia) es el elemento fundamental al momento de acreditar la culpa empresarial en un caso en concreto.

Asimismo, debe mencionarse las reconocidas “Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales”⁷⁰, la cual habiendo sido actualizada en el año 2011, incluyó disposiciones relativas a programas internos de control, ética y cumplimiento, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales a tener en consideración en esta materia en tanto busca incentivar el concepto de “Responsabilidad social de las empresas”, por medio del cual se busca regular la conducta de las empresas respecto de temas tales como estándares laborales, protección del ambiente, derechos humanos y corrupción.

Todo esto lleva a concluir que las disposiciones establecidas en la ley argentina N° 27.401 fueron elaboradas teniendo en consideración las exigencias que la OCDE imponía a través de sus recomendaciones y estándares establecidos en sus Guías de Buenas Prácticas y a los efectos que a través de la sanción de este nuevo instrumento se logren evidenciar los esfuerzos del país en materia de política anticorrupción y así estar más cerca de poder ser un miembro pleno de dicho organismo.

12. Fase 1 bis - Recomendaciones

Finalmente, durante el año 2019, la OCDE realizó dos informes nuevos: el informe Fase 1 bis⁷¹, que tuvo lugar en el mes de junio, tuvo como objeto examinar la implementación de la Argentina respecto de la legislación anti soborno que debería tener incorporada conforme lo dispone la Convención. En primer lugar el Grupo apreció la cooperación argentina durante este proceso, resaltando que la devolución que obtuvieron por parte de las autoridades argentinas resultó provechoso para el procedimiento de evaluación.

En ese sentido, se hizo un análisis minucioso de la reciente ley N° 27.401 de responsabilidad de las personas jurídicas, la cual consistía una deuda pendiente reclamada por el Grupo de Trabajo en todas las instancias y asimismo un elemento esencial para dar cumplimiento a las obligaciones de la Convención.

En relación a esta instancia, debe recalcarse que además del régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, la Ley 27.401 aborda el resto de las recomendaciones

⁷⁰ Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

⁷¹ Informe completo de Evaluación de Fase 1 bis del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-1bis-Report-ENG.pdf>

referidas a la tipificación del delito, como por ejemplo introdujo ajustes en la redacción del artículo 258 bis del Código Penal, incorporó una definición autónoma de funcionario público de otro Estado y de una entidad territorial reconocida por la Argentina, extendió la jurisdicción de los tribunales nacionales para actuar en casos ocurridos completamente en el extranjero, introdujo penas de multa disuasorias para el delito de soborno trasnacional, fijó un sistema de no elegibilidad para contratos públicos para las empresas condenadas por la comisión de este delito, etc.(Rantica, 2019)

La ley fue muy bien recibida en la Organización⁷² e incluso se elogió al país por la sanción de dicha normativa. En líneas generales, se estableció que la ley cumplía en gran medida con los estándares del Convenio, con la salvedad de algunas cuestiones que deberían ser revisadas posteriormente por el Grupo, tales como las eximiciones de sanciones establecidas para las personas jurídicas, los requisitos para establecer procedimientos contra dichas entidades, los criterios que deben tener en cuenta los fiscales al momento de suscribir un acuerdo de colaboración, etc.

13. Informe de seguimiento Fase 3 bis – “Follow Up Report”

El segundo de los informes que tuvo lugar en el mes de julio de 2019, fue el informe de seguimiento de la Fase 3 bis (Follow up to Phase 3 bis report)⁷³, por medio del cual se informó respecto del progreso hecho por Argentina respecto de la implementación de las recomendaciones efectuadas durante la Fase 3 bis. De las 45 formulaciones que se efectuaron en esa instancia, el Grupo considera que implementó de manera completa 15, parcialmente 23 y que aún restan por cumplir 7 recomendaciones.

En esta instancia el Grupo de Trabajo sobre Soborno felicitó de manera expresa a la Argentina por haber implementado recomendaciones pendientes de larga data, tales como la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisdicción en base a la nacionalidad y la rectificación en la tipificación del delito de soborno trasnacional. Asimismo, hizo alusión a que eran estas deficiencias legislativas las principales razones por las cuales se decidió realizar la evaluación de la Fase 3 bis para el país. En adición, remarcó que como consecuencia de dicha instancia, la Argentina movilizó recursos significativos para promulgar

⁷² Esta afirmación se constata mediante información brindada por funcionario de la OCDE a la autora mediante correo electrónico de fecha 17/12/2019

⁷³ Informe completo de Evaluación de Fase 3bis del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Disponible en: página oficial de la OCDE, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf>

la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y que si bien en la etapa anterior se identificaron aspectos para mejorar en cuanto a esa normativa, se destaca que su promulgación en un período de tiempo relativamente corto resulta ser un logro significativo y ejemplar (página 4 del Informe)

Sin embargo, como aspectos negativos, remarcó la falta de cumplimiento en casos relativos a soborno trasnacional. Si bien se hizo alusión al hecho de que varias causas de corrupción se encontraban en el centro de atención mediática, se evidenciaba una demora prolongada en la ejecución de acciones anti soborno. Respecto de las causas judiciales que fueran analizadas en esta etapa, se toma como positivo el hecho que una de ellas haya llegado a instancia de juicio. A pesar de ello, se destaca que ninguno de los ocho casos que estaban en curso al momento de la Fase 3 ha llegado a juicio e incluso a una acusación. En adición, se remarca la lentitud con la que se ha investigado en las diez nuevas investigaciones sobre soborno que el país dijo haber iniciado. Si bien se toma como positivo el hecho que la Argentina haya abierto numerosas causas en la materia, el Grupo considera necesario que se fortalezca la capacidad para concluir exitosamente los casos.

