

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

SEDE CASTELAR

CARRERA ABOGACÍA

TRABAJO FINAL

"COMPLIANCE / PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO"

Tutor: Dr. Sergio A. Nobile

Alumno: Ramiro H. Roca

Tel: 15-5793-0811

Mail: ramirohernanroca@hotmail.com

Buenos Aires – Marzo 2023

RESUMEN:

El siguiente trabajo tratará de abordar la problemática en nuestro país de la aplicación del Compliance en general y de la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo en particular, desde un punto de vista global, dejando evidenciar su interconectividad y dependencia dentro de los negocios financieros, siendo importante resaltar la necesidad de poseer Sistemas Integrales de Cumplimiento para fomentar la sustentabilidad en el negocio.

Quedando asentado en dicho trabajo que en nuestro país, en parte por la idiosincrasia y en parte por el atraso en la sanción y aplicación de normativas en la materia, muchas entidades financieras tienen un sistema de Compliance incipiente y en otros directamente inexistente, muchas de las cuales tienen conformado un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, por ser este último un requisito obligatorio del BCRA y la UIF.

En primer término haré un acercamiento teórico de Compliance, analizaremos la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y en particular las normas de la Ley 27.401 para finalmente avanzar sobre una breve descripción de un correcto Programa de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Palabras clave: prevención - conductas - ética - cumplimiento - lavado - activos - terrorismo - financiamiento

CAPÍTULO I
COMPLIANCE

Sumario:

1.1 Definición Compliance
1.2 Antecedentes históricos
1.3 Ética empresarial
1.3.1 Código de Ética
1.3.2 Elementos del Código de Ética
1.3.3 Principios Fundamentales del Código de Ética
1.3.4 Conductas Éticas
1.3.5 Secreto de la Información y Tareas
1.4 Gobierno Corporativo
1.4.1 Antecedentes del Gobierno Corporativo
1.5 Oficial de Cumplimiento
1.5.1 Funciones del Oficial de Cumplimiento
1.6 Análisis de Riesgo en Compliance
1.6.1 Matriz de Riesgo
1.6.2 Elaboración de una Matriz de Riesgo
1.7 Programas de Integridad
1.7.1 Elementos de un Programa de Integridad

1.1 Definición Compliance:

El Compliance dentro de una organización es el conjunto de medidas destinadas a garantizar la conducta ética y legalmente respetuosa, de conformidad a las Normas y Políticas de la empresa.

"Es un conjunto de Normas, Procedimientos y Buenas Prácticas adoptadas por las organizaciones para identificar y clasificar riesgos operativos y legales a los que se enfrentan, estableciendo mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a las mismos, para poder así mitigar dichos riesgos y limitar de esta manera su impacto". (World Compliance Association, s.f.).

1.2 Antecedentes Históricos:

- Foreign Corrup Practices Act. (FCPA) EEUU 1977 Anticorrupción en el extranjero.
- Lockheed 1977.
- Iniciativas anticorrupción de la ONU y la OCDE.
- Argentina IBM/Banco Nación 1994.
- Año 2000 Enron, Parmalat, Siemens./ Lehman Brothers, VW, Skanska, Pfizer 2015, Odebrecht.
- Patriot Act. EEUU 26 octubre 2001 Monitoreo contra Terrorismo.
- Sarbanes-Oxley Act. EEUU 30 julio 2002 Monitoreo a empresas que cotizan.
- Bribery Act. UK 2010 6 Principios. Proporcionalidad, Tone at de top, E. Riesgos. D. Diligence. Comunicación. Monitoreo y revisión permanente.
- Federal Sentencing Guidelínes for Organization 2011

1.3 Ética empresarial:

La ética empresarial es una serie de valores y principios por los cuales se rige una empresa a la hora de llevar a cabo sus acciones y actividades.

Lo interesante es que se predica desde los niveles superiores de la empresa hasta los empleados, para que estos se sientan motivados y conformes con los valores de la misma. De esta manera se logra involucrarlos en el conocimiento de la normativa para que las pongan en práctica en sus tareas habituales.

Ética: Conjunto de costumbres y normas que dirigen o valoran el comportamiento humano en una comunidad. Disciplina filosófica que estudia el bien, el mal y sus relaciones con la moral y el comportamiento humano. La palabra proviene del Griego Ethos, que significa Morada o lugar donde se vive.

1.3.1 Código de Ética o Conducta:

Es un documento que reúne las normas, criterios y valores de una empresa y es el principio fundamental de todo Programa de Integridad.

Es una normativa unilateral interna de cumplimiento obligatorio dentro de la empresa y del mismo se desprenden otras normas específicas.

No existe un Código de Ética universal, cada código es diferente ya que refleja los valores, conductas y forma de hacer negocios de cada empresa en particular. Establece los principios a ser adoptados y que generen armonía entre los accionistas, directivos, empleados y todo tercero que de algún modo se involucre en la organización.

1.3.2 Elementos del Código Ético:

- Valores, misión y visión de la organización.
- Destinatarios.
- Importancia de apegarse a las reglas.
- Conductas prohibidas.

- Política de conflictos de intereses.
- Política anticorrupción.
- Política de regalos corporativos.
- Confidencialidad y protección de Datos.
- Definición de proceso de contratación de proveedores de servicios, representantes.
- Políticas de registros contables fidedignos.
- Seguridad de la disponibilidad, integridad, autenticidad y confidencialidad de la información.
- Política de Protección de los bienes, registros, propiedad intelectual de la empresa.
- Funciones del Encargado de Cumplimiento.
- Línea de denuncias, su utilización y sus derivaciones.
- Políticas de no represalias a denunciantes.
- Investigaciones de las denuncias y procedimientos disciplinarios.
- Acciones y políticas de responsabilidad social corporativa.
- Consecuencias por incumplimiento del Código.
- Vigencia.

1.3.3 Principios Fundamentales del Código de Ética:

- Respeto y adecuación a las Normas: Cumplir con el marco normativo que regula la actividad de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.
- Integridad/Probidad: Ejercer las funciones con responsabilidad, rectitud, honradez y honestidad.
- Confidencialidad: Asegurar la estricta reserva de la información obtenida en ejercicio de la función y de los procedimientos descriptos en el Manual de Prevención del Lavado de Activos. Garantizar al cumplimiento del artículo N° 22 Ley N° 25.246.
- Idoneidad: Garantizar la aptitud técnica y moral, en el desarrollo de la actividad bajo competencia.
- Objetividad: Realizar análisis equilibrado de la información obtenida para la detección de operaciones inusuales y sospechosas, y en caso de corresponder

emitir los informes demostrando independencia de la empresa en vinculaciones con personas e instituciones.

- Veracidad: Manifestarse con la verdad, en el ejercicio de las actividades y cumplimiento de las funciones.

1.3.4 Conductas Éticas:

- Mantener una conducta decorosa, acorde a los principios morales y éticos.
- Contribuir en el proceso de implantar, controlar y comprobar el adecuado funcionamiento de los Sistemas de Prevención.
- Actualizarse sobre la normativa tanto interna como externa referida a la Prevención del Lavado de Activos.
- Bajo ningún caso, ejercer coacción alguna contra otras personas por el cumplimiento de la normativa o medidas implantadas para prevenir o detectar actividades relacionadas al Lavado de Activos.

1.3.5 Secreto de la Información y Tareas:

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 25.246 en su artículo 22, los funcionarios y empleados de la UIF están obligados a guardar secreto sobre de la información a la que pudieran acceder en función del cargo que desempeñan, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en consecuencia.

El mismo deber de guardar secreto, rige para las personas y Entidades obligadas por esta ley a suministrar datos a la Unidad de Información Financiera.

Las personas que por sí o por otro revelen la información confidencial fuera del ámbito de la Unidad de Información Financiera, serán reprimidas con prisión de seis meses a tres años.

1.4 Gobierno Corporativo:

El Gobierno Corporativo de una empresa tiene relación con la Responsabilidad Social Empresarial ya que las mismas, además de procurar recibir beneficios para sus

dueños o accionistas, tienen otra responsabilidad que incluye a todas las partes interesadas.

Por tal motivo, las empresas incorporan el respeto por los valores éticos, las personas, las comunidades y el medio ambiente, estableciendo un conjunto de relaciones entre la Dirección de la empresa, su Consejo de Administración, sus accionistas y demás interesados.

De esta manera, responden no solo a las expectativas de sus accionistas o dueños, sino también a las de sus empleados, proveedores, clientes y la sociedad en general, creando confianza que se traduce en atracción de inversiones, protección a los accionistas y atrayendo y reteniendo talentos.

1.4.1 Antecedentes del Gobierno Corporativo:

En la década de los 90 se desarrolló por primera vez el concepto de Gobierno Corporativo, en un informe que refleja el conflicto entre propietarios y administradores, este fue el "Cadbury 1992 UK", el cual aportaba un Código de Gobierno Corporativo que las empresas que cotizaban en la Bolsa de Londres debían adoptar.

1.5 Oficial de Cumplimiento:

El Oficial de Cumplimiento, es un miembro integrante del órgano, responsable de supervisar y gestionar todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento normativo.

Su función es actuar como responsable del cumplimiento de las obligaciones de Prevención de Lavado de Activos y de Financiamiento del Terrorismo, crear y aplicar políticas que aseguren la integridad de la compañía hasta promover estándares éticos debiendo primeramente identificar riesgos, para luego determinar medidas preventivas y correctivas.

En argentina, la Ley 25.246 en su art. 20 bis, 4to párr. obliga a las sujetos obligados a tener esta persona orientada a la Prevención del Lavado.

También podemos decir que comenzó a tener relevancia a partir de la sanción de la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Empresas, como ya veremos más adelante.

1.5.1 Funciones del Oficial de Cumplimiento:

- Vigilar el cumplimiento de los aspectos normativos en temas relacionados con prevención de LAFT presentes y las futuras normas que puedan surgir.
- Implantar en la empresa una Política de Integridad.
- Conocer la normativa aplicable, incluso la normativa sectorial, debiendo estar informado continuamente de los cambios recientes.
- Fijar objetivos organizacionales de Ética y Cumplimiento.
- Analizar los riesgos de la empresa, supervisando el mapeo de los mismos.
- informar al representante legal y al máximo órgano social de la empresa cualquier falla que se llegase a presentar a los controles establecidos dentro de los procedimientos, manuales y / o políticas contenidas dentro del sistema, que pueda comprometer a cualquier funcionario de la empresa con el fin de dejar evidencia y trazabilidad sobre la ocurrencia de algún hecho.
- Conectar con el Negocio de la compañía para poder ir adecuando el mapa de riesgos ante nuevos acontecimientos como la apertura de una nueva sede, o la adquisición de otra empresa.
- Elaborar Políticas internas tales como un Código Ético o Política Anticorrupción, entre otros documentos y velar por su cumplimiento.
- Supervisar y controlar la efectividad del programa implementado.
- Promover programas de capacitación en temas relacionados con prevención de lavado de activos y financiación de terrorismo al interior de la organización para todo el personal.
- Revisar periódicamente no solo los informes de riesgo sino también las políticas a implementar.
- Elaborar propuestas de mejora y actualización del modelo, en casos como expansión a nuevos mercados, apertura de líneas de negocio, desarrollo de productos, etc.
- Gestionar el canal de Denuncias y llevar a cabo las investigaciones internas que pudieran tener lugar.
- Asegurar la adecuada conservación y custodia de la documentación.

- Indagar y controlar aquellas conductas que resultaren sospechosas.
- Atender cualquier requerimiento de la autoridad judicial que llegase a ser solicitado.

1.6 Análisis de Riesgo en Compliance:

Una de las mejores maneras de elaborar matrices de Riesgos, es con técnicas que nos permitan la identificación y valoración de los mismos, la formulación más frecuente y que generalmente se utiliza es la que contempla la probabilidad y la consecuencia o impacto de cada escenario.

Los sistemas más complejos de análisis de riesgos contemplan a su vez fórmulas que determinan tanto la probabilidad como el impacto por lo que resultan no solo más certeros sino más eficaces a la hora de abordar decisiones.

Debemos tener en cuenta que nunca existirá un impacto cuyo valor sea cero dado que de ser así no estaría contemplado dentro de los escenarios de riesgo para la organización al no suponer ningún tipo de amenaza o peligro ni siquiera potencial.

1.6.1 Matriz de Riesgo:

Nos permite identificar, cuantificar, y valorar los riesgos a los que tenemos que hacer frente.

La valoración generalmente se hace de forma numérica, aunque para entender esta valoración asignemos igualmente una descripción o un nombre.

Respecto a la valoración numérica, resulta frecuente utilizar una escala del 1 al 5 o bien del 1 al 10 pero siempre buscando el equilibrio entre el realismo del análisis de cada escenario y el control sobre la propia formula y valoración.

También le asignamos una descripción, siendo las más usuales: Riesgo extremo, alto, medio, moderado y bajo; yendo desde un riesgo no aceptable, hasta uno aceptable para la organización.

1.6.2 Elaboración de una Matriz de Riesgo:

- Crear un inventario de riesgos de Cumplimiento.
- Evaluación de probabilidad.
- Calcular el impacto del riesgo de incumplimiento.
- Definir un grado de tolerancia al riesgo.
- Elaboración de la Matriz de Riesgos gráfica.

1.7 Programas de Integridad:

Un programa de Integridad consiste en definir procedimientos que permitan conocer aquellos riesgos de corrupción que existen en la gestión de una organización y diseñar estrategias para mitigarlos.

Según la definición del Art. 22 de la Ley 27.401, los Programas de Integridad son el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esa ley.

Dicha ley, establece que los Programas de Integridad exigidos deberán guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y su capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación. Por ello, cada Programa de Integridad debe estar hecho a la medida de la empresa y de su rubro (será diferente para una constructora, para una empresa de alimentos, o una dedicada a los servicios de salud).

