

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA INTERPRETACIÓN DEL ELEMENTO BENEFICIO EN LA NORMATIVA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Florencia Luz Márquez Bonino

Córdoba

Considerando:

I. Que han existido diferentes proyectos de reforma al Código Penal en los cuales se pretendió dotar de responsabilidad penal a las personas jurídicas a partir de la incorporación de disposiciones en el código de fondo. El primer antecedente data de 1937, y fue conocido como el Proyecto Coll-Gómez de Código Penal, al cual le siguieron el Proyecto Peco de 1941, el de De Benedetti de 1951; y más contemporáneamente se trabajaron proyectos en los años 2006, 2012 y 2017. Cabe hacer mención, por su parte, que las sanciones penales de las personas jurídicas, en el ámbito contravencional como delictual, no es algo novedoso, sino que se han venido tratando a modo de elencos sancionatorios desde el año 1923, y cuyas normativas desde aquel entonces refieren a diversas materias como aduanas, controles de precios, disposiciones en materia impositiva, de defensa de la competencia, seguridad nacional, régimen penal cambiario, encubrimiento y lavado de activos, políticas ambientales y régimen penal tributario.

II. Que la ley 27.401, sancionada en 2017, ha venido a zanjar normativamente, la discusión respecto de la posibilidad de responsabilizar a los entes ideales por la comisión de ilícitos penales ligados a hechos de corrupción, lo cual fuere tipificado y adoptado en el marco de un sistema *numerus clausus* o de catálogo de delitos, a través del que se sanciona a los entes colectivos sólo para aquellos concretos delitos en los que se prevé expresamente la responsabilidad penal.

III. Que la aprobación de esta ley ha implicado la adopción de un modelo de responsabilidad penal de los entes ideales que permite su arraigo al propio sistema legal nacional, y ello ha sucedido gracias a la doctrina, que a través del tiempo y de construcciones normativas, ha hecho realidad la posibilidad de endilgar un castigo penal a una persona jurídica.

IV. Que si bien la ley es un hecho cristizador de interés en la lucha contra la corrupción nacional y transnacional, se debe advertir que el texto legal debiera ser objeto de mejora, y ello se puede apreciar en la poca casuística que se ha conocido hasta el momento en la República Argentina.

V. Que la finalidad de proveer y preservar el espíritu de su concepción, alineada a un carácter de norma de "prevención especial" que incentive medidas de autovigilancia y autocontrol sobre las actuaciones potencialmente delictivas en el propio seno del ente ideal, debiera contar con incentivos claros, concretos y definidos, para que los mismos permitan arribar a los objetivos planteados, esto es a lo menos, un cumplimiento autorregulado de alto estándar y colaboración empresaria, hoy conocido internacionalmente como "compliance" o programas de integridad conforme los Lineamientos emitidos por la Oficina Anticorrupción de la Nación.

VI. Que en concreto se atenderá a los artículos 2, 7 y 9 del cuerpo legal, de los cuales surge que la palabra "beneficio" ha sido utilizada de manera ambigua, lo que conlleva una disímil apreciación de la letra de la ley, la que trae aparejada una muy diversa paleta de consecuencias y soluciones posibles respecto de la conjugación de las previsiones normativas y su efectiva operatividad, en relación con las diversas teorías sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

VII. Que discusiones en el ámbito parlamentario llevaron a que un proyecto que, inicialmente adhería conceptualmente al modelo de autorresponsabilidad o por defecto de la organización o de propia culpa, con un

sistema de pena tasada conforme parámetros ligados al giro económico societario, culminara con la redacción, quizás poco conveniente, que hoy ostenta.

VIII. Que resulta imprescindible repasar lo dispuesto en la ley a los artículos 2, 7 y 9, en los cuales se menciona la palabra “beneficio”:

A. Artículo 2° Responsabilidad de las personas jurídicas. 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.

B. Artículo 7° Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes: 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.

C. Artículo 9° Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: 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.

En consecuencia, normativa sujeta a análisis para propuestas:

I. Dependiendo de que la palabra “beneficio” se interprete a lo largo de todo su texto como elemento de conexión objetivo, subjetivo o mixto, serán las disímiles consecuencias que ello pudiera traer aparejado, a saber:

A. El beneficio como elemento objetivo

En este sentido, entender al beneficio como el provecho real del que la persona jurídica debe gozar como elemento de conexión necesario para su responsabilidad penal, traería aparejada una laguna de punibilidad respecto del delito de cohecho activo y una falsa creencia de adecuación de la normativa nacional a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, para el caso de que el beneficio no se obtenga.