Finalmente, se demarcan preocupaciones en cuanto al lento avance que se evidencia respecto del sistema judicial, en tanto no se ha proporcionado información respecto de los recursos con que cuenta, así como tampoco hay evidencia en cuanto a que las cargas laborales de Fiscales y Jueces hayan disminuido. Si bien se toma como positivo que los nombramientos judiciales se hayan agilizado y que la situación de los jueces subrogantes haya sido tratada por una nueva ley, lo cierto es que el número de vacantes no se ha visto reducido. Se destaca la implementación del nuevo Código Procesal Penal, sin perjuicio que su aplicación no será completa en Buenos Aires hasta al menos 2025.

Entre aquellas recomendaciones cumplidas de manera completa, se destaca la evolución en lo que respecta a investigaciones a través de los canales anónimos de denuncias introducidos por la PROCELAC, actividades de capacitación relacionadas, la modificación de la ley 26047, que permite al Ministerio de Justicia tomar el control del Registro Nacional de Sociedades. Asimismo, se hace alusión al cumplimiento dado por la UIF en relación a las jornadas de capacitación que realizaron con aquellos agentes relacionados con el reporte de operaciones sospechosas, y al hecho que esta Unidad haya aumentado el volumen de sus informes de inteligencia. Se destacó el hecho que se haya desarrollado capacitación sobre esta temática destinada a contadores, considerándola como una buena práctica a mantener.

Respecto de las recomendaciones consideradas cumplidas a modo parcial, pueden destacarse aquellas que hacen alusión a que la Argentina no presentó, por ejemplo, estadísticas de sanciones aplicadas, no mostró evidencia respecto de medidas de confiscación se hayan llevado a cabo, que el sistema acusatorio solo se ejecutó en dos provincias y se requiere, conforme se mencionara, que sea desarrollado también en la ciudad de Buenos Aires (donde hay mayor cantidad de casos). También se remarcó la situación de insuficiencia de recursos para evitar demoras en las investigaciones y la no reducción de la cantidad de cargos judiciales vacantes. En materia de cooperación internacional, se hizo hincapié en la poca utilización de mecanismos informales de cooperación, debiendo las autoridades judiciales emplear todos los mecanismos que estén a su alcance (incluso aquellos no formales) y la necesidad de que haya mayor interacción entre la Cancillería, el Ministerio Público Fiscal y los Jueces utilizando la vía diplomática de manera más efectiva, entre otras consideraciones.

Finalmente, entre los puntos a los cuales el Grupo consideró que la Argentina no ha dado cumplimiento se destacan: la necesidad de ajustar la composición del Consejo de la Magistratura a fin de que proteja la independencia de los jueces; que los Fiscales que tengan a su cargo casos sobre soborno no estén condicionados de manera política o en base a alguna otra interferencia; extender medidas sobre lavado de dinero respecto de abogados, incluyendo síndicos; exigir a los auditores externos que tomen en cuenta el soborno al momento de realizar auditorías a empresas; y el hecho de no contar con legislación integral de protección a los denunciantes.

Todo ello indica que si bien los progresos se han realizado mayoritariamente en el último tiempo,⁷⁴ y que los logros han llevado tiempo, lo cierto es que se ha ido evolucionando en materia anticorrupción, conforme los acontecimientos anteriormente descriptos, alcanzando actualmente los estándares mínimos exigidos por la Convención

14. Intereses domésticos vs. Principios legales. ¿De qué manera influye la normativa internacional?

Hasta aquí se ha analizado detalladamente la Convención de la OCDE sobre cohecho, sus disposiciones y por ende los compromisos asumidos por el Estado nacional al haber

⁷⁴ El Grupo de Trabajo ha observado que los esfuerzos por implementar las recomendaciones de la Fase 3 comenzaron seriamente a partir de la asunción del gobierno entrante en 2015, conforme lo estableciera en el informe de la Fase 3 bis. Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf>

suscripto la misma. De igual forma, se hizo hincapié en aquellos aspectos demarcados en las instancias de evaluación así como las medidas de carácter legislativo que fueron adoptándose a lo largo de los años en pos de dar cumplimiento. Asimismo, se ha podido observar que si bien este Tratado, por mandato constitucional, tiene jerarquía superior a las leyes y por lo tanto su cumplimiento resulta obligatorio, lo cierto es que transcurrieron varios años hasta que las reformas legislativas más significativas (las cuales eran demandadas desde los inicios) pudieron finalmente tener sanción, logrando alcanzar así los estándares mínimos requeridos en dicho instrumento.

Ahora bien, resulta interesante analizar cómo a pesar de la vigencia de tales principios jurídicos, fueron los intereses domésticos los que en definitiva impulsaron en menor o mayor medida el cumplimiento de los objetivos sentados.