1.7.1 Elementos de un Programa de Integridad:

▶ Según el Art. 23 de la Ley 27.401 deberá contener al menos:

- Un Código de Ética.
- Reglas y procedimientos.
- La capacitación periódica sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PRESONAS JURÍDICAS

Sumario:

2.1 Antecedentes de la Ley 27.401

2.1.1 El “Reporte Fase 3 bis” de la OCDE

2.1.2 Análisis general del Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional

2.1.3 Observaciones particulares al Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional

2.1.4 El trámite parlamentario

2.1.5 Conclusiones sobre la ley sancionada

2.2 Derecho comparado

2.2.1 Estados Unidos

2.2.2 Alemania

2.2.3 Francia

2.2.4 Italia

2.2.5 Chile

2.2.6 Reino Unido

2.2.7 España

2.2.8 Brasil

2.2.9 Perú

2.1 Antecedentes de la ley 27.401

Este instrumento legal sancionado el 8 de noviembre de 2017 bajo la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, hizo que nuestro país cumpla con los estándares internacionales exigidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Convención Internacional sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales suscripta en París en el año 1997.

Anteriormente a su sanción, la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba prevista en nuestra legislación para determinados delitos específicos en materia fiscal, aduanera, ambiental, cambiaria, económica y financiera.

Con su sanción, se consagra la conveniencia, necesidad y obligatoriedad (en el caso de querer contratar con el Estado Nacional), de implementar en las empresas políticas efectivas para prevenir, detectar y denunciar hechos de corrupción.

La iniciativa legislativa reconoce como principal motor la suscripción por parte de nuestro país en 1997 de la ya mencionada Convención Internacional sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y que fuera aprobada por la ley 25.319, promulgada de hecho el 6 de octubre de 2000.

En dicha Convención Internacional, la Argentina se había comprometido a tipificar penalmente el cohecho de funcionarios públicos extranjeros -lo que fue cumplido al incorporar a la Ley 25.825 el art. 258 bis al Código Penal- y a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por este tema.

Comencemos este análisis comentando las observaciones que sobre nuestro sistema legal en la materia efectuó en marzo de 2017 la Misión de Expertos de la OCDE que evaluó la implementación en la Argentina de la Convención Anti-Soborno de dicho organismo internacional, en el conocido "Reporte Fase 3 bis", del que resulta que nuestro país continuaba en serio incumplimiento de los artículos claves del referido convenio internacional.

Este es el antecedente más importante que influyó en la redacción final del texto sancionado.

2.1.1 El “Reporte Fase 3 bis” de la OCDE

La evaluación tuvo en cuenta el proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas remitido al Congreso de la Nación, el que -para la misión evaluadora- de ser sancionado como había sido proyectado por el Poder Ejecutivo Nacional, no habría rectificado todas las deficiencias en la tipificación argentina del delito de cohecho en el extranjero que habían sido identificadas en el "Reporte Fase 1" de las evaluaciones de la OCDE.

En ese sentido, el organismo señaló que el proyecto brindaba respuesta a varias de las recomendaciones de la OCDE, pero no a todas.

2.1.2 Análisis general del Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional

La observación más importante efectuada por el organismo internacional, tuvo que ver con la implementación de "otro” sistema de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, "diferente" del que ya existía en nuestra legislación para imputar a las mismas por delitos contra el orden económico y financiero, entre ellos el lavado de dinero.

El proyecto del Poder Ejecutivo Nacional no tuvo en cuenta la existencia de los regímenes de imputación penal vigentes, por lo cual, de haberse aprobado tal cual estaba, habrían co-existido haciendo que fuera muy confuso.

Hechos ilícitos como fraude, delitos contra la salud, el medioambiente, homicidios, etc., seguirían impunes respecto a las personas jurídicas; y si bien la convención internacional de la OCDE solo exigía el establecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas para el delito de cohecho transaccional, habían pasado 20 años, donde debido a la globalización, las conductas delictivas se complejizaron y dieron nacimiento

al fenómeno de la llamada delincuencia organizada transnacional, relacionada a la actividad de las corporaciones y empresas.

2.1.3 Observaciones particulares al Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional

El proyecto del Poder Ejecutivo Nacional presentaba las siguientes observaciones:

1. Como comentamos anteriormente, implementaba una ley especial y complementaria del Código Penal, con el cual coexistiría, aumentando la confusión en la aplicación de las normas.

2. En relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, limitaba a un número muy reducido de delitos (ciertas figuras contra la administración pública y el cohecho transnacional), cuando en realidad las personas jurídicas son responsables penalmente por la comisión de muchos delitos propios de los negocios globalizados modernos.

3. Ampliaba la responsabilidad de las personas jurídicas a la actuación de proveedores, contratistas y toda persona con las que mantuvieran una relación contractual, lo que parecía excesivo y difícil de controlar en la realidad.

4. Demandaba que los delitos de las personas jurídicas hubieran sido realizados directa o indirectamente en nombre, representación o interés de ellas.

5. Contemplaba el contenido de un Programa de Integridad con determinadas características, dejándolo como facultad de las personas jurídicas, dificultando la seguridad jurídica del sistema en relación a determinar cuándo debe o no existir responsabilidad penal.

6. Establecía la cuantía de la pena de multa en función de un criterio que no guardaba relación con el hecho punible, lo cual fue criticado por el “Reporte Fase 3 bis” de la OCDE.

Muchas de estas observaciones, finalmente fueron contempladas en el debate parlamentario, como por ejemplo: la fijación de la cuantía de la pena de multa, contenido del Programa de Integridad y el criterio de imputación unificado.

2.1.4 El trámite parlamentario

El Proyecto del Poder Ejecutivo ingresó al Honorable Congreso de la Nación por la Cámara de Diputados, y en el debate producido en dicho recinto se lo modificó radicalmente, quitándole toda coherencia y sistematicidad.

Se le agregaron otros tipos de normas penales, que nada tenían que ver con el tema en estudio, como por ejemplo modificaciones al Código Penal para agravar las penas de las personas humanas imputadas en casos de corrupción contra la administración pública y disponiendo, la supuesta imprescriptibilidad de la acción penal para este tipo de casos.

Por lo cual, el Proyecto del Poder Ejecutivo, lejos de ser mejorado, fue por el contrario desmembrado con otras cuestiones ajenas a su objeto.

En su paso por el Senado de la Nación, se suprimieron los condimentos ajenos al objeto del proyecto, se rescató todo lo bueno que había en el Proyecto del Poder Ejecutivo y se lo perfeccionó en la medida de lo posible, dada la urgencia en sancionar dicha ley en respuesta a las exigencias internacionales.

Se realizó una ronda de exposiciones consultivas, en cuyo ámbito desfilaron las opiniones de prestigiosos juristas y representantes sociales.

Una vez terminada, la Comisión de Legislación Penal realizó un proyecto de consenso a proponer en el recinto, teniendo en cuenta dichas opiniones, el cual volvía al espíritu de la propuesta original del Poder Ejecutivo con algunas modificaciones.

Por lo cual, el proyecto volvió a la Cámara de Diputados, la cual tenía la opción de insistir con su anterior proyecto, aprobar sin modificaciones o rechazarlo, perdiendo estado parlamentario.

Finalmente, Diputados aprobó el proyecto consensuado en el Senado, que finalmente se transformó en ley 8 el de noviembre de 2017, siendo publicado en el Boletín Oficial con fecha 1º de diciembre del mismo año para entrar en vigencia el 1 º de marzo del año siguiente.

2.1.5 Conclusiones sobre la ley sancionada

Podemos decir que la Ley 27.401 así sancionada, adopta un sistema de imputación mixto, por un lado tomando una responsabilidad vicarial y objetiva pero condicionada por el sistema de atribución de responsabilidad por omisión de Compliance, de carácter subjetivo.

Acogió gran parte de las objeciones efectuadas por la OCDE en el citado "Reporte Fase 3 bis" en cuanto a la fijación de la cuantía de la pena de multa, el contenido del Programa de Integridad y el criterio de imputación unificado; además de alcanzar a las PyMEs contemplando su realidad y delimitar con precisión el régimen de prescripción.

Por lo cual, esta Ley así sancionada significa una evolución del Derecho en nuestro país en materia de la lucha contra la corrupción y en favor de la transparencia en los negocios de las personas jurídicas, delimitando y estableciendo responsabilidades.

2.2 Derecho comparado

Con el surgimiento de la criminalidad empresaria y la responsabilidad penal empresarial ante delitos corporativos, las empresas debieron autorregularse y los Estados comenzaron a exigir dicha regulación.

Existe una dualidad que no solo radica en si la responsabilidad de las personas jurídicas es penal o administrativa, sino también sobre la base de dos modelos antagónicos:

- Modelo vicarial: Las personas jurídicas son penalmente responsables por las personas humanas que actúan en su nombre y beneficio.

- Modelo de autorresponsabilidad: Basado en la propia responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por tal motivo, trataremos los principales aspectos de la responsabilidad penal en distintos países con el fin de comprender el tratamiento dado ya que son muchas las empresas que operan de manera trasnacional y que están obligadas a conocer las conductas de riesgo en cada uno de los países en los que operan.

2.2.1 Estados Unidos

En esta materia, tanto las empresas norteamericanas que operen en otros países como las empresas que desembarquen en Estados Unidos, deben conocer la legislación estadounidense.

En el año 1977 se aprobó la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act. o FCPA) que fue la primer norma en castigar a las empresas y personas radicadas en EE.UU., como también a las filiales asentadas en otros países, que sobornen a un funcionario en el extranjero.

La FCPA define al funcionario extranjero como "cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo o para dicha organización pública o en nombre de la misma".

Es un cuerpo normativo de carácter federal compuesto por dos secciones:

- Antisoborno: Prohíbe la entrega de dinero, bienes de valor pecuniario o cualquier beneficio o ventaja, tenga o no valor pecuniario a funcionarios públicos extranjeros a fin de que ellos hagan o dejen de hacer algo en el ejercicio de sus funciones o bien influyan en otro funcionario.

- Contable: Obliga solo a los emisores de valores en mercados estadounidenses a llevar en razonable detalle y con exactitud de equidad, las transacciones y disposiciones de los activos.

Los responsables de investigar y sancionar las violaciones a la FCPA son el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores (Securities Exchange Commision).

En el año 2001 se aprobó la Ley Sarbanes-Oxley (SAROX) y en el 2011 las Federal Sentencing Guidelines for Organization, donde su capítulo 8 regula cómo deben actuar los jueces norteamericanos a la hora de dictar sentencia cuando el acusado sea una persona jurídica y especifica las características que debe tener un Programa de Cumplimiento que se enfoque al análisis de riesgos en operaciones vinculadas a negocios internacionales, prestando mayor atención en países que tengan índices de corrupción elevados.

Esta Ley de Prácticas Corruptas en el extranjero está destinada a:

- Compañías que cotizan en la Bolsa Americana o cuyas acciones se negocian en el mercado extrabursátil de los EE.UU. y que deben presentar informes a la SEC, denominadas "emisores", independientemente del país donde estén constituidas siempre que participen en mercados de los EE.UU.

- Empresas nacionales denominadas Domestic Concerns con domicilio comercial principalmente en EE.UU. o que se rigen por las leyes de EE.UU., haciendo referencia también a personas humanas, nacionales o residentes en los EE.UU. En estos casos, las disposiciones de la FCPA se aplican con independencia del lugar en el que se realice el acto corrupto, sea dentro o fuera de las fronteras nacionales.

- Funcionarios o entidades extranjeras no emisoras, o que no son consideradas Domestic Concerns que directa o indirectamente a través de un intermediario o agente, están involucradas en cualquier tipo de pago corrupto, o en la oferta, promesa o autorización para pagar mientras actúen en el territorio de los EE.UU.

- Terceros intermediarios (distribuidores, contratistas, subcontratistas, proveedores, consultoras, etc.) y agentes comerciales que actúen en representación de cualquiera de las tres categorías anteriores, tienen el mismo grado de responsabilidad que las entidades a las cuales representan, independientemente de si las acciones se toman mientras están en territorio de los EE.UU., siempre que se realice el pago a sabiendas de que se dedicará, en todo o en parte, a pagar sobornos a cualquiera de las personas anteriormente mencionadas.

Esta Ley se aplica ante la sola intención de pagar un soborno (sección anti-soborno explicada anteriormente) y su sola promesa u oferta ya constituye un delito, siempre que genere una ventaja comercial u otro beneficio que de otra manera no habría sido posible conseguir. Ejemplos: la adjudicación de un contrato pese a no ofrecer el mejor precio o calidad, obtener información no pública de una licitación, evitar la rescisión de un contrato o lograr su renovación, etc.

En lo que se refiere a las sanciones, estas ascienden hasta los dos millones de dólares de multa para las personas jurídicas y hasta cien mil dólares y prisión de hasta cinco años para las personas humanas. En el caso de que la empresa se encuentre obligada a presentar declaraciones o documentos, y estos sean falsos o engañosos, la sanción máxima será de veinticinco millones de dólares en las personas jurídicas, y de cinco millones de dólares con penas de prisión de máximo veinte años, en caso de personas humanas.

2.2.2 Alemania

La legislación alemana, considera que es suficiente la punibilidad contravencional, y su correspondiente multa exige la comisión de un delito o una contravención por parte de una persona humana plenamente imputable en el hecho vinculante.

Por lo cual, este país implementó un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas sujeto a infracciones administrativas. En tanto que la responsabilidad de las empresas, responde a un sistema estructurado a modo de parte general en la Über Ordnungswidrigkeiten o Código Contravencional Federal -OWiG- de 1975.

Estas sanciones administrativas pueden ir desde la prohibición de ejercer una industria, hasta la disolución y eliminación del Registro de Comercio de la empresa involucrada. También se puede imponer una multa contravencional en determinadas situaciones.

Generalmente la autoridad administrativa impone en un único procedimiento, una multa contravencional tanto al autor del hecho de conexión como a la entidad.

Si el hecho de conexión es un delito, la multa para la entidad es impuesta por el tribunal y no por la autoridad administrativa.