El paradigma de ello podría valorarse en el supuesto previsto al artículo 258 de Código Penal argentino (C.P.), donde la conducta típica de “ofrecer”, no exige un resultado de “beneficio” o “provecho”, por ser éste un delito de mera actividad, que admite su comisión sólo mediando dolo directo y cuya valoración sobre el elemento subjetivo necesario se produce ex ante, y no depende de un beneficio ex post. De ello se desprende que, la exigencia de un efectivo beneficio generaría la imposibilidad de responsabilizar a la persona jurídica para el caso de que el mismo no se obtuviera, como sería el supuesto en que el cohecho pasivo no se cometiera, porque no se configuraría el tipo penal. Hasta aquí, la conclusión respecto del delito de cohecho activo y transnacional para

el caso de considerar al beneficio como elemento objetivo del tipo, en pocas palabras es: sin beneficio efectivo para la persona jurídica no hay responsabilidad para reprocharle, lo que equivaldría a sostener que, sin la comisión del delito de cohecho pasivo, no habría delito que endilgarle a la persona jurídica, lo cual sería una especie de mutación forzosa del delito de cohecho activo a un tipo de delito bilateral, a los fines de poder sancionar a una persona jurídica.

Por otra parte, la previsión del tipo penal comprendido en el art. 258 bis del C.P., respecto del cohecho transnacional, también se vería desvirtuada si mediara la exigencia típica de “beneficio como efectivo provecho”, echando por tierra el espíritu mismo de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, haciendo que la disposición legal respecto del castigo a las personas jurídicas se torne vana, carente de efectos y sin sentido. En concreto, este razonamiento, este modo de entender la letra de la ley, significaría la exclusión de conductas típicas, que por razones de política criminal acordes al sentido de la normativa nacional e internacional, no debieran ignorarse. Por otra parte, y en el mismo sentido, resulta la consideración de que el cohecho activo requiere de dolo directo para su comisión. Y esto último implica el dolo como elemento subjetivo descrito en el tipo penal como “en procura” o “con el fin” de obtener algo conforme los artículos 256, 256 bis y 257 del Código Penal, lo cual en definitiva se traduce en que la valoración debe recaer en la aptitud de la conducta desplegada por el agente para obtener lo que se propone como beneficio, lo que incluye sin dudas la valoración de quién será el sujeto alcanzado por la finalidad-motor del delito - esto es a quién quiere beneficiar el agente-, más allá del resultado posterior obtenido. Esta decisión, que es sopesada y valorada por la persona física – agente - al momento del hecho, incluye la consideración del “elemento cultural organizacional” de la empresa para la cual “procura”, que quizás no sólo omite controles, sino que probablemente incentive directa o indirectamente a los “oferentes de sobornos”, siguiendo el ejemplo. Dicho esto, a priori se afirma que el “beneficio” entendido estrictamente como elemento objetivo a lo largo de todo el texto legal de la ley en análisis, resulta cuanto menos discutible o revisable. Que si bien, a partir de esta legislación, se pretende la utilización de un elemento que sirva de “factor de atribución objetivo” -como es el real beneficio- que justifique y justiprecie el modelo de imputación vicarial en un sistema jurídico penal determinado, el mismo no puede ser exigido taxativamente en detrimento de dejar impunes supuestos delictivos de relevancia social, cultural y legal; y menos aún llegar al extremo de derogar o excluir delitos del Código Penal, morigerando el elemento subjetivo exigido en dicho cuerpo legal al cohecho activo -dolo directo-, en la medida de un provecho efectivo, cosa impensada para un delito que se consuma con la mera actividad. Y no menos grave es la implicancia de lo que se manifiesta, cuando el análisis se hace respecto del delito de cohecho transnacional, el que posiblemente, devendría en letra muerta. El beneficio como elemento de conexión no debe ser más que un elemento probatorio. Conclusión, para el caso de que se adhiriera a esta interpretación de tomar al beneficio como elemento de conexión objetiva en el artículo 2 de la ley, para el supuesto estricto de cohecho activo o transnacional, y no se produjera el respectivo beneficio ex post, no se configuraría el hecho típico, por lo que las previsiones de la ley 27.401 perderían virtualidad, ya que no habría delito, dando lugar a una laguna de punibilidad para los tipos de cohecho activo o transnacional si ese elemento normativo entendido en dicho sentido no se produjera.