Esto queda evidenciado en tanto si bien nuestro país ratificó dicho Convenio en el año 2001, las reformas más significativas recién tuvieron lugar en el año 2017. Todo ello lleva a cuestionar y pensar el porqué de este accionar, qué es lo que lleva a un Estado a cumplir o no a las normas internacionales y en definitiva, plantear cuál es el efecto de las mismas (si es que lo tienen). Este cuestionamiento ha sido también abarcado por los expertos en relaciones internacionales, conforme mencionaran Raustiala y Slaughter (2002). Los autores consideran que los compromisos son una característica persistente de los asuntos internacionales y que el desacuerdo sobre el efecto de los mismos y las causas del cumplimiento son igualmente persistentes. En la última década, la división entre los que creen que las reglas internacionales conforman per se el comportamiento de los estados y aquellos que consideran tales reglas como insignificantes ha dado paso a un debate complejo. Sin perjuicio de ello, entienden que la normativa legal puede modificar el comportamiento de un Estado, incluso cuando éste no da cumplimiento. Mencionan autores como Henkin, quien entendía que las naciones actuaban de conformidad con el derecho internacional, en relación a factores tales como reciprocidad, reputación, respeto a las normas, política interna entre otros.

Varias teorías en el marco de las relaciones internacionales buscaron dar respuesta a tal interrogante. En la década de 1980, por ejemplo, la “Teoría del Régimen” asumía que el cumplimiento de los compromisos internacionales era posible, incluso probable. Los Estados solo establecerían regímenes cuando estuviese en sus intereses a largo plazo el cooperar. Por lo tanto, necesitaban mecanismos para prevenir la deserción a corto plazo a expensas de otros estados. En los '90, Franck sostenía que en una comunidad que se encuentra

organizada en base a reglas, el cumplimiento está asegurado (cualquiera sea el grado de acatamiento) en tanto hay normas que son percibidas como legítimas. Por su parte, Koh estableció la “Teoría de la obediencia” entendiendo que esta se daba cuando los estados internalizaban las normas y las incorporaban dentro de sus propios sistemas domésticos legales, mediante un proceso compuesto por tres factores: internalización, interpretación e interacción. Asimismo, considera que el cumplimiento está relacionado con la eficiencia de las leyes internas de cada estado, colocando a la política interna y a las instituciones en una posición central. Asimismo, entiende que los estados “obedecen” en virtud de cambios en sus intereses percibidos a lo largo del tiempo, cambios que se producen debido a la participación en un proceso transnacional de producción e interpretación legal

Raustiala y Slaughter (2002) también hacen alusión a la visión de los legalistas, en tanto consideran que el discurso legal creado por un tratado y desarrollado dentro de una institución internacional establece un lenguaje común y suposiciones compartidas que puede contribuir gradualmente hacia un común interés en resolver problemas de cumplimiento. Esta “construcción” de intereses comunes a través de la interacción repetida es el mecanismo causal de cómo el proceso legal afecta el comportamiento estatal (Esto podría aplicarse al caso de la Convención de la OCDE, por ejemplo) Por su parte, Chayes y Chayes (1995) consideran que el sistema internacional se ha convertido en un “entretejido” de acuerdos internacionales, organismos e instituciones que dan forma a las relaciones entre estados, penetrando de manera profunda en sus economías y políticas. Resulta interesante preguntarse por qué los Estados buscan ser parte de Organizaciones Internacionales bajo las cuales se celebran tratados como el aquí analizado. Los gobiernos, según Raustiala y Slaughter (2002) eligen formar parte de “instituciones legalizadas” en tanto le otorga credibilidad a los compromisos asumidos en los acuerdos que se celebran en el marco de dichas organizaciones. El delegar autoridad a tal organización a fin de interpretar las disposiciones allí establecidas resulta un factor relevante que puede reforzar el nivel de cumplimiento.

Finalmente, refieren que la interdependencia, en particular entre los Estados de la OCDE, ha dado lugar a una variedad de regímenes que abordan una amplia gama de cuestiones planteadas por la profundización de los lazos económicos y sociales entre muchos estados. La complejidad de estos regímenes y los intereses políticos y económicos influenciados por ellos han hecho del cumplimiento una preocupación central.

Esta perspectiva desde las relaciones internacionales, permite obtener un panorama de cómo es entendida la interacción entre las normas internacionales, los Estados y sus actores domésticos y la forma en que éstas influyen en aspectos tanto políticos como económicos. Asimismo, y en atención al objeto de este trabajo, contribuye a percibir las condiciones bajo las cuales los tratados internacionales tienen efectos a nivel de la conducta de los estados.

Si bien la Argentina, como se mencionara anteriormente, había ratificado la Convención de la OCDE desde el año 2001, tuvieron que pasar más de 15 años hasta que se evidenciaran cambios significativos en la legislación que reflejaran los compromisos oportunamente asumidos. Ciertamente es también que en el transcurso de ese plazo, transitaron varios gobiernos con ideologías diferentes, lo cual no es casual si se tiene en cuenta que no hubieron políticas coordinadas que pusieran de manifiesto el interés de dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención, conforme fuera evidente a partir de la asunción de Mauricio Macri.

Entre los ejes principales de gobierno se encontraba la lucha contra la corrupción y la necesidad de atraer inversores extranjeros. Justamente fue su Ministro de Hacienda, Alfonso Prat Gay, quien vio la necesidad e impulsó el ingreso de la Argentina a la OCDE.⁷⁵ Sin embargo, el ingreso a tal Organización conlleva un proceso complejo, dentro del cual se requiere, de mínima, dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención a la cual ya somos parte, entre otros requisitos. En virtud de ello, es que se comenzó a articular el aparato estatal a fin de acelerar tal mecanismo. Como consecuencia inexorable, se buscó lograr la sanción de la tan postergada ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este tipo de normativa contaba con la aprobación de ONG's anticorrupción, Oficina Anticorrupción, los organismos que representan al Estado ante la OCDE y los académicos locales que estaban a favor de incorporar mecanismos de compliance y responsabilidad corporativa. Aunque debe destacarse también que las subsidiarias de corporaciones multinacionales al estar ya sujetas a estas normas, también respaldaban la aplicación de este tipo de leyes (aplicándose a crímenes domésticos también), especialmente cuando sentían que estaban en desventaja frente a las empresas locales que no estaban sujetas a los mismos estándares.