También se puede hacer un procedimiento independiente contra la asociación cuando contra el representante no se instruye ningún procedimiento penal o contravencional o cuando este ha sido sobreseído. En cuyo caso solo se dicta una resolución independiente de condena sobre la persona jurídica.

En Alemania, los Programas de Compliance han tomado relevancia luego del caso de corrupción de la empresa Siemens, el cual prendió todas las alertas en relación a este tema.

2.2.3 Francia

El Código Penal francés establece, en relación al principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas: "las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables (...) de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes", reconocidos solo dentro de los casos expresamente previstos por la ley o el reglamento.

Luego, en abril de 2000, con la Courde Cassation Chambre Criminelle que reconoce la responsabilidad penal de la empresa estatal francesa encargada de la explotación de los ferrocarriles, SNCF, bajo la incriminación de homicidio involuntario, delito que estaba excluido de las infracciones que atribuían responsabilidad penal, se aprueba la ley N° 204-2004 la cual establecía dicha responsabilidad por toda infracción, excepto cuando la ley lo excluya expresamente.

Dicha responsabilidad abarca a todas las personas de derecho privado, con personalidad jurídica, tengan o no fines de lucro, sean sociedades civiles y comerciales y hasta agrupaciones de interés económico, asociaciones, fundaciones, sindicatos y partidos políticos, siempre que la infracción sea cometida por un órgano o representante de la persona jurídica.

Respecto a las penas, la multa es la principal penalidad pero también contempla la disolución, no aplicable a las personas jurídicas de derecho público, sindicatos y partidos políticos; cierre de establecimientos, exclusión de mercados públicos, entre otras medidas.

En relación a anticorrupción, en diciembre de 2016 se aprobó la ley n° 2016/1691 sobre transparencia, lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica, conocida como Sapin II, en honor al Ministro de Finanzas y Economía, Michel Sapin quien en 1993 dictó la ley Sapin I para el control de transparencia y persecución de la corrupción en la industria publicitaria.

Dicha ley establece la obligatoriedad de un Programa de Compliance a las empresas francesas y sus filiales situadas en el extranjero. Su incumplimiento supone sanciones penales y económicas de hasta un millón de euros, aplicables a la empresa o a los miembros del Consejo de Administración quienes serán personalmente responsables.

Crea la Agencia Francesa Anticorrupción y obliga a las empresas a prevenir la corrupción mediante un Programa de Corporate Compliance siempre que dichas empresas tengan un Código de Conducta, un canal de denuncias, evaluaciones de riesgo de corrupción, controles contables, formación y capacitación de los empleados, listado de sanciones disciplinarias y auditorías internas del Programa.

Abarca a las empresas que formen parte de un grupo cuya casa matriz esté en Francia y tenga más de 500 trabajadores y tengan un volumen de negocios bruto superior a 100 millones de euros de acuerdo a sus últimos 3 ejercicios.

Obliga a las personas humanas, sean directivos o ejecutivos de la empresa por incumplimientos, haciéndolos responsables personalmente.

Permite a los Fiscales intervenir en casos de corrupción de empresas francesas en el extranjero y en casos de empresas extranjeras en Francia, incorporando el principio de Extraterritorialidad.

Habilita la posibilidad que las empresas puedan llegar a un acuerdo a instancias del Ministerio Público, condicionado a que las mismas implementen un Programa de Prevención de la corrupción el cual es monitoreado por la Agencia Anticorrupción; el pago de multas proporcionales a los beneficios obtenidos, abonadas a la Tesorería francesa, limitada al 30% de la facturación anual.

El acuerdo debe ser sometido a audiencia y debate; y luego validado por el Tribunal Superior pero no se inscribe en el registro de antecedentes penales, por lo cual, las empresas no quedan excluidas de los procesos de contratación pública.

De esta manera, Francia está alineada a EE.UU. y el Reino Unido al permitir dar una solución más rápida sin recurrir a procedimientos penales largos.

2.2.4 Italia

Hasta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo n° 231/2001, las personas jurídicas respondían indirectamente por los actos ilícitos de las personas humanas de quienes eran responsables a través de una acción civil, no siendo procesadas como tales por la comisión de infracciones penales.

Dicho Decreto introdujo la responsabilidad administrativa de las empresas con personalidad jurídica. Esto es la comisión de un delito por un sujeto relacionado con la persona jurídica, en interés o beneficio de la misma. Esta responsabilidad se adiciona a la del individuo autor del delito.

Contempla su aplicación a la esfera pública, en entes públicos económicos aunque excluye la responsabilidad del Estado, entes públicos no económicos, entes públicos territoriales y los entes que tengan funciones de relevancia constitucional.

En este ordenamiento italiano, la responsabilidad penal es de carácter personal, necesitando la intervención de una persona humana. Por lo expuesto, es un régimen

híbrido donde la persona jurídica que se imputa por el delito, participa en el proceso penal pero las sanciones que le puedan recaer, son de naturaleza administrativa.

La legislación italiana establece cinco niveles de pertenencia (appartenenza) para imputar a la persona jurídica del delito cometido:

a) Se ha diseñado para lograr el interés de la propia entidad y, por lo tanto, es beneficiaria directa del delito (appartenenza perdestinazione).

b) Se ha cometido por el ápice o persona que ostenta un cargo de dirección o con facultades de organización y control, incumpliendo el deber de supervisión o dirección (appartenenza per la significativa posizíone del soggeto attivo).

c) Si el delito es causado por un defecto de organización (appartenenza perla derivazione del fatto da una /acuna dell'organizzazione).

d) La comisión del delito ha sido posible gracias a la falta de un modelo de organización adecuado para la prevención de delitos de la misma naturaleza del que se ha cometido con posterioridad (appartenenza perla derivazione dal rischonon-permessod'impresa).

e) Delito cometido por una "elusión no fraudulenta del modelo organizativo por parte del autor del delito" (appartenenza perla non-fraudolenta elusione del modello organizzativo).

Este modelo contempla las sanciones contra la empresa o persona jurídica por la comisión o tentativa de comisión de los siguientes delitos:

- contra la administración pública;
- contra la fe pública;
- contra la industria y el comercio;
- delitos empresariales;
- delitos en materia de terrorismo o subversión del orden democrático;
- delitos sobre las prácticas de mutilación genital femenina;

- delitos contra la personalidad individual;
- abusos de mercado;
- delitos de homicidio culposo y lesiones culposas graves o gravísimas;
- delitos de receptación, blanqueo y empleo de dinero, bienes o ganancias de procedencia ilegal así como auto-blanqueo;
- delitos en materia de violación del derecho de autor;
- delitos informáticos;
- delito consistente en hacer declaraciones falsas a la autoridad judicial;
- delitos medioambientales;
- delito de corrupción entre particulares;
- delitos de crimen organizado;
- transaccionales.

Las sanciones pueden ser de naturaleza pecuniaria cuyo fin es el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento ilícito de la persona jurídica por la comisión de un delito por parte de la persona humana que la representa; como también sanciones interdictivas.

En el modelo italiano, el art. 9º del decreto Nº 231/2001 contempla las sanciones contra la sociedad o persona jurídica como consecuencia de la comisión o tentativa de comisión de los delitos expuestos en el apartado anterior. Se prevén las dos variantes de sanciones, es decir, las de naturaleza pecuniaria y las interdictivas.

Las penas económicas tienen como función el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento injusto de la persona jurídica como consecuencia de la comisión del delito por parte de una persona humana que la representa.

Las interdictivas tienen naturaleza de medidas de seguridad previstas para controlar la probabilidad de reiteración del delito, a saber: suspensión de autorizaciones, licencias o concesiones funcionales para la comisión del acto ilícito; exclusión o revocación de financiaciones, contribuciones o subsidios concedidos; prohibición de contratar con la Administración Pública.

2.2.5 Chile

En Chile, se siguió el modelo italiano con la sanción de la Ley 20.393 en el 2009, que alcanza a todas las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas estatales, pero consagra un listado de tipos penales entre los que se contempla el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, como también el cohecho activo de empleados públicos nacionales y extranjeros.

Esta ley consagra el "defecto de organización", en el cual además de la conexión de la persona humana con la jurídica, tiene que haber contribuido al hecho favoreciendo o no impidiendo la realización del delito.

Por lo cual exige:

a) que el delito haya sido cometido por personas tales como los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas humanas que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos;

b) que los delitos se hayan cometido directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o para su provecho, y

c) siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad, de sus deberes de dirección y supervisión, lo que requiere la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delito.

En relación a las penas, estas van desde la disolución de la persona jurídica, prohibición de contratar con el Estado, pérdida de beneficios fiscales y multa; pero prevé penas accesorias como la publicación de la sentencia a costa de la empresa y el comiso del producto del delito.

Casi al mismo tiempo, se modifica el Código Penal incorporando los delitos de soborno entre particulares y administración desleal.

Años más tarde, con la ley n° 20.931 “Ley de Agenda Corta Anti-delincuencia”, se amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduciendo delitos como el de receptación que sanciona a quien conociendo su origen, o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, transporte, compre, venda, transforme o comercialice especies que provengan de hurto, robo, receptación, apropiación indebida y/o hurto de animales. Asimismo, el delito de receptación sanciona las conductas negligentes de quienes adquieren o poseen dichos bienes.

Y sanciones como la prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado, pérdida de beneficios fiscales o multas de hasta 20.000 UTM (Unidad Tributaria Mensual), hasta llegar a la disolución cuando la empresa haya sido condenada por el mismo delito dentro de los cinco años anteriores.

Luego, con la ley 21.121 “Ley Anticorrupción” y la ley 21.132 se incorporan nuevos delitos entre los que destacamos:

- Soborno entre particulares.
- Administración desleal.
- Apropiación indebida.
- Negociaciones incompatibles.
- Contaminación de aguas.
- Pesca ilegal de recursos del fondo marino.
- Comercialización de productos vedados.
- Procesamiento, almacenamiento de productos escasos sin acreditar el origen legal de recursos hidrobiológicos vedados o sobre explotados.

2.2.6 Reino Unido

El Reino Unido posee una de las leyes anti-soborno más duras a nivel mundial. Considera ilícito:

a) sobornar a otra persona, ofreciendo, prometiendo, entregando dádivas -corrupción activa-;

b) aceptar un soborno de otra persona -corrupción pasiva-;

c) sobornar a funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para conseguir o conservar un contrato o beneficio irregular -denominada corrupción en el comercio- y, finalmente;

d) la creación de una figura penal separada e independiente.

Sanciona a las empresas que no cuenten con procedimientos adecuados para combatir la corrupción, en sentido amplio, tanto no tenerlos como tenerlos de manera defectuosa o inadecuada. El fin es promover una cultura ética en los negocios que no tolere ningún tipo de soborno.

Esta ley, UK Bríbery Act (UKBA) de 2010 aplica en los casos de sobornos cometidos por una organización comercial o persona vinculada a esta y relacionada con el Reino Unido.

Considera que los pagos por hospitalidad, constituyen prácticas nobles a personas vinculadas a la empresa y que los pagos de facilitación, los que inducen a un funcionario público a realizar funciones rutinarias que ellos están de igual modo obligados a realizar, son sancionados por la UKBA ya que castiga la intención de influir al funcionario en ejercicio de sus funciones; de esta manera, marca diferencias con la FCPA.

Sus principios, los cuales se utilizaron para crear una guía elaborada por la Hacienda Pública como referencia al contenido que deben tener los Procedimientos Razonables de Prevención, para eximir de responsabilidad criminal, son:

- Proporcionalidad a los riesgos a los que la empresa está expuesta.
- Compromiso de la Alta Dirección en asegurar que sus organizaciones lleven a cabo su actividad sin incurrir en corrupción manteniendo una "cultura corporativa".

- Evaluación del riesgo (Rísk Assessment) de corrupción a los que se puede enfrentar, debiendo ser regularmente actualizado y mejorado.
- Diligencia debida (Due Díligence) o procedimientos para saber con quienes se hacen negocios.
- Comunicación de la posición de la empresa en relación con la corrupción y otras prácticas ilícitas.
- Monitoreo y revisión continúa de los Programas de Compliance.

La nueva normativa, Criminal Finances Act de 2017, introduce un nuevo tipo penal, que es la falta de prevención por parte de la persona jurídica, de que uno de sus miembros favorezca la evasión fiscal de un tercero, a nivel nacional como extranjero. Por lo que en lugar de castigar a la empresa por los delitos de sujetos que actúen en su nombre, castiga la conducta omisiva en el ámbito fiscal.

2.2.7 España

Con la reforma del Código Penal (2010), introdujo una modificación importante al establecer que las personas jurídicas son sujetos del derecho penal susceptibles de cometer delitos, al margen de las personas humanas que las integran y por ello, también deben ser sancionadas.

Esa reforma no contemplaba ninguna previsión procesal que resolviera los problemas que pudieran generarse en relación con el estatuto jurídico de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. Por lo cual, en 2011 se aprueba la ley 37/2011 que modifica la Ley de Enjuiciamiento criminal, reconociendo en la persona jurídica no solo el derecho genérico a la defensa, sino a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable, derecho a la última palabra en juicio y a la conformidad con la acusación.

También excluía a los partidos políticos y a los sindicatos, pero tras la reforma del 2012, se elimina dicha exclusión, por lo que pasan a ser sujetos penalmente responsables.