B. El beneficio como elemento subjetivo

La interpretación del beneficio como elemento subjetivo del tipo, alineada con parte de la doctrina que entiende que el modelo adoptado por la ley es de tipo mixto, no se halla exento de problemas, basta sólo pensar en la prueba para advertir las dificultades de la verificación efectiva de los elementos de conexión entre el accionar de la persona física, su dolo y la estructura de la persona jurídica; lo que sin dudas podría significar en la práctica una muy acotada aplicación de la ley sobre las personas jurídicas.

Asumiendo al beneficio como elemento subjetivo, para el supuesto de delito de cohecho activo y transnacional, el artículo 2 de la ley no presenta mayores inconvenientes, más que el mencionado.

Respecto del artículo 7, si bien la palabra está expresada en términos objetivos, sin dejar de demostrar la disconformidad respecto de la utilización en un sentido diverso de la palabra, como se manifestó anteriormente - la leyenda dispuesta para la aplicación de la pena en sentido potencial, al referenciar al beneficio como aquel que se hubiere podido obtener, en definitiva matiza la solución para el caso, permitiendo de esta manera, al tratar el cohecho activo, la aplicación de una pena ligada a la determinación vinculada a lo que podría haber sido el beneficio buscado por el agente al momento de la comisión del delito, o bien adoptar por el juez otra de las sanciones del catálogo de penas propuestas, al parecer como alternativas, pero sin dudas está dispuesto como elemento objetivo.

En torno al artículo 9, el beneficio entendido como elemento subjetivo es imposible, pero considerarlo en el marco del modelo vicarial como elemento objetivo sin dudas resulta irrisorio, ya que no habría qué devolver, lo que lleva a plantear una muy relevante duda respecto de la toma de decisión que una persona jurídica pudiera adoptar sobre someterse a un proceso, a partir de la autodenuncia. Conclusión sobre el beneficio entendido como elemento estrictamente subjetivo, para el supuesto de cohecho activo o transnacional, sin el respectivo beneficio ex post, entendido como utilidad concreta, el tipo del artículo 2 se configuraría con la conducta descrita al Código Penal y el sólo dolo directo exigido para el delito de cohecho activo; el artículo 7 podría ser superado conforme lo manifestado; y respecto del artículo 9, el cohecho activo y transnacional, no serían susceptibles de ser dispensados mediante una exención de pena, por imposibilidad de devolución del beneficio obtenido si se ciñe estrictamente a la letra de la ley, que exige la concurrencia simultánea de ciertos requisitos para la exención de pena, entre los cuales se halla la devolución del beneficio indebido obtenido, afirmación taxativa que expone al beneficio como elemento normativo objetivo de ineludible exigencia para la consumación del delito y para la exención de pena. Mención aparte merece el factor conveniencia en la actitud de autodenuncia, pero si así lo valorara el ente ideal, para el caso de que la persona jurídica adujera durante un proceso no haber obtenido beneficio alguno, como si tal cosa fuera taxativa y un elemento esencial, se estaría negando la existencia misma del delito nuevamente, lo que nos lleva a un razonamiento circular o lo que Aristóteles llamaba razonamiento recíproco, sometiéndose la persona jurídica a un proceso penal en miras de una eximición de pena por un delito que, en todo caso no existió.

Conclusión:

I. El legislador ha utilizado la palabra beneficio en distintos sentidos a lo largo del texto legal de la ley 27.401, lo que en definitiva puede afectar el principio de legalidad y traer aparejado el error de permitir interpretaciones o bien restrictivas, o bien extensivas, de la letra de la ley, alterando el espíritu de la norma. Las consecuencias de una interpretación unívoca del vocablo traen aparejada una laguna de punibilidad para el supuesto del cohecho activo y transnacional, si se considera al beneficio en el sentido anglosajón, como elemento de conexión necesario en el modelo vicarial.

II. Para el caso de que se pretenda subjetivizar al “beneficio” a lo largo de todo el texto, las consecuencias son irrisorias; todo lo cual atenta contra el espíritu de la legislación y desmotiva sin dudas a la autodenuncia para el caso de la disposición sobre la exención de pena.