⁷⁵ Tal postura puede verse reflejada a partir de varios artículos periodísticos publicados en esa época:

<https://www.telam.com.ar/notas/201606/149957-prat-gay-interes-argentina-ocde.php>

https://www.clarin.com/politica/paris-prat-gay-presencia-argentina-ocde_0_V1_Lt2tQ-.html

Incluso el Ministro Prat Gay publicó una imagen en su cuenta de Twitter, el 2/6/16, que acompañaba con el siguiente texto: *“Con Ángel Gurría, Secretario General de la OCDE, en la reunión anual en la sede de París. Interés en la membresía arg”*

<https://twitter.com/alfonsoprattgay/status/738391889716609024>

Por el contrario, la comunidad empresarial local generalmente se opuso a la responsabilidad corporativa en virtud de la falta de integridad, que entendían, existía dentro del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial. En pocas palabras, estaban preocupados ya que esta nueva normativa podría aumentar las oportunidades de extorsión y corrupción de los fiscales y jueces, especialmente debido a la existencia de un modelo donde la "cooperación con las autoridades" juega un papel importante (Entrevista con Dr. Guillermo Jorge)

Siguiendo este razonamiento, si se tiene en cuenta que durante los gobiernos de Kirchner (2003-2015) persistía una ideología populista que buscaba beneficiar a las empresas nacionales y, sumado a ello, el alto índice de tolerancia a la corrupción que se evidenció durante esa época, queda claro que el impulsar medidas de este tipo no significaba una prioridad (lo cual quedó evidenciado en los pocos avances obtenidos desde la ratificación del Convenio hasta el año 2017) Causas resonantes como "Odebrecht" y "Cuadernos"⁷⁶, por mencionar algunas, dan cuenta de ello.

Teniendo en cuenta estos factores y atendiendo a la ya mencionada "Teoría del Régimen" (Raustiala y Slaughter, 2002) por la cual se consideraba que los Estados establecerían regímenes legales cuando estuviese en sus intereses a largo plazo el cooperar, se puede concluir que si en un Estado no hay políticas desarrolladas para ejecutarse a largo plazo, el cumplimiento de los compromisos asumidos resulta difícil de alcanzar. Es por ello que dependerá de cada gobierno, más allá de las orientaciones políticas, el preservar los principios jurídicos por sobre las ideologías.

En ese sentido, Lora, Stein y Tommasi (2006, pág 9) refieren que "la capacidad de los actores políticos para cooperar a lo largo del tiempo es un factor determinante y crucial de la calidad de las políticas públicas. Son múltiples los actores -como políticos, administradores y grupos de interés- que operan en diferentes momentos del proceso de formulación de políticas. Si estos participantes pueden cooperar entre ellos para concertar acuerdos y mantenerlos en el transcurso del tiempo, es probable que se desarrollen mejores políticas."

⁷⁶ Causa judicial N° CFP N° 9608/2018, caratulada "Fernández, Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita", del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 11, Secretaría N° 21. La ex Presidenta de la Nación es acusada de ser jefa de una asociación ilícita que se dedicó a la recaudación "de fondos ilegales" -es decir sobornos- y se le atribuyeron 28 hechos de cohecho pasivo. Se trata de la causa conocida como los cuadernos de las coimas, un expediente que cuenta con 172 procesados y 31 imputados colaboradores. Se encuentran incluidos funcionarios de gobierno, allegados y empresarios por considerarse que durante 12 años las principales empresas constructoras pagaron sobornos a altas autoridades gubernamentales a cambio de obtener contratos a su favor.

<https://www.lanacion.com.ar/tema/los-cuadernos-de-las-coimas-tid65192>

https://www.clarin.com/politica/juez-bonadio-envio-juicio-oral-causa-cuadernos-coimas-cristina-ex-funcionarios-empresarios_0_f3XC4pqFn.html

15. Conclusiones

“La corrupción es un mal al que parecen haber estado expuestos los gobiernos en todos los tiempos y que consiste en el ejercicio del poder en provecho del gobernante, con desatención de bien común” (Manfroni, 1998, pág. 19)

Para que este fenómeno pueda proliferar, se requiere de cierto consenso y el soborno, representa la forma más común de esa voluntad, aunque cabe distinguirse que quien lo ejecuta y quien lo recibe no se encuentran en igualdad de condiciones para elegir (Manfroni, 1998)

La Convención de la OCDE, junto con otros instrumentos, insertaron esta figura en el escenario internacional, desarrollando herramientas eficaces destinadas a prevenir y combatir este fenómeno.

El objetivo principal de este trabajo se centra en procurar develar si los compromisos asumidos internacionalmente tienen injerencia en el derecho interno de nuestro país, tomando como modelo la referida Convención. Su elección no ha sido casual, en tanto se trata de un Convenio cuya vigencia es indiscutible y el cual resulta de especial interés para nuestro país en la actualidad.