La reforma introdujo los Programas de Compliance, también establece que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre de las mismas y en su beneficio directo o indirecto, en dos supuestos:

a) Cuando fuere cometido por los representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la empresa o tienen facultades de organización y control dentro de la misma.

b) Cuando fuere cometido por las personas humanas sometidas a las autoridades de los anteriores, que incumplan gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Abarca grupos de delitos, entre los que se contemplan:

- Tráfico de órganos
- Trata de seres humanos
- Prostitución
- Explotación sexual
- Corrupción de menores
- Delitos contra la intimidad
- Allanamiento informático
- Estafas
- Frustración de la ejecución
- Insolvencias punibles
- Daños informáticos
- Propiedad industrial e intelectual
- Mercado de consumidores
- Corrupción en los negocios
- Blanqueo de capital
- Financiación ilegal de partidos políticos
- Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social
- Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros
- Edificación y urbanización ilegal

- Contra los recursos naturales y el medio ambiente
- Radiaciones ionizantes
- Riesgos por explosivos
- Delitos contra la salud pública
- Falsificación de moneda
- Falsificación de tarjetas y cheques de viaje
- Cohecho y tráfico de influencias
- Incitación al odio y a la violencia
- Financiamiento del terrorismo
- Contrabando

La pena de multa es la única impuesta por el Código Penal para todos los casos, siendo facultativas para el juez el resto de las penas, que pueden consistir en suspensión de las actividades, clausura de locales y establecimientos, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y contratar con el Estado; así como también la disolución de la empresa.

En los casos en que la empresa implante un protocolo interno de cumplimiento normativo y prevención del delito como sistema de control, la misma podrá ser eximida de la responsabilidad penal.

Mediante la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Fiscalía General del Estado establece que “el objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento”.

Aclara que un sistema de gestión de Compliance penal, no es un objetivo en sí mismo, sino un mero instrumento para conseguir una cultura ética y de respeto a la Ley.

2.2.8 Brasil

En dicho país, la responsabilidad por actos de corrupción activa, involucraba exclusivamente a las personas humanas, pero luego de una serie de escándalos de corrupción en empresas nacionales y extranjeras como en la Administración Pública, como fueron los casos Siemens y Mensualidades de la Cámara de Diputados, en el año 2014 entró en vigor la ley llamada “Ley de la empresa limpia”.

A su vez, el Senado Federal votó a favor de calificar a la corrupción como un crimen atroz, impidiendo que los acusados fueran liberados después del pago de fianzas y aumentando la pena mínima cuando existía desvío de recursos públicos.

La normativa no se limitó a tratar únicamente la corrupción del funcionario extranjero, sino que responsabilizó objetivamente a las personas jurídicas por practicar actos que perjudiquen a la Administración Pública nacional o extranjera. Comprendiendo cualquier tipo societario (empresas, asociaciones o compañías extranjeras con sede o representación en Brasil, fundaciones).

Condena comportamientos ilícitos vinculados con la participación en licitaciones públicas o contrataciones con el Estado y el pago de sobornos a funcionarios locales y extranjeros. Estableciendo como conducta prohibida, prometer, ofrecer o dar ventaja indebida a un agente público; financiar actos ilícitos; utilizar expedientes ilícitos ante la Administración Pública y obstruir la fiscalización.

Respecto a las multas, se toma la facturación bruta del ejercicio anterior al proceso administrativo y las mismas van desde el 0,1% al 20%, si no se podría aplicar dicha fórmula, las mismas irán de 6.000 a 60 millones de reales.

2.2.9 Perú

Con la sanción de la ley 30.424, que establece la "responsabilidad administrativa", se dispone que tanto las asociaciones y fundaciones, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta, tienen responsabilidad pero únicamente por un delito de cohecho activo trasnacional.

La determinación de dicha responsabilidad, se llevará a cabo en sede penal, por un juez penal y en el marco del proceso penal, bajo las disposiciones del Código Penal y el Procesal Penal de Perú.

Luego, antes que entrara en vigencia, se publicó el decreto legislativo 1352/17, que amplía dicha responsabilidad administrativa de las personas jurídica a las empresas que tengan la calidad de matrices, siempre que las personas humanas de sus filiales o subsidiarias incurran en el delito, actuando bajo sus órdenes, autorización o consentimiento. También declara que serán personas jurídicas las organizaciones no gubernamentales e incorpora el delito de cohecho activo, financiamiento del terrorismo y lavado de activos.

Las penas que se aplican son multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, mientras que cuando no se pueda determinar dicho monto, se aplicará multa de acuerdo al ingreso anual de la persona jurídica; inhabilitación; cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales para contratar con el estado de forma definitiva y clausura de sus establecimientos.

Por otra parte, establece los requisitos respecto al Programa de Cumplimiento Normativo, los cuales son:

- Oficial de Cumplimiento, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica y que ejerza sus funciones con autonomía;
- Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de delitos a través de la persona jurídica;

- Implementación de procedimientos de denuncia;
- Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención;
- Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Las penas mencionadas en el párrafo anterior, pueden atenuarse, en el caso que la empresa acredite que los requisitos mínimos fueron cumplidos parcialmente.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LAS NORMAS DE LA LEY 27.401 DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sumario:

3.1 Objeto y alcance.

3.2 El concepto de responsabilidad legal.

3.3 El concepto de persona jurídica

- 3.3.1 Personas jurídicas de derecho público.
- 3.3.2 Personas jurídicas de derecho privado.

3.4 Sociedades civiles.

- 3.4.1 Asociaciones civiles.
- 3.4.2 Simples asociaciones.
- 3.4.3 Fundaciones.
- 3.4.4 Sociedades comerciales y otras entidades.
- 3.4.5 De capital nacional y extranjero.
- 3.4.6 Con o sin participación estatal.

3.5 Breve noción de delito penal.

- 3.5.1 Delitos imputables a las personas jurídicas.
- 3.5.2 Cohecho.
- 3.5.3 Tráfico de influencias.
- 3.5.4 Cohecho y tráfico de influencias transnacionales.
- 3.5.5 Negociaciones incompatibles con la función pública.
- 3.5.6 Concusión.
- 3.5.7 Enriquecimiento ilícito.
- 3.5.8 Aprovechamiento indebido de información reservada.
- 3.5.9 Balances e informes falsos agravados.
- 3.5.10 Consideraciones comunes sobre la tipicidad subjetiva.

3.1 Objeto y alcance:

Artículo 1°. - «Objeto y alcance». La presente Ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:

a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 «bis» del Código Penal.

b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del Código Penal.

c) Concusión, prevista por el art. 268 del Código Penal.

d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 del Código Penal.

e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 bis del Código Penal.

3.2 El concepto de responsabilidad legal

El Diccionario de la Real Academia Española explica que el término “responsabilidad”, en su acepción jurídica significa la "Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente". Esto es la llamada "responsabilidad legal".

Etimológicamente, la palabra “responsabilidad” denota la capacidad de cumplir la obligación prometida o contraída.

Existen dos criterios de atribución de responsabilidad:

- Responsabilidad subjetiva: se responde por la propia culpa, es decir debe haber mediado dolo (intención), negligencia (omisión de la debida

diligencia), imprudencia (hacer lo indebido) o impericia (hacer mal lo debido). Caso característico, es la mala praxis profesional.

- Responsabilidad objetiva: se responde por una determinada situación, con prescindencia de toda culpa. El mayor exponente de esta corriente es la teoría del riesgo creado, en virtud de la cual, el propietario de un vehículo, de un animal o una cosa responde por los daños que con los mismos pudieran ocasionarse, aun cuando él no haya hecho ni omitido nada para causarlos.

Como veremos más adelante, esta Ley establece un régimen de responsabilidad penal mixto, un modelo vicarial, que extiende automáticamente a la persona jurídica la responsabilidad de la persona humana que cometió el delito en representación, interés o beneficio de aquella, actuando dentro del marco de sus funciones.

Veremos que esta responsabilidad, está matizada con Programas de Integridad o Compliance adecuados, que atenúan las penas en la medida de su cumplimiento.

3.3 El concepto de persona jurídica

Como sabemos, desde el punto de vista jurídico, "persona" es todo ente susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.

En el Derecho, entendemos que existen dos clases de personas, las personas humanas (seres humanos) y las personas jurídicas o de existencia ideal (de existencia abstracta o ideal, solo reconocidas por la Ley).

Ambos tipos de personas, poseen los mismos atributos civiles de nombre, domicilio, patrimonio y capacidad; pero en las jurídicas, esta capacidad está limitada por el principio de la especialidad. O sea, que solo tienen capacidad legal por los hechos y actos vinculados con el objeto de su estatuto que se relaciona con su actividad.

En relación, las personas jurídicas poseen una personalidad distinta de la de sus miembros, que no responden por las obligaciones de aquella, excepto en los supuestos que están expresamente previstos por la Ley.

Las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas.

3.3.1 Personas jurídicas de derecho público.

Son personas jurídicas públicas:

- El Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter.

- Los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable.

- La Iglesia Católica.

Todas estas, se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución.

3.3.2 Personas jurídicas de derecho privado

Son personas jurídicas privadas:

- Las sociedades.
- Las fundaciones.
- Las asociaciones civiles.
- Las simples asociaciones.
- Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas.
- Las cooperativas.
- Las mutuales.
- El consorcio de propiedad horizontal.

Así como toda otra contemplada en disposiciones legales y cuyo carácter de tal, se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

En cuanto a su existencia, comienza desde su constitución y no requiere autorización legal para funcionar, salvo disposición legal en contrario, en cuyo caso, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtener la misma.

3.4 Sociedades Civiles

3.4.1 Asociaciones civiles

Su objeto no debe ser contrario al interés general o bien común, y no pueden perseguir el lucro, para ellas, sus miembros o terceros, como objeto principal.

Por lo cual, en el caso de su disolución, el patrimonio resultante de la liquidación, no se distribuye entre los asociados ni directivos, sino que se tiene en cuenta el destino previsto en el estatuto y si no lo hubiera, se destina a otra asociación civil de bien común, sea pública o privada y con domicilio en el país.

Para su funcionamiento, deben estar autorizadas y se controlan permanentemente por la autoridad competente, sea esta nacional o local.

En lo que respecta a la responsabilidad de sus asociados, estos no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas que pudieran existir, sino que su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos y a las cuotas y contribuciones a que estén obligados. Pero, la responsabilidad de sus directivos no se extingue, si la misma deriva de alguna infracción a normas imperativas.

3.4.2 Simples asociaciones

En cuanto a su acto constitutivo, administración, gobierno, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento, las mismas están regidas por lo dispuesto para las asociaciones civiles y disposiciones especiales de la Sección Segunda, Capítulo II, del Título II del Código Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a la responsabilidad del fundador o asociados que no intervinieron en la administración, los mismos no están obligados por las deudas de ellas sino hasta la concurrencia de la contribución comprometida o cuotas impagas.

3.4.3 Fundaciones

Estas personas jurídicas, deben constituirse por instrumento público y obtener autorización del Estado para funcionar.

Su finalidad debe ser el bien común y no tener un propósito de lucro y se constituyen mediante el aporte patrimonial de una o más personas.

En caso de disolución, el remanente de su liquidación debe destinarse a una entidad de carácter público o persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o bien común y que estén domiciliadas en la República, todo esto al igual de lo que ya vimos de las asociaciones civiles.

3.4.4 Sociedades comerciales y otras entidades

Debido a lo extenso y que excede al objeto de este trabajo, remito a las disposiciones que regulan en materia de: Sociedades comerciales, ley 19.550; Mutuales, ley 20.321; Cooperativas, ley 20.337 y Consorcio de propiedad horizontal en el Título V del Libro IV del Código Civil y Comercial de la Nación.

3.4.5 De capital nacional y extranjero

Las personas jurídicas privadas, pueden ser de capital nacional, cuando el origen de sus fondos corresponda a dinero de contribuyentes fiscales argentinos o de capital extranjero, si esos fondos corresponden a contribuyentes de otras jurisdicciones distintas a las nacionales.

3.4.6 Con o sin participación estatal

Esta distinción, corresponde a las personas jurídicas privadas, aunque entre sus accionistas se encuentre el Estado o alguna entidad u organismo controlado por este, ya que la participación del mismo, no modifica el carácter privado de estas, según las disposiciones del Código Civil y Comercial Nación, en su artículo 149.

Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación estatal.

3.5 Breve noción de delito penal

Según una conocida definición, delito penal es toda "acción típica, antijurídica y culpable", por lo que las personas jurídicas, responden por ciertos delitos penales, los cuales no son objeto de este trabajo, pero haremos una pequeña reseña.

3.5.1 Delitos imputables a las personas jurídicas

En lo que respecta a los delitos que se pueden imputar a las personas jurídicas, la ley 27.401 establece un número preciso y acotado de delitos vinculados con el fenómeno de la corrupción entre particulares y funcionarios públicos.

En su artículo 1°, enuncia cinco supuestos, que como veremos luego, abarca ocho figuras a saber:

- Cohecho activo nacional (art. 258, CP).
- Cohecho activo transnacional (art. 258bis, CP).
- Tráfico de influencias transnacional (art. 258bis, CP).
- Negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265, CP).
- Concusión (art. 268, CP)
- Aprovechamiento indebido de información reservada (art. 268.1, CP).
- Enriquecimiento ilícito de funcionarios púbicos (art. 268.2, CP).

- Balances e informes contables falsos agravado (art. 300 bis, CP).

3.5.2 Cohecho

En nuestra legislación penal, este delito consiste en recibir dinero, bienes, regalos o promesas de beneficio económico para que un funcionario público haga, deje de hacer, influya sobre otro o demore algo, relativo a sus funciones. Este delito es más conocido como soborno o coima.

Está penado el hecho de dar, o sea el que ofrece un beneficio indebido y soborna a un funcionario público (cohecho activo) **(1)**; como el hecho de recibir, el funcionario público que recibe o acepta (cohecho pasivo**) (2)**. Por lo que estamos ante dos delitos distintos pero complementarios.

Es un delito contra la administración pública, bien jurídico tutelado por la Ley Penal. Con lo que un simple regalo, sin condicionamiento alguno respecto de un acto propio de las funciones del funcionario público, configura otro delito distinto al cohecho el cual requiere la finalidad de que el agente haga, retarde u omita un acto propio de sus funciones **(3)**; el de dádivas simples **(4)**.