III. La conclusión a la que se arriba es que en el artículo 2 la palabra “beneficio” debe ser entendida como elemento de conexión subjetivo del tipo, por lo que la no obtención de un “provecho” concreto actual o potencial y determinable, no obsta a la configuración del tipo, sino que requiere de un elemento volitivo. Este elemento volitivo no sólo atañe y radica en la persona física y su dolo de obrar en miras de la obtención de determinada cosa para el ente ideal – sin dudas de difícil comprobación-, ni en la obtención de un provecho como única manifestación volitiva; sino que requiere de una conducta culpable propia del ente jurídico, como es el incumplimiento a ciertos deberes de vigilancia.

IV. Que no obstante no haber sido objeto específico de análisis en la presente investigación, cuando la propia ley refiere a la independencia de las acciones en el artículo 6, lo hace de una manera condicionada, requiriendo una especial tolerancia y participación en la comisión del delito por parte del ente ideal, lo que permitiría concluir que no estamos ante un modelo de tipo vicarial, sino más bien uno del tipo de responsabilidad por defecto.

V. En el artículo 7, la palabra “beneficio” no se entiende como elemento de conexión sino como parámetro para la justipreciación de la pena de multa, y desde ya que no cabría su interpretación como subjetiva, sino que es referencia a un elemento objetivo a ser tasado en función del beneficio concreto obtenido o el que hubiese podido obtener.

VI. Del artículo 9 del mismo cuerpo legal, es desde dónde se apoya en definitiva y acrece en valor la confusión de pretender entender que el “beneficio” es un elemento de conexión objetivo y necesario para la configuración del tipo, ya que al hacer necesaria y taxativa su devolución para la obtención de la exención penal y administrativa -entiéndase que no se trata de exención de responsabilidad-, hace incurrir en el error de creer que la no existencia de “beneficio objetivo o provecho”, implica la negación de la existencia del delito por parte de la persona jurídica, lo cual es erróneo como se comprueba en los casos de cohecho activo y transnacional.

Propuesta de lege ferenda:

I. La palabra “beneficio” debiera ser utilizada únicamente en el artículo 2 y tener un único significado, que para el caso debiera ser entendido como elemento de conexión subjetivo. Si se pretende adscribir al modelo de responsabilidad propia o por defecto de la organización, esto debiera fundarse de manera clara, precisa y exclusiva, para la cual no sería necesario recurrir al artificio del elemento de conexión, porque la responsabilidad le es propia al ente ideal.

II. Respecto del artículo 7 la palabra “beneficio” debiera ser excluida de la disposición, proponiéndose que la pena de multa no debiera ser tasada en función de un elemento como el “producido de un delito”, ya sea determinado o determinable, lo cual requiere de una muy frecuente engorrosa tasación judicial; sino que se advierte la necesidad de disponer de una manera similar a un proyecto precedente, la tasación ligada al giro económico del ente ideal o a su estructura. De mantenerse esta disposición debiera utilizarse otro vocablo como “provecho”, el cual fue también utilizado en el artículo 2 para marcar una diferencia entre la subjetividad y la objetividad de un término.

III. La exención de pena prevista en el artículo 9 debería referenciar que, sólo y únicamente para aquellos casos en que hubiese existido un provecho efectivo actual o potencial determinable, se exija simultáneamente la devolución del “provecho obtenido o que se hubiese podido obtener” como condición para la exención de pena, copiando los términos en que se encuentra descrito al artículo que determina la escala penal aplicable (art. 7). La certidumbre y previsión que debiera existir en cuanto a la pena a los fines de que un ente ideal decida autodenunciarse y afrontar un proceso penal, por ser ésta una segura y buena opción resulta trascendente. En la meta de lograr la colaboración de las personas jurídicas, no debe perderse de vista la relevancia que tiene para las empresas y organizaciones, la reputación y el daño que pudiera causarles afrontar un proceso penal, por lo cual es indispensable crear soluciones reales en miras de obtener un verdadero compromiso por parte de estas, dando claridad y certeza para los casos en los que se pretende una autodenuncia por enrolarse el ente ideal en los nuevos paradigmas de cumplimiento, alineados a la ética, gestión y mitigación de riesgos y compliance.

Más allá de lo puntualizado en concreto, se entiende que debiera ampliarse el elenco sancionatorio, por ejemplo al delito de dádivas.