Como punto de partida, debe hacerse alusión a que los tratados internacionales, conforme lo establece el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, tienen jerarquía superior a las leyes. En virtud de ello, y teniendo en consideración que la Convención de la OCDE se incluye en esa categoría, es que nuestro país se encuentra obligado constitucionalmente a dar cumplimiento a las disposiciones allí establecidas. Esta obligación se condice con el principio general del derecho internacional conocido como *“pacta sunt servanda”*, plasmado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por el que se dispone que los tratados en vigor obligan a las partes y deben ser cumplidos de buena fe. Asimismo, y de conformidad con el artículo 27 de ese mismo cuerpo normativo, se remarca que una parte una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado (Arocena y Elorrio, 2009)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en ese sentido en el reconocido fallo “Ralph”⁷⁷, en el cual sentó que el desconocimiento de los preceptos establecidos en las Convenciones multilaterales (en ese caso en particular, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas), *“podría determinar la*

⁷⁷ Ralph, Nelson Eliseo s/ extradición en causa "Jefe de Operaciones Dpto. Interpol s/ captura", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de octubre de 2000.

responsabilidad del Estado Argentino por el incumplimiento de sus deberes de cooperación y asistencia jurídica internacionales en materia de represión del delito (art. 75. Inciso 22, de la Constitución Nacional)”

En virtud de ello, es que resulta imprescindible que los organismos estatales aúnen sus esfuerzos y establezcan políticas coordinadas en pos de dar cumplimiento a aquellas obligaciones asumidas a nivel internacional, adecuando la legislación interna en relación a las disposiciones fijadas en los tratados así como también en relación a las recomendaciones emanadas de los procesos de monitoreo relativos a la implementación de los mismos.

Ahora bien, más allá de la posible responsabilidad internacional que se pueda generar por el incumplimiento de esta normativa y de la obligación que existe tanto a nivel interno como externo, cabe preguntarse por qué se tiene tanto interés en alcanzar los estándares que fija la OCDE. Ello, más aún, si se tiene en cuenta que en el marco de esta Organización no se cuenta con un órgano supranacional que tenga competencia para imponer sanciones en caso que algún Estado Parte incumpla con las obligaciones asumidas. Esto hace pensar en un aspecto crítico de la Convención, en tanto no cuenta con verdaderos “dientes” que impongan medidas coercitivas.

Sin perjuicio de ello, la necesidad de estar a la altura de los estándares convencionales viene dada por un lado por la denominada “presión entre pares” que se genera en base al mecanismo de evaluación, ya que al efectuarse la revisión entre los mismos miembros son éstos los encargados de brindar su opinión y poner de manifiesto cuáles son aquellas falencias legislativas respecto de las previsiones de la Convención. Ante esta situación, es deseable que cada Estado asuma el compromiso de alcanzar tales exigencias, de manera que sea capaz de disponer de medidas que permitan efectuar aquellas correcciones necesarias y de esa forma evitar quedar en la mira de la comunidad internacional o bien que sea considerado como un país que no prioriza la lucha contra la corrupción (Arocena y Elorrio, 2009).

Asimismo, por más que el Convenio no disponga sanciones coercitivas y aunque en el ámbito internacional no tengan presencia las denominadas “listas negras”, lo cierto es que el incumplimiento de las disposiciones sí tiene consecuencias palpables que generan interés en los Estados. Estos efectos pueden verse a través de las ya mencionadas recomendaciones (que se emiten con un nivel de crítica que varía según cada caso), la implementación de un seguimiento más riguroso en aquellas situaciones en que no se haya dado cumplimiento a

algún aspecto que ya fuera advertido e incluso se puede llegar a disponer de una nueva visita in situ en caso que lo amerite. Otro punto que genera presión es que las evaluaciones y sus resultados son publicados de manera pública, por lo que, el dar a conocer una devolución negativa hacia algún Estado en virtud del incumplimiento, puede generar la impresión en la comunidad internacional de que dicho país no estaría en condiciones de garantizar condiciones mínimas de transparencia.

En atención a los comunicados de prensa emitidos como resultado de un informe de evaluación, en caso que la evaluación no resulte satisfactoria, el comunicado de prensa es redactado en tono severo destacando los principales aspectos negativos. Tal documento puede, en algunos casos, provocar efectos en la política interna de un país. Caso contrario, de ser el comunicado redactado de manera positiva y equilibrada –frente a un caso de una evaluación positiva por parte del Grupo– el mismo puede también producir efectos a nivel interno, como respecto de la imagen exterior de un país (Rantica, 2019, pág. 27)

En relación a ello, resulta interesante destacar los dichos del Presidente del Grupo de Trabajo sobre Soborno, Drago Kos, en relación con los efectos que se pretenden que tengan los comunicados de prensa respecto de la imagen de los países: *“We must not forget that our members are still sovereign states, so we cannot literally force them to do anything. We have a procedure in place, which is mainly putting a lot of emphasis on the country’s image in the international community, and if countries decide they’re not much interested in their image, they may not decide to do much in this area”*. (Jensen y Malesky, 2018)

Todo esto puede derivar en la falta de confianza por parte de los inversores económicos extranjeros, menoscabando así la situación financiera interna. En ese sentido, “de la misma manera que un alto nivel de opacidad y corrupción son indicadores relevantes para influir en el aumento de los costos para hacer negocios y reducir la disponibilidad de capitales de inversión, un alto grado de transparencia puede funcionar como un estímulo económico que, según el nivel alcanzado puede llegar a verse como el equivalente a una reducción de las cargas fiscales” (Arocena y Elorrio, 2009, pág. 21)