1 ***Art. 258, CP:*** *"Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo".*

2 ***Art. 256, CP:*** *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".*

3 "Carece de significado para nuestra Ley que se trate de algo justo o injusto, porque no es eso lo que se pena, sino la conducta del funcionario. Por eso, aunque la dádiva sea entregada u ofrecida para que el funcionario cumpla con sus deberes, el delito queda igualmente configurado (Pacheco, El Código Penal, t.11, p. 497; Gómez, Tratado, t. V, nº 1353, p. 51S; Soler, Derecho penal argentino, t. V, § 142, 11, 111, ps. 160 y 161; Terragni, Delitos contra la función pública, cit., p. 155). En el Proyecto de Tejedor la pena era menor en el último caso" (Fontán Balestra, Tratado de derecho penal. Parte especial, 2013, t. IV).

4 ***Art. 259, CP****: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año".*

Cuando el soborno es aceptado por un Juez o Fiscal para emitir, dictar, demorar u omitir una resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia, el delito de cohecho se agrava sensiblemente **(5)**.

5 ***Art. 257, CP:*** *"Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dietar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia".*

Ahora bien, el artículo 1º inciso a) de la Ley 27.401 solo establece responsabilidad penal para las personas jurídicas en el caso del cohecho activo nacional del art. 258 del Código Penal.

3.5.3 Tráfico de influencias

Esta figura, complementaria y conexa al cohecho, consiste en solicitar, recibir o aceptar dinero, bienes, dádivas, promesas de beneficio económico para hacer valer la propia influencia ante un funcionario público con el fin de que este haga, omita o demore un acto relativo a sus funciones **(6)**.

Por lo que mientras que en el cohecho el funcionario público está condicionado por un ofrecimiento económico, en el tráfico de influencias, el funcionario público está condicionado por la influencia política, social, íntima, afectiva o de confianza **(7)** que pueda ejercer sobre él, quien sí solicitó o recibió un beneficio económico para hacerlo.

6 ***Art. 256 bis, CP:*** *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.*

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años".

7 "El móvil de la acción, lo que da lugar a la solicitud o recepción del dinero o la dádiva o de su promesa por parte del autor, es hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público para que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.
Influencia, para el Diccionario de la Real Academia Española, en una de sus acepciones, es 'poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio' y en otra, 'persona con poder o

autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio', lo que supone ejercer una suerte de fuerza moral o predominio sobre un funcionario público para que haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. El ascendiente moral no tiene por qué provenir de una relación de superioridad jerárquica o de naturaleza semejante, sino que pude provenir de vínculos de amistad, intimidad, reciprocidad, siempre que se trate de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, lo que supone un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública (conf. Muñoz Conde, Derecho penal. Parte especial, cit., p. 1028, quien señala que se trata de delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen)" (Fontán Balestra, Tratado de derecho penal. Parte especial, 2013, t. IV).

3.5.4 Cohecho y tráfico de influencias transnacionales

Hasta aquí, hemos descripto los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacionales, por cuanto se refieren a hechos cometidos respecto de funcionarios públicos de una administración estatal de la República Argentina, ya sea nacional, provincial, municipal o comunal.

Cuando los destinatarios son funcionarios públicos de un Estado extranjero u organizaciones públicas internacionales como por ejemplo la ONU o la OEA, se aplica otra figura, tipificada en el artículo 258bis del CP, el cual fue expresamente modificado por la ley 27.401 en comentario, a instancias de la OCDE. Estos delitos son el cohecho y tráfico de influencias transnacionales o internacional **(8)**.

*8 **Art. 258 bis, CP**: "Será reprimido con prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere u otorgare, indebidamente, 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 otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita 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.*

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".

Este artículo contempla el soborno y tráfico de influencias de manera más amplia, ya que la acción típica consiste en ofrecer, prometer u otorgar en beneficio de un funcionario público de un Estado extranjero u organización pública internacional, o de un tercero (punto no contemplado en el cohecho nacional) sumas de dinero o cualquier otro objeto

de valor pecuniario, u otras compensaciones como dádivas, favores, promesas o ventajas, para que dicho funcionario realice u omita un acto relacionado con sus funciones o para que haga valer su influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Por otro lado, incluye los términos favores y ventajas; y que no necesariamente deben tener una significación económica sino que pueden representar un beneficio de naturaleza política, social, reputacional o de poder.

3.5.5 Negociaciones incompatibles con la función pública

Este es un delito especial, previsto en el art. 265 del CP **(9)**, que fue modificado por el art. 32 de la ley 27.401, en comentario; el cual demanda que el sujeto activo sea un funcionario público cuya acción típica consiste en interesarse en cualquier contrato u operación en la que intervenga en razón de su cargo, cuyo fin sea obtener un beneficio (económico) para sí mismo o para un tercero.

9 ***Art. 265, CP:*** *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.*

Se aplicará también multa de dos a cinco veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales".

Respecto de la pena, sanciona al funcionario público con prisión de uno a seis años y multa de dos a cinco veces del valor del beneficio pretendido o efectivamente obtenido; la cual fue expresamente incorporada por disposición de la Ley 27.401 debido a recomendaciones de la OCDE.

Aplica también a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

El delito debe ser cometido por un funcionario público o por aquel que la Ley expresamente enuncia como sujeto activo en razón de la función que desempeña y genera responsabilidad penal para la persona jurídica, toda vez que la norma establece que las

mismas responden penalmente por el delito, si fue realizado directa o indirectamente con su intervención o en su nombre o beneficio, de acuerdo al art 2° de la Ley 27.401.

3.5.6 Concusión

Este delito consiste en que un funcionario público convierta en provecho propio o de terceros las exacciones ilegales a que se refieren los arts. 266 **(10)** y 267 **(11)** del Código Penal.

Con exacciones ilegales, el art. 266 alude a la exigencia o solicitud indebida de un funcionario púbico para que le sean entregadas o pagadas contribuciones, derechos, dádivas o mayores derechos de los que les corresponden.

10 ***Art. 266, CP:*** *"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.*

Se aplicará también multa de dos a cinco veces del monto de la exacción".

11 ***Art. 267, CP:*** *"Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años".*

El delito está expresamente contemplado en la ley 27.401 como generador de responsabilidad penal para las personas jurídicas, en tanto la acción de convertir en provecho de alguien sea destinataria, directa o indirectamente, de una persona jurídica.

3.5.7 Enriquecimiento ilícito

Si bien este delito no es objeto de este trabajo, señalaremos someramente, en qué consiste y cómo puede generar responsabilidad penal para las personas jurídicas.

El mismo está previsto en el art. 268 (2) del CP **(12)** y sanciona al funcionario público que registrare un enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, cuando ocurriera con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

12 Art. 268 (2), CP: "Será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

El artículo sanciona con prisión de dos a seis años y multa de dos a cinco veces el valor del enriquecimiento, y la inhabilitación absoluta en forma perpetua.

La responsabilidad penal de la persona jurídica surge del párrafo 3° del artículo en cuestión al establecer que la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento del funcionario será reprimida con la misma pena que el autor del hecho **(13)**, ya que lo considera cómplice al testaferro.

13 "Sujeto activo de este delito puede ser únicamente el funcionario o empleado público mientras permanece en el cargo y hasta dos años contados a partir de que cesó en este. La persona interpuesta es un partícipe que, ahora, está amenazada con la misma pena que el autor. La prescripción se suspende mientras cualquiera de los que han participado se encuentre desempeñando un cargo público (art. 67, CP)" -Fontán Balestra, Tratado de derecho penal. Parte especial, 2013, t. IV-.

Y la experiencia demuestra que, no pocas veces, las personas jurídicas se utilizan como como instrumentos para disimular u ocultar el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos corruptos que le asignan activos patrimoniales que en realidad le corresponden para intentar ocultar o eludir responsabilidades.

3.5.8 Aprovechamiento indebido de información reservada

Esta figura, tipificada en el art. 268 (1) del CP **(14)** y contemplada en la Ley 27.401, obedece a que la acción allí descripta, debe ser en beneficio del propio funcionario o de un tercero, el cual podría ser una persona jurídica.

Esta acción típica punible, consiste en utilizar para sí o para un tercero, informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo, refiriéndose al funcionario público. Este tipo, requiere de un elemento subjetivo, el cual

es la finalidad de lucro **(15)**, es decir, emplear indebidamente esa información para obtener un beneficio de significación o efecto económico.

14 ***Art. 268 (1), CP:*** *"Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo. Se aplicará también multa de dos a cinco veces del lucro obtenido".*

15 "Subjetivamente el delito del art. 268 (1) es doloso. La norma señala un elemento subjetivo específico que debe acompañar al dolo: el fin de lucro. Es el ánimo que inspira acción. Eso es lo típico; que se logre o no, cae fuera del tipo. Cualquier otro propósito o finalidad no es apto para caracterizar la infracción. Millán ofrece, como ejemplo de propósitos atípicos, destruir o perjudicar a alguna organización política, racial o comercial" (Fontán Balestra, Tratado de derecho penal. Parte especial, 2013, t. IV).

Esta información indebidamente empleada, debe tener el carácter de "reservada", lo que significa, que la misma no es información pública.

Ese carácter de reservada, puede ser por la existencia de una disposición legal expresa que le confiere ese carácter; por los usos y costumbres que así la consideran o porque es de esencia misma del trámite, gestión administrativa, contrato o documento oficial a la que dicha información corresponde.

Recordemos el llamado "corralito" de diciembre de 2001, cuyo fin fue restringir la salida de dinero del sistema bancario. Con el tiempo, se fueron conociendo denuncias contra personas humanas y jurídicas que supuestamente, se habían adelantado al mismo y retirado el efectivo depositado en las casas bancarias. Esto puede ser un ejemplo claro, de un funcionario público que tenía la información reservada de qué medidas se iban a tomar, y utilizó clandestinamente dicha información para adelantarla a determinadas personas y empresas.

3.5.9 Balances e informes falsos agravados

La OCDE advirtió una deficiente tipificación penal en la legislación argentina de las falsedades contables vinculadas a hechos de corrupción, por tal motivo, recomendó la incorporación de una figura agravada del tipo básico del art. 300, inc. 2° **(16)** del CP.

16 ***Art. 300, CP****: "Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años:(...) 2°. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los*

correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletas o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo".

Este tipo básico es la figura de balances e informes falsos del citado artículo en su inciso 2°, el cual sanciona con prisión de seis meses a dos años al fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

Este delito especial, demanda un sujeto activo particular, que solo puede ser fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva**.**

El problema es discernir quién cumple funciones de administración o no según el tipo de sociedad comercial de que se trate.

En las sociedades anónimas, dicha función está a cargo del Directorio, pero en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, la administración es ejercida por uno o más gerentes, socios o no, que pueden actuar colegiadamente. Mientras que en las sociedades en comandita por acciones y de capital e industria ejerce la administración quien a ese fin haya designado el contrato constitutivo, siendo que en ausencia de previsión en tal sentido, la función de administración recae indistintamente en cualquier socio o conjuntamente en varios o todos de ellos.

En el proceso de extinción de una sociedad, el liquidador asume plena responsabilidad por la presentación del balance, cuentas de resultado o estados contables falsos, o memorias notoriamente inexactas, sea en el juicio de liquidación o fuera de él.

3.5.10 Consideraciones comunes sobre la tipicidad subjetiva

La totalidad de las figuras penales expuestas hasta aquí, requieren siempre de dolo de primer grado, dolo directo.

Esto al resultar imposible, que las conductas descriptas puedan ser cometidas a título de dolo eventual, es decir, con indiferencia por el resultado ilícito previsto como posible.

Las características particulares de las acciones típicas descriptas, junto a que algunas de ellas contemplan además especiales elementos subjetivos adicionales al dolo, nos demuestran que solo pueden ser realizadas con la deliberada intención de ocasionar el resultado previsto por ellas. Por tal motivo, no existe la modalidad culposa.

Por lo cual solo generará responsabilidad penal para las personas jurídicas cuando una o más personas humanas incurran dolosamente en alguno de los delitos mencionados, en nombre, representación, interés o beneficio de aquellas o con su intervención.

CAPÍTULO IV

PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO.

Sumario:

4.1 Sistema de Prevención de LA/FT a implementar en una entidad financiera.
- 4.1.1 Política de Conocimiento del Cliente.
- 4.1.2 Controles a realizar sobre los Clientes.
- 4.1.3 Principios básicos de identificación de Clientes.
- 4.1.4 Identificación de Persona Humana.
- 4.1.5 Identificación de Persona Jurídica.
- 4.1.6 Política conozca a su empleado.
- 4.1.7 Personas expuestas políticamente (PEP).
- 4.1.8 Perfil y monitoreo transaccional.
- 4.1.9 Operaciones Inusuales.

4.2 Conceptos generales. Lavado de activos.
- 4.2.1 Fases.

4.3 Financiamiento del terrorismo

4.4 Marco legal.
- 4.4.1 Lavado de activos.
- 4.4.2 Financiamiento del Terrorismo

4.1 Sistema de Prevención de LA/FT a implementar en una entidad financiera.

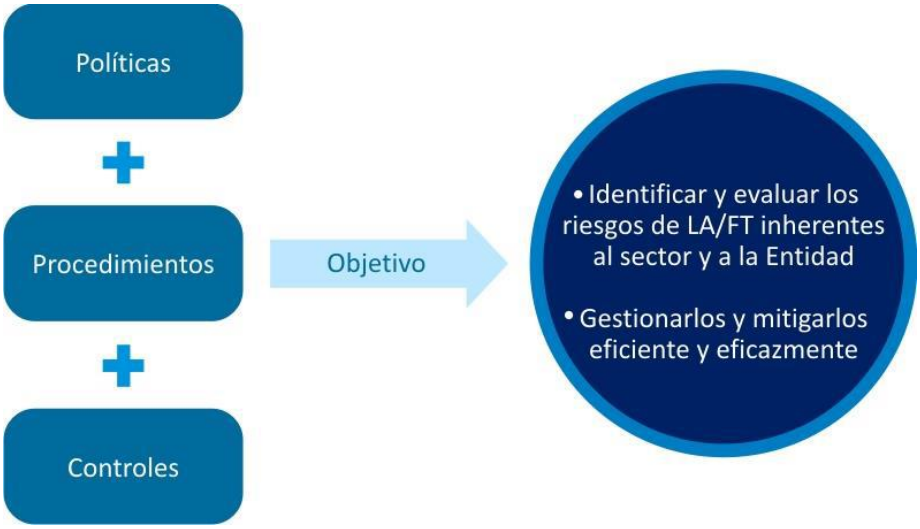
En el ámbito internacional, se entiende que el combate contra los delitos de LA/FT requiere de instrumentos e instituciones que coordinen los esfuerzos globales en este ámbito (cooperación internacional).

La prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo constituye una problemática creciente a nivel mundial, cuyo cumplimiento requiere de un alto grado de cooperación y compromiso, no sólo por parte de los organismos internacionales sino también de toda la comunidad en su conjunto.

Ante este contexto dinámico, donde el delito y las formas en que se ejecuta se transforman continuamente con el fin de eludir las medidas de control establecidas, resulta necesario fortalecer de manera constante los Sistemas de Prevención de LA/FT.

La aplicación de un Enfoque Basado en Riesgo (EBR) para la Prevención del LA/FT permite a los Sujetos Obligados ante la UIF identificar, evaluar y comprender los riesgos a los que se encuentran expuestos según la actividad que desarrollan, y en función de ello adoptar medidas para la gestión y mitigación de esos riesgos con el fin de prevenir con eficacia ser utilizados como canal para el LA/FT.

El componente referido a la gestión de Riesgos de LA/FT se encuentra conformado por las políticas, procedimientos y controles de identificación, evaluación, mitigación y monitoreo de Riesgos de LA/FT, según el entendimiento de los riesgos a los que se encuentra expuesta la propia Entidad, identificados en el marco de su autoevaluación y las disposiciones que la UIF haya emitido para guiar la gestión.



El componente de cumplimiento se encuentra conformado por las políticas, procedimientos y controles establecidos por la Entidad, de acuerdo con la Ley N° 25.246 o aquellas que la modifiquen, complementen o sustituyan, las resoluciones emanadas de la UIF, y las demás disposiciones normativas sobre la materia.

Para las entidades financieras, este nuevo paradigma se plasmó en las disposiciones establecidas en la Resolución 30-E/2017 de la UIF **(17)**.

17 ***La Resolución 30-E/2017*** *define los lineamientos más importantes a tener en cuenta por parte del Banco para el desarrollo y fortalecimiento de su Sistema de Prevención de LA/FT.*

El Sistema de Prevención de LA/FT establece un conjunto de políticas, procedimientos y controles establecidos para evitar que la Entidad sea utilizada como medio para la canalización de dinero u otro activo proveniente de actividades ilícitas. En este sentido, dicho sistema tiene que contener:

- Descripción de los procesos de identificación y tratamiento de operaciones inusuales y sospechosas dentro de lo establecido por la normativa vigente (Resolución No 30-E/2017 de la UIF). / Oficial de Cumplimiento.

- Cumplir con la legislación y regulación vigente en materia de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

- Articular las acciones de prevención sustentadas en el enfoque basado en riesgos.

- Aplicar en forma efectiva la política “Conozca a su Cliente”.

- Concientizar, comprometer y capacitar a todos los empleados en la aplicación de los procedimientos tendientes a prevenir transacciones que puedan resultar vinculadas con lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.

- Remarcar el deber de la confidencialidad que debe primar en los procedimientos de identificación de la clientela, análisis y eventual reporte y posterior seguimiento de operaciones sospechosas de acuerdo con lo establecido por la Ley 25.246 en especial en el artículo 22.

- Establecer las pautas del Plan de Capacitación de todos los empleados de la Organización.

- Adicionalmente se espera que de la aplicación de las políticas y procedimientos descriptos, colabore en mitigar riesgos reputaciones negativos para la Entidad y sus empleados.

Este programa debe ser elaborado de acuerdo con los Principios de Gobierno Corporativo aplicables a la industria bancaria y financiera.

4.1.1 Política de Conocimiento del Cliente.

Las principales normas y disposiciones en materia de prevención de LA/FT, descansan esencialmente en los principios fundamentales de identificación y conocimiento del cliente.

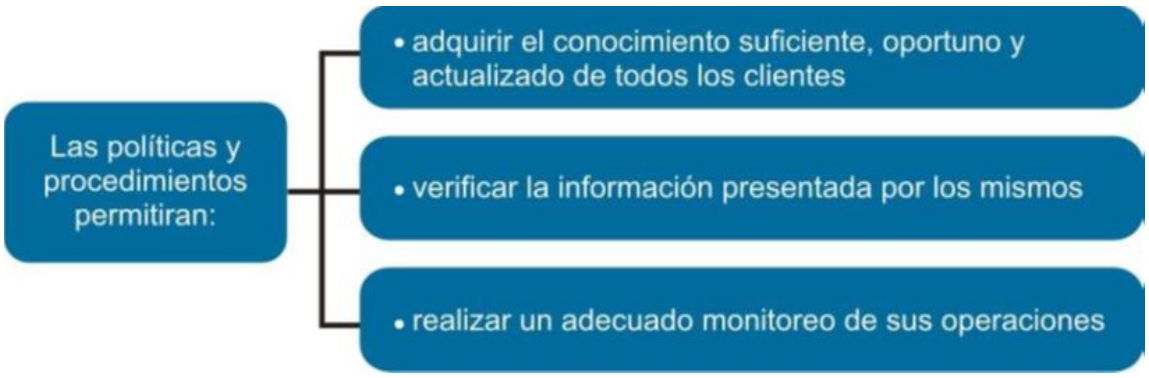
Para comprender mejor estas premisas, es necesario saber qué se entiende por cliente según el artículo 2 inciso l) de la Resolución UIF N° 30-E/2017:

"Es toda persona humana o jurídica o estructura legal sin personería jurídica, con la que se establece, de manera ocasional o permanente, una relación contractual de carácter financiero, económico o comercial. En ese sentido, es Cliente el que desarrolla una vez, ocasionalmente o de manera habitual, operaciones con los Sujetos Obligados. Los meros proveedores de bienes y/o servicios no serán calificados como "Clientes", salvo que mantengan con la Entidad relaciones de negocio ordinarias diferentes de la mera proveeduría".

Las Entidades, han elaborado sus políticas y procedimientos contemplando estas premisas, las cuales le permiten asegurar un conocimiento suficiente y actualizado de sus clientes. Dentro de las tareas cotidianas, se encuentran las de verificar la información presentada por los clientes y la de monitorear sus operaciones. La Debida Diligencia se lleva a cabo teniendo en cuenta los perfiles de riesgo de LA/FT asignados a cada Cliente.

Cada Entidad aplica su política de aceptación de clientes al inicio de las relaciones comerciales y en todos los casos, la ausencia o imposibilidad de identificación de los clientes impide la vinculación con el banco.

En el caso de encontrarse ya vinculado, la imposibilidad de actualizar sus registros en base a las políticas de gestión de riesgos de LA/FT aplicadas, ameritará un análisis con enfoque basado en riesgo a fin de evaluar la continuidad de las relaciones comerciales.



4.1.2 Controles a realizar sobre los Clientes

Verificación contra lista de terroristas: Este control se realiza mediante el aplicativo vigía o el link https://www.argentina.gob.ar/uif/busqueda-del-terrorista

4.1.3 Principios básicos de identificación del Cliente

Conocer al cliente demanda una trabajosa tarea de concientización de los empleados y de los propios clientes, respecto de los beneficios que estos controles significan, solicitando legajos o documentación que permitan establecer su perfil económico, pues a partir de allí se podrán determinar movimientos inusuales o sospechosos que, de corresponder deberán ser reportados a la UIF;

- identificar a los clientes, de acuerdo con los documentos de identificación exigibles vigentes definidos por el BCRA;

- registrar el tipo y número de documento utilizado para comprobar la identificación en posteriores operaciones;

- registrar y comprobar el domicilio permanente de todos los clientes;

- obtener y verificar información adicional de cada cliente, como por ejemplo la fecha de nacimiento, datos laborales, teléfono, estado civil y datos del cónyuge, número de identificación fiscal, número de pasaporte e información sobre el visado y domicilio de estadía cuando se trate de extranjeros;

- averiguar sobre el negocio del cliente, cuáles son sus proveedores y clientes principales, sus fuentes de capital y su financiamiento;

- en caso de solicitudes de crédito, establecer su finalidad. Esto deberá hacerse sea cual fuere el valor de la garantía. Es imperativo poder asegurar que el

monto del préstamo es consecuente con su finalidad y la actividad del cliente. Se debe verificar que los medios de reembolso sean evidentemente lícitos;

- adoptar medidas para verificar la identidad de los clientes, si existe alguna duda de que no estén actuando en su propio nombre;

- adoptar medidas para verificar la estructura y existencia de los clientes que operen por intermedio de una persona jurídica. Examinar los estados financieros de la empresa para determinar si su situación financiera es consecuente con la de empresas del mismo rubro;

- pedir una justificación económica y financiera del cliente, solicitando algún tipo de documentación que acredite su situación para aquellos clientes de alto riesgo;

- no se podrá exigir a los clientes - según lo establecido en materia de secreto fiscal- la presentación de declaraciones juradas de impuestos nacionales. Sin embargo, si efectuaran la presentación en forma voluntaria ante la Entidad, tal situación deberá ser expresamente manifestada, aclarando que la presentación es ajena a todo requerimiento de la Entidad interviniente;

- se deberán adoptar todos los recaudos necesarios a los fines de evitar la eventual difusión de la información que, aun siendo aportada voluntariamente por su titular, no pierde el carácter de confidencial;

- tomar recaudos para corroborar la condición de apoderados de las personas que actúan en representación de otras. Llevar a cabo el seguimiento del cliente y sus negocios en forma periódica;

- realizar visitas a los clientes de alto riesgo y a aquellos que el responsable del control y prevención de LA/FT disponga.

Ahora, veremos según la Resolución UIF 30-E/2017, cuáles son los requisitos mínimos de identificación para personas humanas y jurídicas.

4.1.4 Identificación de persona humana (artículo 23)

- Nombre y apellido, tipo y número de documento que acredite identidad.
- Nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento.
- Estado Civil.
- CUIL, CUIT, Clave de Identificación (CDI), o la clave de identificación que en el futuro sea creada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).
- Domicilio real.
- Número de teléfono y dirección de correo electrónico.
- Actividad laboral o profesión.
- Dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución UIF referida a PEP vigente en la materia.

NOTA: Los requisitos previstos anteriormente, resultarán de aplicación, en caso de existir, al apoderado, tutor, curador, representante, garante, y al autorizado, quienes deberán aportar, además de la información y documentación contemplada en el presente artículo, el documento que acredite tal relación o vinculo jurídico.

Lo previsto, es sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26 sobre métodos no presenciales de identificación, a través de medios electrónicos sustitutivos de la presencia física con uso de técnicas biométricas rigurosas o métodos tecnológicos alternativos.

4.1.5 Identificación de persona jurídica (artículo 24)

- Denominación o Razón Social.
- Fecha y número de inscripción registral.
- CUIT, CDI o Clave de Inversores del Exterior (CIE), o la clave de identificación que en el futuro fuera creada por la AFIP.
- Copia del contrato o escritura de constitución.
- Copia del estatuto social actualizado.

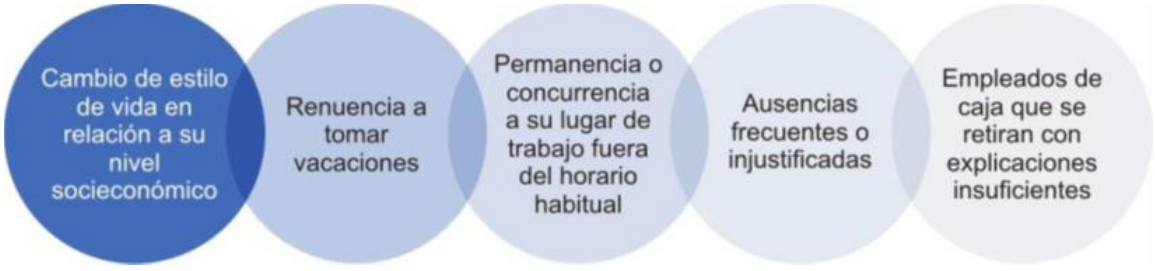
- Domicilio legal.
- Número de teléfono de la sede social y dirección de correo electrónico.
- Actividad principal realizada.
- Identificación de los apoderados del órgano, en los términos del artículo 23.
- Nómina de los integrantes del órgano de administración u órgano equivalente.
- Titularidad del capital social.
- Identificación de Propietarios/Beneficiarios finales.

4.1.6 Política conozca a su empleado

El conocimiento del personal guarda gran similitud con el del conocimiento del cliente, siendo un elemento de cumplimiento elemental para una efectiva política de PLA/FT.

El conocimiento de los empleados conduce a prevenir, detectar e impedir conductas que tiendan a facilitar o propiciar el uso de las entidades financieras como herramientas para la legitimación de capitales ilícitos.

Algunas de las señales de alerta que sirven para detectar posibles conductas de complicidad de empleados con prácticas de LA/FT pueden ser:



4.1.7 Personas expuestas políticamente (PEP)

Las PEP son personas humanas que ejercen o han ejercido cargos públicos de importancia en un país determinado o se desempeñan o han desempeñado en la función pública de jurisdicciones nacionales, provinciales y municipales.

Asimismo, en esta categoría se encuentran alcanzados los responsables de partidos políticos, autoridades de sindicatos, obras sociales, cámaras empresariales, etc.

Este concepto, se hace extensivo a determinados parientes e incluso colaboradores y allegados de las PEP. Asimismo, las relaciones comerciales o vínculos con los miembros de las familias o asociados cercanos de las PEP implican similares riesgos y en consecuencia debidas diligencias aplicables a las PEP.

En el ámbito local, la Ley 24.759 (Aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción) en su artículo 1° define al "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público" sosteniendo que se trata de "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus organismos, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

A nivel internacional, el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) en sus Recomendaciones sostiene que los PEP son todos "los individuos que desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas en un país extranjero, por ejemplo, Jefes de Estado o de un gobierno, políticos de alta jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, altos ejecutivos de empresas estatales, funcionarios importantes de partidos políticos". Las relaciones comerciales o vínculos con los miembros de la familia o asociados cercanos de las PEP implican similares riesgos y en consecuencia debidas diligencias similares a las aplicables a las PEP.

4.1.8 Perfil y monitoreo transaccional

Tanto la información brindada por el cliente o recabada por la Entidad, como la documentación que la convalida proporcionada por el cliente, deberán permitir la determinación de un Perfil Transaccional del cliente, es decir, prever su comportamiento futuro, sin perjuicio de las calibraciones y ajustes posteriores, de acuerdo con las operaciones efectivamente realizadas.

En este sentido, la definición del perfil transaccional del cliente constituye un parámetro indispensable al momento de realizar el monitoreo de operaciones, y se determina basándose en los siguientes aspectos:

- el entendimiento del propósito y la naturaleza esperada de la relación comercial;

- la información transaccional;

- la documentación relativa a la situación económica, patrimonial y financiera, tal como el nivel de ingresos o renta, tipo de operaciones y productos que utilizará, junto a la actividad que desarrolla;

- la transaccionalidad estimada y su razonable correlato respecto a su capacidad.

Con el objeto de analizar el comportamiento de los clientes e identificar desvíos sobre su Perfil, la Entidad realiza un monitoreo sobre las transacciones de cada uno de ellos utilizando diferentes herramientas.

El monitoreo se realiza teniendo en cuenta lo siguiente:

- La Entidad cuenta con reglas de control de operaciones y alertas automatizadas. Así puede monitorear apropiadamente y en forma oportuna la ejecución de operaciones y su adecuación al Perfil Transaccional de sus clientes y su nivel de riesgo asociado.

- Para el establecimiento de alertas y controles se tomarán en consideración la propia experiencia de negocio, las tipologías y pautas de orientación que difundan la UIF y/o los organismos internacionales de los que forme parte la República Argentina relacionados en materia de LA/FT.

- Los parámetros aplicados a los sistemas implementados de Prevención de LA/FT, serán aprobados por el Oficial de Cumplimiento. Tendrán carácter confidencial, excepto para quienes actúen en el proceso de monitoreo, control, revisión, diseño y programación de estos y aquellas personas que los asistan en el cumplimiento de sus funciones. La metodología de determinación de reglas y parámetros de monitoreo deberá estar documentada.

- Registro interno de operaciones objeto de análisis que permite identificar unívocamente cada transacción analizada, la trazabilidad de las instancias de validación, y el resultado de su análisis. Asimismo, se custodian apropiadamente los legajos documentales íntegros de soporte de tales registros.

4.1.9 Operaciones Inusuales

Se debe identificar, registrar, analizar e informar toda operación inusual o sospechosa según con las pautas y procedimientos detallados en los Manuales de PLA/FT. Dichas tareas se deberán realizar con la prudencia necesaria, debiendo abstenerse de revelar a los clientes o a terceros las actuaciones internas que se estén realizando en cumplimiento de las normas legales y regulatorias vigentes relacionadas al deber de cumplir con el secreto bancario.

Los registros deberán estar a disposición de las autoridades nacionales competentes a fin de colaborar con las posibles investigaciones y procedimientos, y deberán servir para proporcionar pruebas para la acción judicial contra la conducta delictiva.

Esta medida no sólo tiene por objetivo impedir que el dinero ilícito ingrese al circuito financiero, sino que además debe servir como mecanismo de protección de la Entidad ante operaciones delictivas que puedan afectar su reputación.

Todo analista, al momento de realizar el análisis de una operación inusual, deberá tener en cuenta:

- **Comportamiento Transaccional**. Análisis del que se obtiene un perfil de los movimientos transaccionales del cliente. De este análisis se puede determinar la inusualidad que alguna operatoria pueda tener, frente a los movimientos habituales del mismo.

- **Frecuencia**. La reiteración en el tiempo de operatorias con similares características que no se corresponden con la transaccionalidad habitual del cliente.

- **Canales**. El medio que se utiliza para realizar las operaciones, puede ser un elemento más que aporta al análisis para determinar que una operación es inusual, teniendo en cuenta también la concordancia o no con el perfil del cliente.

- **Legajo Actualizado del Cliente**. Permite determina el perfil del cliente, observando el estado patrimonial, económico y financiero, objeto y composición societaria, balances, etc. De esta forma se puede establecer un patrón esperable de su operatoria.

- **Documentación**. Toda la documentación adicional aportada por las sucursales -u obtenida por la Entidad por otros medios- son elementos de suma importancia al momento de analizar y tratar una operación inusual.

4.2 Conceptos generales. Lavado de activos

Se entiende por lavado de dinero al proceso utilizado para convertir e introducir en la economía formal los fondos generados por actividades de origen ilícito en activos de apariencia licita.

El lavado de dinero, llamado también blanqueo de capitales o legitimación de activos, es un conjunto de actos o actividades, efectuadas por personas humanas o jurídicas, cuya finalidad es ocultar o disimular el origen ilícito de bienes o recursos monetarios provenientes de actos criminales.

Es decir, es un mecanismo mediante el cual una persona o una organización criminal que comete un delito (narcotráfico, corrupción, trata de personas, pornografía infantil, etc.) buscan ocultar, disimular y/o encubrir el dinero conseguido de su actividad ilícita intentando en ese proceso dar, a esos fondos, apariencia de haber sido obtenido legalmente.

Para evitar llamar la atención de las autoridades sobre sus actividades reales -por ejemplo el dinero obtenido a través del narcotráfico- los delincuentes tratan de que no exista un vínculo directo entre el producto de sus delitos y sus actos ilegales. Por esta razón, y para poder gastar ese dinero mal habido abiertamente, crean estructuras y herramientas cada vez más sofisticadas.

El delito de legitimación de activos se desarrolla mediante la realización de múltiples maniobras o acciones dirigidas a ocultar cualquier vestigio delictivo de los fondos o bienes. La ejecución de muchos y variados actos realizados por quien pretende legitimar activos dificulta su detección.

4.2.1 Fases



- **Colocación**: Es la primera etapa, y consiste en la colocación del efectivo en instituciones que aceptan depósitos, o en su mezcla con legítimos resultados de una empresa. Esta es la etapa en la que se manejan mayores cantidades de dinero en efectivo y es donde los sujetos obligados deben poner en práctica los sistemas de prevención: Análisis del origen de los fondos.

- **Transferencia/Estratificación**: Es la segunda etapa, y consiste en un proceso de transferencia del dinero depositado entre cuentas y entre Bancos, a través de una serie de complejas transacciones destinadas a ocultar el verdadero origen de los fondos.

- **Incorporación**: Es la tercera y última etapa, y consiste en trasladar los depósitos hacia empresas regulares en las que los fondos serán administrados por sofisticados gerentes de inversiones.

4.3 Financiamiento del terrorismo

La financiación del terrorismo consiste en actividades de acción económica que, directa o indirectamente, provean, recolecten, ayuden o medien en el apoyo financiero a actividades o grupos terroristas, sin importar si el origen de los recursos sea legítimo o no, siendo importante para estos ocultar la fuente y uso, a fin de que la actividad de financiamiento pase inadvertida.

La financiación del terrorismo puede llevarse a cabo con bienes lícitos o ilícitos, a diferencia del lavado de dinero donde los fondos siempre son de origen ilícito, pues no en todos los casos, el terrorismo requiere lavar dinero para alcanzar sus objetivos.

El Sistema de Prevención de FT está orientado a gestionar los riesgos a los que se encuentra expuesto el Banco, estableciendo como fin la detección temprana y el oportuno Reporte de Financiamiento del Terrorismo (RFT), mediante la identificación, evaluación, control, mitigación y monitoreo de dichos riesgos.

Recordemos, que el término terrorista u organización terrorista, se refiere a la persona natural o a cualquier grupo terrorista que: comete o intenta cometer, actos terroristas por cualquier medio, directa o indirectamente, ilegal y deliberadamente; participa como cómplice en actos terroristas; organiza o dirige a otros para que cometan actos terroristas; aporta a la comisión de actos terroristas por parte de un grupo de personas que actúa con un propósito común en el que la contribución se hace intencionalmente y con el objeto de llevar adelante el acto terrorista, o conociendo la intención del grupo de cometer un acto terrorista.

En virtud de las recomendaciones emitidas por Organismos Internacionales (GAFI, ONU, etc.) y en cumplimiento de la normativa interna emitida por el Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo Nacional, el Banco Central de la República Argentina y la Unidad de Información Financiera, los bancos asumen el compromiso de establecer, implementar y aplicar un sistema de prevención que impida la utilización de la Entidad como medio para desarrollar actividades con fines delictivos relacionados al financiamiento del terrorismo.

Las políticas definidas están orientadas a la identificación real de la clientela, el mantenimiento de cuentas, establecer una guía de acciones a cumplimentar con el fin de identificar operaciones sospechosas y la conservación de los registros de las transacciones que se efectúen. El mismo será de conocimiento y cumplimiento obligatorio para todos los empleados y colaboradores de la Entidad bancaria.

4.4 Marco legal

4.4.1 Lavado de activos

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) **(18)**, define al lavado de activos como "el proceso al que se someten los ingresos producidos por el delito para ocultar su origen ilegal y legitimar las ganancias ilícitas de ese delito". Dicha tipología fue introducida inicialmente a nuestra legislación penal por el texto original de la Ley 25.246 en el cual, a través de la introducción del artículo 287 en el Código Penal, se consideró al lavado de activos como una modalidad calificada de encubrimiento, y en este sentido era considerada como una actividad independiente pero accesoria a la del delito precedente, que debía ser llevada a cabo por una tercera persona para su consumación, pues se entendía que en los casos donde la maniobra era conducida por el propio autor del delito precedente, la figura quedaba subsumida en aquel.

18 El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) -creado en París en 1989- es un organismo intergubernamental cuyo propósito es el de establecer estándares, desarrollar y promover políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

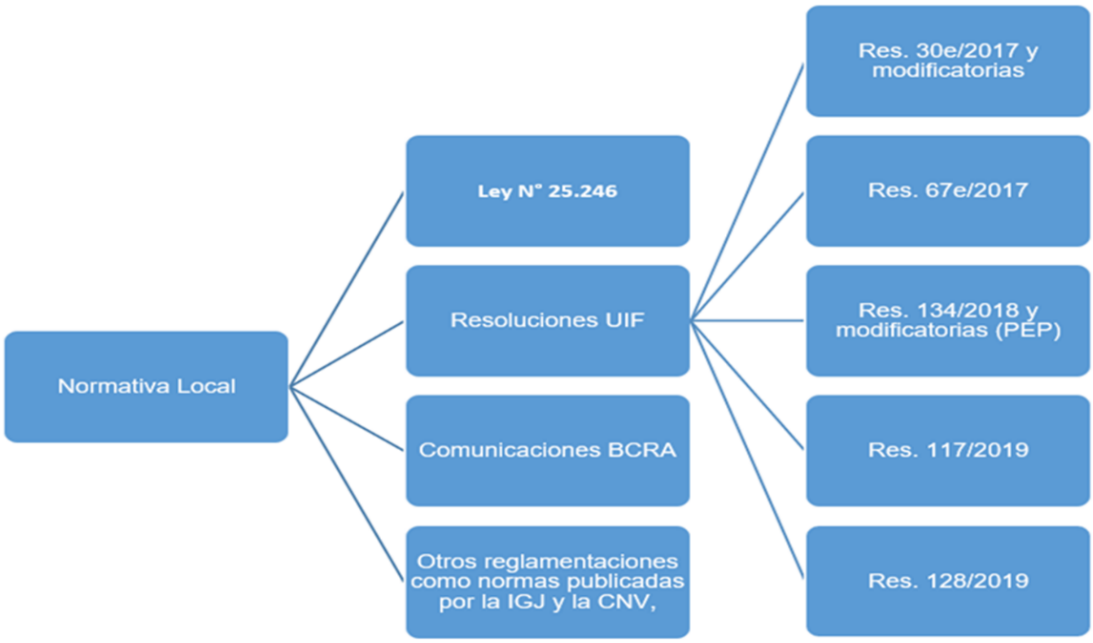
El GAFI está integrado por 39 miembros (37 países y 2 organizaciones regionales) y también por miembros observadores (organizaciones internacionales como Grupo Egmont, Interpol, Europol, ONU, etc.).

Con el fin de dar autonomía propia al delito, incluso incorporando los denominados casos de "auto-lavado" que anteriormente no estaban previstos, por Ley 26.683 se deroga el viejo artículo 278 del Código Penal y se lo introduce bajo el título de "Delitos Contra el Orden Económico y Financiero" a través de los arts. 303 y 304. En ellos, la tipología legal de lavado de activos queda definida del siguiente modo:

Lava activos aquel que "convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí".

Con esta nueva redacción, se ven incluidos en el delito de Lavado de Activos, aquellos casos en donde el delito precedente y la maniobra lavadora se concentran en la misma persona.

Cabe remarcar que la descripta es la tipología estándar del delito, existen a su vez casos agravados, por ejemplo, los casos en que el lavador es funcionario público, así como casos atenuados, por ejemplo, cuando los montos involucrados son menores a $ 300.000, significando esto que no existen montos mínimos para que se produzca el delito, y toda maniobra que tenga el propósito de dar apariencia licita a fondos que no la tuvieren en origen, deben ser considera delictiva.