Por otro lado, el que haya mayor cumplimiento por parte de los países desarrollados en relación a las disposiciones de la Convención, genera indefectiblemente efectos en los países en desarrollo con los cuales los primeros desean invertir o radicar filiales de sus empresas locales. Esto es así, ya que el contar con normativa sólida anticorrupción que proporcione medidas coercitivas efectivas, genera conciencia entre quienes podrían ofrecer dádivas, a sabiendas que las autoridades judiciales locales cuentan con medios efectivos

para perseguir y sancionar (Entrevista con Dr. Guillermo Jorge). Conforme lo aquí expuesto y en atención a las consideraciones desarrolladas durante este trabajo de investigación, puede llegar a concluirse que la Convención de la OCDE ha tenido injerencia a nivel interno de nuestro país tanto en el ámbito político, legislativo como judicial, conforme la batería de medidas que se han logrado adoptar en pos de alcanzar los estándares allí establecidos.

Si bien debe ponerse de manifiesto que durante muchos años la Argentina no logró adecuarse a tales previsiones, lo cierto e interesante de analizar es que durante el último tiempo se han implementado políticas tendientes a revertir tal situación, fomentando un acercamiento entre la OCDE y el gobierno actuante desde el año 2015 (conforme así lo reconociera incluso la misma Organización).

El hecho de fijar la lucha contra la corrupción como un tema principal en la agenda gubernamental, reflejado en la implementación de programas tales como “Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2019-2023”, cuya finalidad radica en “planificar coordinada y estratégicamente las políticas en materia de integridad y lucha contra la corrupción de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, a ser implementadas en el próximo quinquenio”, así como el “Plan de Acción Argentina y OCDE 2016-2017”, por medio del cual se combinan una serie de políticas públicas de carácter prioritario en las cuales la OCDE trabajará con la Argentina. (El Secretario Gurría, manifestó incluso en ese momento que "Estamos convencidos de que estas actividades que forman parte del Plan de Acción otorgarán a Argentina acceso a información y recomendaciones clave para desarrollar y fortalecer su agenda de reformas en los próximos años, logrando así un crecimiento fuerte, inclusivo y sostenible".⁷⁸), demuestra el interés político en avanzar en la lucha contra este fenómeno.

Los dichos de la entonces Sra. Canciller Susana Malcorra al cierre de la visita de Alto Nivel que realizó el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE a la Argentina en abril de 2016 en el marco de la Fase 3bis de evaluación reflejan tal voluntad política. En aquella oportunidad, señaló que la agenda de lucha contra la corrupción era impulsada por el propio gobierno nacional, y en ese contexto se adhiere a varas tan altas como sean posibles para llegar a una Argentina distinta, donde la corrupción ya no sea un problema central de la funcionalidad del país. Asimismo, manifestó que la lucha contra la corrupción, era uno de los ejes fundamentales del gobierno y agregó que tal compromiso se había visto reflejado tanto

⁷⁸ Disponible en: <https://www.oecd.org/countries/argentina/argentina-refuerza-su-cooperacion-con-la-ocde-a-traves-de-un-nuevo-plan-de-accion.htm>

en el ámbito interno, por ejemplo, a través del envío del proyecto de ley para la sanción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como en el ámbito internacional donde se ha ratificado el compromiso en la lucha global contra la corrupción y el soborno transnacional (Rantica, 2019)⁷⁹

Todo esto lleva a concluir por un lado, que si bien la Convención no impone sanciones en el caso que un país no de cumplimiento a sus disposiciones, lo cierto es que indirectamente la imagen que refleja la OCDE de un país a través de sus informes puede generar efectos adversos y directos en lo que respecta a la economía de una nación. Por otro lado, es interesante recalcar que si bien hay un marco jurídico por el cual la Argentina se encuentra obligada a tomar medidas a fin de alcanzar los estándares fijados, la realidad demuestra, y así ha quedado evidenciado en este trabajo, que es la voluntad política el motor que impulsa la consecución de tales objetivos y que justamente resultan ser los intereses domésticos aquellos que facilitan o dificultan el dar cumplimiento a aquellos principios legales.

En ese sentido, se considera oportuno traer a colación lo manifestado por el Director de Gobernanza Pública de la OCDE, Marcos Bonturi, en ocasión del Estudio sobre Integridad efectuado por la OCDE a la Argentina en 2018: *“La voluntad política del gobierno es solo un ingrediente en la construcción de un sistema de integridad. El mismo debe incluir a todos los actores clave de la sociedad en su conjunto. De esta manera, el gobierno de Argentina podría sentar las bases de una cultura de integridad pública que ayude a reconstruir el contrato social, recuperar la confianza de los argentinos en el sistema y contribuir a un desarrollo inclusivo y sostenible”*.⁸⁰

⁷⁹ La Canciller Malcorra y el Ministro de Justicia Garavano manifestaron su compromiso “en la lucha contra la corrupción y el soborno internacional”.

Disponible en: Agencia Nacional de Noticias, <http://www.telam.com.ar/notas/201604/145187-grupo-detabajosoborno-organizacion-para-la-cooperacion-y-el-desarrollo-economicos-compromiso-argentina-susana-malcorragerman-garavano.php>

⁸⁰ OECD (2019), Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina: Lograr un cambio sistémico y sostenido, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/g2g98f15-es>

16. Bibliografía citada

Normas jurídicas (Fuentes primarias)

Fuentes Internacionales

Convención Interamericana contra la Corrupción

Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada el 29 de marzo de 1996, OEA, ILM 35 (3)

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada el 31 de octubre de 2003, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada el 15 de noviembre de 2011, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, núm. 39574.

Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales

Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada el 17 de diciembre de 1997, Naciones Unidas *Treaty Series*, vol. 2802, núm. 49274

Fuentes Locales

Ley de Régimen Penal Cambiario (Ley N° 19.359)

Ley de Abastecimiento (Ley N° 20.680)

Código Aduanero (Ley N° 22.15)
Ley de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (Ley N° 24.241)
Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley N° 24.767)
Régimen Penal Tributario (Ley N° 24.769)
Ley de Defensa de la Competencia (Ley N° 25.156)
Ley de Ética en el Ejercicio de las Funciones Públicas (Ley N° 25.188)
Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (Ley N° 25.300)
Ley de Creación de Programa de Protección de Testigos e Imputados (Ley N° 25.764)
Ley de Modificación del Código Penal (Ley N° 25.825)
Ley de Registros Nacionales (Ley N° 26.047)
Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ley N° 27.401)

Bibliografía crítica (Fuentes secundarias)

Arocena, Luis F. y García Elorrio, Juan P. 2009. *“Responsabilidad penal de personas jurídicas: un compromiso internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada”*. Revista de Derecho Penal. Año II, N° 4. Buenos Aires: Ed. Infojus

Arocena, Luis F.; Sosa, Claudia A. 2010. *“Recupero de activos en casos de corrupción: el de comiso de las ganancias del delito estado actual de la cuestión. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción”*. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/recupero_de_activos_-_form_red.pdf

Ayres, Carlos. 2014. *“Corporate Criminal Liability in the United States and Brazil: A Brief Comparative Analysis”*. FCPAméricas Blog. Disponible en: <http://fcpamericas.com/english/brazil/corporate-criminal-liability-united-states-brazil-comparative-analysis>

Baragli, Néstor. *Convención Interamericana contra la Corrupción. Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004

Barbutto, Alberto S. 2017. *Comentario a la ley 27.401*. Buenos Aires: La Ley

Basch, Fernando. 2018. *Compliance y acción colectiva anticorrupción*. Buenos Aires: Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Sup. Esp. La Ley

Beccar Varela, Manuel. 2017. *Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción. Un gran avance y una llamativa omisión*. Buenos Aires: La Ley

Bermejo, Mateo. 2013. *Derecho penal (4)*. Buenos Aires: Infojus.

Borzi Cirilli, Federico A. 2018. *Régimen penal empresario (según L 27401)*. Sup. Esp. La nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el compliance. Análisis de la ley 27.401. Buenos Aires: Erreius

Carrió, Alejandro y Reussi, Maximiliano. 2018. *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas*. Buenos Aires: Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Sup. Esp. La Ley

Crocioni, Francisco J. 2018. *Aproximación teórica al acuerdo de colaboración eficaz*. Buenos Aires: Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Sup. Esp. La Ley

Cuesta Arzamendi, José Luis de la. 2003. *“Iniciativas internacionales contra la corrupción”*. San Sebastián: Eguzkilore.

Dell, Gillian y McDevitt, Andrew. 2018. *Exporting Corruption – Progress Report 2018: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*. Berlin: Transparency International, 2018

Deming, Stuart. 2010. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, Chicago: American Bar Association

Dromi, José Roberto. 2015. *Derecho administrativo económico*. Buenos Aires: Editorial Ciudad

Durrieu, Nicolás. 2018. *La autodenuncia y otras exenciones de pena*. Buenos Aires: Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Sup. Esp. La Ley

Durrieu, Roberto (h). 2018. *Soborno transnacional empresario*. Buenos Aires: La Ley

Elkins, Z., & Simmons, B. (2005). *On waves, clusters, and diffusion: A conceptual framework*. The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 598(1), 33-51

Etchepare, Leonardo M. 2018. *El canal interno de denuncias previsto por la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria. Clave de un Programa de Compliance*. Buenos Aires: La Ley

Fernández, M. 1981 *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Anuario de Derecho Penal

Fernández Valoni, José Luis. 2012. *“La Convención de la OCDE contra el soborno transnacional y su aplicación en la Argentina”*, 106 p. Buenos Aires: ed. del autor

González Guerra, Carlos M. y Tamagno, María José. 2018. *Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica*. Buenos Aires: Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Sup. Esp. La Ley

Grietti (h), Ricardo A. 2018. *Ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria. Aproximación al análisis de sus disposiciones*. Buenos Aires: La Ley

Hemphill, Thomas A y Cullari, Francine.2009. *Corporate Governance Practices: A Proposed Policy Incentive Regime to Facilitate Internal Investigations and Self-Reporting of Criminal Activities*. Alemania: Journal of Business Ethics

Jensen, Nathan M. y Malesky, Edmund J.2018 “*Nonstate Actors and Compliance with International Agreements: An Empirical Analysis of the OECD Anti-Bribery Convention.*” International Organization. 72(1), 33-69. Disponible en:
https://www.researchgate.net/publication/321113429_Nonstate_Actors_and_Compliance_with_International_Agreements_An_Empirical_Analysis_of_the_OECD_AntiBribery_Convention

Lavia Haidempergher, Laura - de Artaza, Mercedes.2018. “*La responsabilidad penal de la persona jurídica: un cambio de paradigma*”. Buenos Aires: La Ley

López Espinar, Ana - Carnovale, Hernán. 2018. *La implementación y gestión de los canales internos de denuncia y la política de protección de denunciantes contra represalias*. Buenos Aires: La Ley