4.4.2 Financiamiento del Terrorismo

El GAFI define la financiación del terrorismo como el "financiamiento de actos terroristas y de terroristas y organizaciones terroristas" **(19).** La legislación local incorpora la noción de terrorismo a través del artículo 41 quinquies y al financiamiento del terrorismo en el artículo 306 del Código Penal de la Nación, incorporación realizada por Ley 26.734, casi en forma contemporánea a la actualización del concepto de Lavado de Activos, comentada en la sección anterior.

En el primero de los artículos mencionados, el 41 quinquies, al estar situado como disposición general dentro del Código Penal en calidad de factor de imputabilidad, no establece un tipo delictivo, sino que brinda un criterio dogmático que califica a todo aquel delito que tuviere intención de atemorizar a la población agravando las escalas penales establecidas para cada uno de ellos descriptos en el libro segundo.

Sin embargo, de su redacción se puede extraer que se considera acto terrorista a todo aquel delito realizado con el fin de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Es en el artículo 306, donde la Legislación Nacional tipifica específicamente el financiamiento del terrorismo como delito independiente, autónomo, que no necesariamente debe estar asociado a la efectiva producción del acto terrorista en sí. El poder punitivo alcanza no solo a la financiación del acto terrorista propiamente dicho, sino que el tipo se cumple en los casos en que se financian organizaciones creadas a los fines de aterrorizar a la población o incluso a individuos que intenten cometer el acto, aunque sea de modo tentado.

19 GAFI (2019), "Money laundering", www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/

GAFI (2012-2018), Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, GAFI, Paris, www.fatf-gafi.org/recommendations.html, Glosario.

Al ser la actividad terrorista un fenómeno criminal con fuertes aristas internacionales, en paralelo a la Legislación Local, a nivel internacional se han confeccionado listados de personas, organizaciones y entidades vinculadas al terrorismo, confección que ha sido establecida a través de acuerdos internacionales de Derecho Público, cuya jerarquía es superior a las Leyes internas. Es por ello que, hasta fines de 2019, con el objeto de establecer políticas preventivas vinculadas a las conductas descriptas en el artículo 306 del Código Penal, se ha considerado que debe presumirse la financiación del terrorismo de las operaciones realizadas o tentadas en las que se constate alguna de las siguientes circunstancias (artículo 3 del Decreto 918/2012):

a) Que los bienes o dinero involucrados en la operación fuesen propiedad directa o indirecta de una persona humana o jurídica o entidad designada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1.267 (1999) y sus sucesivas, o sean controlados por ella.

b) Que las personas humanas o jurídicas o entidades que lleven a cabo la operación sean personas designadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1.267 (1999) y sus sucesivas.

c) Que el destinatario o beneficiario de la operación sea una persona humana o jurídica o entidad designada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1.267 (1999) y sus sucesivas.

Estas condiciones han dado lugar a la existencia de la denominada “lista” de terroristas.

A partir del Decreto 489/2019, se han incorporado a la establecida por Naciones Unidas, otras fuentes de altas de registros, quedando en la actualidad determinada la lista por los siguientes criterios:

a) Toda persona humana, jurídica o entidad sobre la que haya recaído resolución judicial o del Ministerio Público Fiscal que le impute o admita la formalización de una investigación por alguno de los delitos cometidos con la finalidad especifica del artículo 41 quinquies o alguno de los delitos del artículo 306 del Código Penal de la Nación, o aquellos delitos equivalentes vigentes con anterioridad a la sanción de la Ley No 26.734.

b) Toda persona humana, jurídica o entidad incluida en las listas elaboradas de conformidad con la Resolución 1.267 (1999), sucesivas y concordantes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

c) Toda persona humana, jurídica o entidad sobre la cual la UIF **(20)** haya ordenado el congelamiento administrativo de activos previsto en el artículo 6°, último párrafo, de la Ley N° 26.734 y el presente Decreto.

Estas incorporaciones se materializan a través de la confección del denominado Registro Público de Personas y Entidades Vinculadas a Actos de Terrorismo y su Financiamiento (RePeT), que de algún modo intenta brindar un listado de personas y entidades de las cuales se presume un vínculo con el terrorismo y por lo tanto cada Sujeto Obligado tiene el deber de reportar la operatoria ante la UIF dentro de las 48 hs., aunque la misma haya sido simplemente tentada.

20 La UIF es un organismo con autonomía y autarquía financiera, que tiene a su cargo el análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el Lavado de Activos (LA), la Financiación del Terrorismo (FT), y los Delitos Económico-Financieros complejos (DEC). La actividad de la UIF se desarrolla en torno al control, detección, investigación y sanción de los delitos de LA/FT/DEC contribuyendo a reforzar el sistema financiero y el resguardo del orden socio-económico. Depende del Ministerio de Economía.

- ✓ *Misión: Prevenir, detectar y contribuir al control penal del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, al recupero de bienes producto del delito y al desarrollo de propuestas político-criminales en la materia.*
- ✓ *Visión: Proteger la integridad del sistema económico financiero de la República Argentina y contribuir al orden público interno y a la paz y seguridad internacional.*

CAPÍTULO V

CONCLUSIÓN

Conclusión:

Como hemos visto en los antecedentes históricos, diversos escándalos internacionales hicieron que se cuestionara cómo se estaban gestionando las empresas y a partir de ahí, ganaron reconocimiento aquellos modelos de gestión empresarial que ponían foco en el control interno.

Modelos que abogan por coordinar los aspectos de gobernanza, gestión del riesgo y cumplimiento.

Los conceptos como Compliance, transparencia, integridad, gestión de riesgos y buen gobierno cada vez desdibujan más sus límites y se unen para avanzar hacia un sistema de gestión íntegro y sostenible en las organizaciones.

Estos modelos definieron la función del Oficial de Cumplimiento como el encargado de vigilar el cumplimiento efectivo de las normas y la regulación, siendo co-creador y promotor de la cultura de Integridad en las organizaciones, evidenciando el compromiso de las mismas con la ética y cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de sus actividades.

Por lo expuesto, luego de una descripción teórica del Compliance en general y del Compliance en particular en materia de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, en este trabajo se trató de dejar a la vista la imperiosa necesidad que tienen los sujetos obligados (y los no obligados) de poseer sistemas de PDLA/FT, de poseer un Programa de Integridad robusto, el cual permita optimizar el cumplimiento de Compliance y Prevención de Lavado.

No podemos dejar de mencionar, que en el marco de la declaración de pandemia y cuarentena obligatoria, se presentó la necesidad y oportunidad para las empresas, de promover, desarrollar e implementar propuestas relacionadas especialmente a herramientas electrónicas que permitieran a sus clientes operar remota y dinámicamente con ellas, ofreciendo productos y servicios acordes al mercado y minimizando los trámites presenciales, tratando de no incrementar los riesgos, con altos estándares de seguridad informática y con el enfoque estratégico de educar a esos clientes para mantener el uso de canales digitales incluso luego del contexto pandémico.

Por tal motivo, se multiplicaron las transacciones electrónicas y se debieron ajustar todos los Programas relacionados al aumento del riesgo en lo que refiere a TI, Negocios y Banca Digital, para cumplir con las regulaciones vigentes y mitigar dichos riesgos.

El Compliance está avanzando en forma permanente a nivel global y también en nuestro país, pero queda mucho por hacer todavía, como por ejemplo: crear nuevas figuras delictivas; ampliación de la cantidad de delitos alcanzados; incentivar económicamente a los denunciantes; corrupción entre particulares; etc.

BIBLIOGRAFÍA:

Nicolás Durrieu y Raúl Saccani (2018). "Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria". Editorial La Ley.

Perotti, Javier (2009). "La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales".

Baigún, David (2000). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.

Nercellas, Marta (2015). "Lavado de dinero: conclusiones del plenario GAFI octubre 2014. Profesional y Empresaria (D&G), tomo XVI: 11.

Pampillo Baliño, Juan Pablo (2021). "Todo Compliance". Editorial Bosch.

Baigún, David (2005). "El bien jurídico orden económico". (Estudios sobre Justicia Penal).

Fontán Balestra, Tratado de derecho penal. Parte especial, 2013, t. IV-.

Anllo, Lina (2019). "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". Editorial Hammurabi.

Cesano, José Daniel (2006). "Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica". Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar.

Gomez Jara Diez, Carlos (2011). "Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales". Madrid, España. Editorial La Ley.

Silva Sanchez, Jesús Maria (2006). "La expansión del Derecho Penal". Editorial B de F.

Spolansky, Norberto (2008). "La responsabilidad Penal de las personas jurídicas". Madrid, España. Editorial Edisofer.

Orsi, Omar. "Lavado de dinero de origen delictivo" Hammurabi. José Luis Depalma.

Blanco Cordero, Isidro (2012). "El delito de blanqueo de capitales". Editorial Aranzadi.

Montiel, Juan Pablo (2018). "Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria". Editorial La Ley.

Basch, Fernando (2018). "Compliance y Acción colectiva anticorrupción". Suplemento Especial La Ley.

Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional. Mensaje 127 de fecha 20/10/2016.

Word Compliance Association. https://www.worldcomplianceassociation.com

Asociación Argentina de Ética y Compliance. https://eticaycompliance.org/

Decreto 258/2019. "Plan Nacional Anticorrupción". B.O. 11-04-2019.

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/322013/ norma.htm

Ley 27.401. "Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". B.O. 01-12-2017.

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/ 295000-299999/296846/norma.htm

Resolución 27/2018. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina Anticorrupción. Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción. "Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de los establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". B.O. 04-10-2018.

Disponible en:

https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/193241/20181004

Resolución 30-E2017 UIF.

Disponible en:

https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-30-2017-275996/texto

Resolución 36/2019. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina Anticorrupción. Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción. "Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en PyMEs" . B.O. 12-11-2019.

Disponible en:

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

Ley 19.550 "Ley de Sociedades Comerciales".

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm

Ley 20.337 "Ley de Cooperativas".

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/texact.htm

Ley 20.321 "Ley Orgánica para las Asociaciones Mutuales".

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25392/texact.htm

Ley 25.246 "Encubrimiento y Lavado de Activos".

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62977/texact.htm

Ley 26.734 "Ley Antiterrorista".

Disponible en:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192137/norma.htm

INDICE:

RESUMEN: 2
CAPÍTULO I 3
COMPLIANCE 3
1.1 Definición Compliance: 4
1.2 Antecedentes Históricos: 4
1.3 Ética empresarial: 5
1.3.1 Código de Ética o Conducta: 5
1.3.2 Elementos del Código Ético: 5
1.3.3 Principios Fundamentales del Código de Ética: 6
1.3.4 Conductas Éticas: 7
1.3.5 Secreto de la Información y Tareas: 7
1.4 Gobierno Corporativo: 7
1.4.1 Antecedentes del Gobierno Corporativo: 8
1.5 Oficial de Cumplimiento: 8
1.5.1 Funciones del Oficial de Cumplimiento: 9
1.6 Análisis de Riesgo en Compliance: 10
1.6.1 Matriz de Riesgo: 10
1.6.2 Elaboración de una Matriz de Riesgo: 11
1.7 Programas de Integridad: 11
1.7.1 Elementos de un Programa de Integridad: 11
CAPÍTULO II 12
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PRESONAS JURÍDICAS 12
3.1 Antecedentes de la ley 27.401 13
2.1.1 El "Reporte Fase 3 bis" de la OCDE 14
2.1.2 Análisis general del Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional 14
2.1.3 Observaciones particulares al Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional 15
2.1.4 El trámite parlamentario 16
2.1.5 Conclusiones sobre la ley sancionada 17
3.2 Derecho comparado 17
2.1.6 Estados Unidos 18
2.1.7 Alemania 20
2.1.8 Francia 21
2.1.9 Italia 23
2.1.10 Chile 26
2.1.11 Reino Unido 27

2.1.12 España 29
2.1.13 Brasil 32
2.1.14 Perú 33
CAPÍTULO III 35
ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LAS NORMAS DE LA LEY 27.401 DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 35
3.1 Objeto y alcance: 36
3.2 El concepto de responsabilidad legal 36
3.3 El concepto de persona jurídica 37
3.3.1 Personas jurídicas de derecho público. 38
3.4 Sociedades Civiles 39
3.4.1 Asociaciones civiles 39
3.4.2 Simples asociaciones 39
3.4.3 Fundaciones 40
3.4.4 Sociedades comerciales y otras entidades 40
3.4.5 De capital nacional y extranjero 40
3.4.6 Con o sin participación estatal 41
3.5 Breve noción de delito penal 41
3.5.1 Delitos imputables a las personas jurídicas 41
3.5.2 Cohecho 42
3.5.3 Tráfico de influencias 43
3.5.4 Cohecho y tráfico de influencias transnacionales 44
3.5.5 Negociaciones incompatibles con la función pública 45
3.5.6 Concusión 46
3.5.7 Enriquecimiento ilícito 46
3.5.8 Aprovechamiento indebido de información reservada 47
3.5.9 Balances e informes falsos agravados 48
3.5.10 Consideraciones comunes sobre la tipicidad subjetiva 50
CAPÍTULO IV 51
PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO. 51
4.1 Sistema de Prevención de LA/FT a implementar en una entidad financiera. 52
4.1.1 Política de Conocimiento del Cliente. 54
4.1.2 Controles a realizar sobre los Clientes 56
4.1.3 Principios básicos de identificación del Cliente 56
4.1.4 Identificación de persona humana (artículo 23) 58
4.1.5 Identificación de persona jurídica (artículo 24) 58
4.1.6 Política conozca a su empleado 59
4.1.7 Personas expuestas políticamente (PEP) 60

4.1.8 Perfil y monitoreo transaccional 61
4.1.9 Operaciones Inusuales 62
4.2 Conceptos generales. Lavado de activos 64
4.2.1 Fases 65
4.3 Financiamiento del terrorismo 65
4.4 Marco legal 67
4.4.1 Lavado de activos 67
4.4.2 Financiamiento del Terrorismo 69
CAPÍTULO V 72
CONCLUSIÓN 72
Conclusión: 73
BIBLIOGRAFÍA**:** 75