Lora, Stein y Tommasi. 2006. *La Política de las Políticas Públicas. Progreso Económico y Social en América Latina. Informe 2006*. Banco Interamericano de Desarrollo. Planeta

Low, Lucinda. 2007. “*The OECD Convention: A US Perspective on Combating Bribery in International Business*”. *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*. Ed. Mark Pieth, Lucinda Low, Peter Cullen. Cambridge: Cambridge University Press

Mahiques, Carlos. 2015. “*La incidencia del derecho convencional en la política criminal actual. La figura del soborno transnacional y la reforma penal argentina*” Buenos Aires: LL, DPyC

Manfroni, Carlos. *Soborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Montiel, Juan Pablo. 2018. *Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad*. Buenos Aires: Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Sup. Esp. La Ley

Muñoz Conde, F. 1991. *Teoría General del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch

Núñez, Javier F. 2015. *“El soborno a funcionarios públicos extranjeros: el caso de la FCPA estadounidense y su influencia en la lucha internacional anticorrupción”*. Buenos Aires: La Ley

Papa, Rodolfo G. 2018. *Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401*. Buenos Aires: La Ley

Papa, Rodolfo G. 2019. *La interacción entre la nueva ley de responsabilidad penal empresaria (L. 27401) y el derecho privado*. Sup. Esp. La nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el compliance. Análisis de la ley 27.401. Segunda Parte. Buenos Aires: Erreius

Parés Hipólito, María de Jesús. *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad Penal de las personas jurídicas en España*, Publicación UNAM on line. Disponible en: http://www.robertexto.com/archivo11/resp_penal.htm

Pieth, Mark. 2007. “From the Revised Recommendation to the Convention of 1997” *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*. Ed. Mark Pieth, Lucinda Low, Peter Cullen. Cambridge: Cambridge University Press.

Radi, Yannick, 2010. *“Du ‘dilemme du prisonnier’ au ‘jeu d’intégration’ : l’internationalisation de l’incrimination pénale de corruption active transnationale »*, La corruption et le droit international, ed. Daniel Dormoy, Bruxelles: Bruylant,

Raigorodsky, Nicolás. 2004. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global*. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción.

Rantica, Nicolás. 2019. *El Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. Importancia en su participación más allá de la lucha contra el soborno en las transacciones comerciales internacionales*. Buenos Aires: ed del autor.

Simmons, B. A., & Elkins, Z. (2004). *The globalization of liberalization: Policy diffusion in the international political economy*. *American political science review*, 98(1), 171-189.

Solemó, Diego M. 2012. *Cooperación jurídica internacional en materia penal*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires: La Ley

Solemó, Diego M. 2013. *Extradición*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires: La Ley

Vitolo, Daniel R. 2016. *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: La Ley

Vitolo, Daniel R. 2018. *Nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*. Sup. Esp. La nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el compliance. Análisis de la ley 27.401. Buenos Aires: Erreius

Von Fischer, Marcela. 2018. *La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Los programas de integridad y la contratación pública*. Buenos Aires: La Ley

Zaffaroni, Eugenio R. 2006. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Ediar

Zerbes, Ingeborg. 2007. *Article 1. The Offence of Bribery of Public Officials", The OECD Convention on Bribery: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press

Entrevistas:

Ex funcionario Oficina Anticorrupción, 19/05/2020

Dr. Guillermo Jorge. Investigador Centro Estudios Anticorrupción de la Universidad de San Andrés. Abogado a cargo del departamento de Compliance, Investigaciones y

Derecho Penal Empresario del Estudio Jurídico Bruchou, Fernández Madero y Lombardi,
17/06/2020

Sitios de Internet:

Agencia Argentina de Inversiones y Comercio Internacional

http://www.inversionycomercio.org.ar/docs/OCDE_folleto_Soborno.doc

Agencia Nacional de Noticias

<https://www.telam.com.ar>

Biblioteca Digital de Tratados

<https://tratados.cancilleria.gob.ar>

Diario Clarín

<https://www.clarin.com>

Diario La Nación

<https://www.lanacion.com.ar>

Honorable Congreso de la Nación

https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html

Infoleg

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64615/norma.htm>

OCDE

<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

<http://dx.doi.org/109789264202436.1787/-es>

https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>

<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Fighting-the-crime-of-foreign-bribery.pdf>

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countrymonitoringoftheoecdanti-briberyconvention.htm>

[http://www.oecd.org/daf/antibribery/antibriberyconvention/countrymonitoringprinciplesfortheoe
cdanti-briberyconvention.htm](http://www.oecd.org/daf/antibribery/antibriberyconvention/countrymonitoringprinciplesfortheoe
cdanti-briberyconvention.htm)

<http://www.oecd.org/dataoecd/38/4/46057339.pdf>

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/argentina-oecdanti-briberyconvention.htm>

<http://www.oecd.org/corruption/antbriberyi-/OECD-Argentina-3bis-follow-up-report-ENG.pdf>

OEA

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B58_contra_Corrupcion.asp

Oficina Anticorrupción

www.anticorrupcion.gov.ar

Portal oficial del Estado Argentino

<https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion/ocde>

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_anticorrupcion.pdf.

Secretaría de Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia de la Nación

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=603892&cache=1575550938445>

Sistema Argentino de Información Jurídica

<http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

Twitter

<http://www.tiwitter.com>

UNODC

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convenccion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf