

Nº 26
Segundo trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 26
Junio 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 26. Junio 2021

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.



Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA. Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.



D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción.....	11
------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA TRIBUTACIÓN LOCAL ANTE EL RETO DE LA ECONOMÍA DIGITAL

D. Jesús María Royo Crespo	15
----------------------------------	----

LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE EXTREMADURA Y PROPUESTAS DE MEJORA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO. REFLEXIONES EN EL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA INSTITUCIÓN.

José Manuel Rodríguez Muñoz.....	49
----------------------------------	----

OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: PARÁMETROS OBJETIVOS, ONEROSIDAD Y CONVENIO LABORAL.

Ignacio López González	93
------------------------------	----

EL COMPLEJO MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LAS ESTRATEGIAS ADMINISTRATIVAS DE SMART MOBILITY

José Alberto España Pérez	147
---------------------------------	-----



EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO COMO LLAVE PARA LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL Gabriel Caro Herrero.....	217
--	-----

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

UNA VISION DEL PUBLIC COMPLIANCE EN ARGENTINA,
TRATANDO DE SEGUIR EL MODELO ESPAÑOL

Luis Ceserani.....	299
-----------------------	-----

BASES DE PUBLICACIÓN	341
-----------------------------------	------------



EDITORIAL

En el número 26 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. JESÚS María Royo Crespo con el artículo que lleva por título "La tributación local ante el reto de la economía digital". El autor aborda con maestría como Las entidades locales se enfrentan de nuevo a un momento crucial en lo que se refiere a su financiación. Se hace imprescindible que las "administraciones superiores" integren en la nueva economía a la administración local.

A continuación, D. José Manuel Rodríguez Muñoz analiza en un interesante y profuso trabajo "La posición institucional del Consejo Económico y Social de Extremadura y propuestas de mejora de su Régimen Jurídico. Reflexiones en el trigésimo aniversario de la Institución".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Ignacio López González que aborda las



ofertas anormalmente bajas: parámetros objetivos, onerosidad y convenio laboral.

D. José Alberto España Pérez en su artículo “El complejo marco normativo de la protección de datos en las estrategias administrativas de smart mobility” analiza con brillantez como la denominada movilidad inteligente (smart mobility por su término en inglés) está llamada a revolucionar los desplazamientos por la ciudad y, por ende, a la Administración Pública. Esta nueva forma de ver y entender los movimientos urbanos apuesta por una movilidad más respetuosa con el medioambiente y la calidad de vida de los ciudadanos, utilizando las numerosas ventajas que ofrece la inteligencia artificial.

D. Gabriel Caro Herrero analiza pormenorizadamente el tratamiento penitenciario como llave para la reeducación y reinserción social.

Por último, la sección internacional se cierra con un trabajo de D. Luis Ceserani que hace una reflexión sobre “Una visión del public compliance en Argentina, tratando de seguir el modelo español”. Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES





UNA VISION DEL PUBLIC COMPLIANCE EN ARGENTINA, TRATANDO DE SEGUIR EL MODELO ESPAÑOL

D. Luis Ceserani

Doctor en Derecho, Profesor Universidad de Buenos Aires y Universidad del Comahue, Magistrado Sec. Cámara Crimen, Sala I, Investigador.

Resumen: El presente trabajo nace como una inquietud personal del autor, luego de participar en Madrid en la Conferencia Anticorrupción Organizada por C5 Group; la misma dejó en evidencia que el derecho es un subsistema que se nutre, entre otras cuestiones, del derecho comparado. En este humilde aporte, trataremos de demostrar la necesidad de traspolar el modelo español del Public Compliance al derecho argentino; específicamente en las personas jurídicas públicas, empresas públicas y en los partidos políticos. Estos institutos carecen de regulación en el derecho argentino, en lo que a Public Compliance se refiere. Para ello analizaremos los modelos argentino y español pretendiendo demostrar las falencias del primero y anhelando la aplicación del segundo en la laguna legislativa.



Palabras Clave: Public Compliance, Personas Jurídicas Públicas, Empresas Publicas-Sociedades y Empresas del Estado, Partidos Políticos, Modelo Castilla La Mancha

Abstract: This work is born as a personal concern of the author, after participating in Madrid in the Anti-Corruption Conference Organized by C5 Group; it made clear that law is a subsystem that is nourished, among other things, by comparative law. In this humble contribution, we will try to demonstrate the need to transpose the Spanish model of Public Compliance into Argentine law; specifically in public legal entities, public companies and in political parties. These institutes lack regulation in Argentine law, as far as Public Compliance is concerned. To do this, we will analyze the Argentine and Spanish models, seeking to demonstrate the shortcomings of the former and yearning for the application of the latter in the legislative gap.

Key Words: Public Compliance, Public Legal Persons, Public Companies, Societies and State Companies, Political Parties, Castilla La Mancha Model

Sumario: I.- El marco contextual. II.- Compliance y Public Compliance. III. Personas Jurídicas Públicas. IV.- Public Compliance en las personas jurídicas públicas estatal y no estatal, siguiendo el modelo Castilla La Mancha. V.- Public Compliance en las sociedades del Estado, Empresas del Estado y SA con Participación Estatal Mayoritaria. VI.- Selección y funciones del Public Compliance Officer. VII.- Partidos políticos: 1.- Conceptualización. Análisis del sistema español. 2.- Naturaleza jurídica. 3.- Sujetos de derecho penal. 4.- Public Compliance en los partidos políticos. VIII.- Conclusión.



I.- EL MARCO CONTEXTUAL

En el mes de noviembre del 2019, se celebró en Madrid la VII Conferencia Anticorrupción, la cual permitió el intercambio de opiniones referidas a los más variados temas relativos al fenómeno de la corrupción y los mecanismos para erradicar la misma. Miembros del Tribunal Superior de Justicia Español, fiscales, magistrados, funcionarios, abogados, management, empresarios y público en general; debatieron y delinearon los horizontes de las personas jurídicas privadas, las públicas y su responsabilidad penal frente al fenómeno de la corrupción.

Los ejes fundamentales giraron sobre el Compliance, la imputación penal de la persona jurídica, el due diligence (no solo a nivel civil y comercial sino además desde el punto de vista penal) y el aumento de los casos de corrupción, entre otros temas. Se evidenció la necesidad de un Public Compliance para las personas jurídicas públicas y la necesidad de profundizar, aún más, la responsabilidad penal de los partidos políticos como sujetos penalmente responsables en el sistema democrático e institucional.

Vemos que en el derecho español, el Public Compliance ha tenido un gran desarrollo, llegando a aplicarse no solo a las personas jurídicas públicas y las empresas públicas; sino también a los partidos políticos.

Por otra parte, la historia universal del derecho, permite inferir que el derecho comparado ha permitido el avance del sistema normativo; de un simple vistazo se puede observar que todo ordenamiento jurídico ha adoptado algún instituto que no le es propio y que lo ha "importado" de otro ordenamiento jurídico. Es ahí donde Argentina deberá avanzar, implementando la aplicación del Public Compliance a las personas jurídicas públicas, empresas públicas y a los partidos políticos.



En virtud de todo lo mencionado, y atento a que en nuestro derecho estos parámetros no son legislados, desarrollaremos el presente trabajo destacando la posible aplicación de estas aristas españolas al derecho argentino. Por ello pasaremos revista al Public Compliance, a la posibilidad de que los partidos políticos puedan ser responsabilizados penalmente y puedan adoptar un programa de Compliance.

II.- COMPLIANCE Y PUBLIC COMPLIANCE

En el derecho argentino las personas jurídicas públicas están consagradas en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCN) específicamente en el Libro Primero, Título II; art. 141 al 167. Atento a la extensión, tomaremos solo los artículos que son de aplicación en el tema.

El art. 141 define a las personas jurídicas, como aquellos entes a los cuales el ordenamiento les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Por otra parte, el art. 143 establece que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. El art. 146 enumera aquellas personas jurídicas públicas: Estado Nacional, las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuye ese carácter. Luego especifica que también son personas jurídicas públicas, 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. Finalmente el artículo refiere a la Iglesia Católica. Debemos resaltar que este artículo en su apartado a) establece una fórmula residual: "y las demás organizaciones constituidas en la República a las



que el ordenamiento jurídico atribuye ese carácter". En dicha fórmula podrán admitirse otras personas jurídicas que posean la capacidad aludida en el art. 141, siendo viable ubicar asociaciones sindicales, asociaciones profesionales, etc.

Existen innumerables definiciones de personas jurídicas públicas. No obstante, citaremos algunas a modo didáctico. En tal sentido, Vitolo sostiene que las personas jurídicas públicas son aquellas que están establecidas en el art. 146 CCN en tres incisos ⁽¹⁾. Por su parte Rosatti define a las personas jurídicas públicas como la persona no humana a la que el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones con destino a la realización de un cometido estatal o la satisfacción de necesidades públicas. ⁽²⁾

La dualidad de finalidades (realizar un cometido estatal o satisfacer necesidades públicas) permite distinguir y clasificar a las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales ⁽³⁾ La persona jurídica pública estatal es creada por el Estado y dotada de recursos públicos para la realización del cometido estatal, no tienen fin comercial o industrial, el patrimonio es estatal y el Estado responde indirectamente por estos entes. En tanto que la persona jurídica pública no estatal es una persona no humana cuyo patrimonio es total o

¹ VITOLLO, D. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, "pág. 126".

² ROSATTI, H., *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, "pág. 274".

³ MARIENHOFF, M.S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, T. I, Buenos Aires, 1976, "pág. 363".



predominantemente privado y está destinado a la satisfacción de necesidades públicas. ⁽⁴⁾

Otro de los criterios doctrinarios sostenidos para establecer la diferencia entre persona jurídica pública estatal y no estatal; es el encuadramiento de la misma dentro de la organización estatal y la titularidad de los fondos de la entidad. Si está encuadrada dentro de la organización estatal será una persona jurídica pública estatal aun cuando sus fines sean de naturaleza comercial o industrial. ⁽⁵⁾

Por su parte Gordillo, hace una distinción importante ya que clasifica a las entidades públicas estatales incluyendo en ella a dos grupos: 1) aquellas que realizan una actividad administrativa típica, que persiguen un fin público, en la terminología usual. 2) aquellas que realizan una actividad comercial o industrial. A su vez que las personas jurídicas no estatales serían aquellas en las cuales los particulares participan en mayor o menor medida pero que por estar sometidas a un régimen especial de derecho público son calificadas como públicas. ⁽⁶⁾

Finalmente referiremos en este apartado a un particular artículo. En concreto, referimos al art. 147 CCN el cual es un artículo novedoso, si se quiere, ya que no estaba en el código de Velez. El mismo determina una limitación sustentada en un número limitado de supuestos en los cuales no será de aplicación el Código Civil y Comercial estableciendo que en lo atinente a reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin

⁴ ROSATTI, H., El... "ob. cit. pág. 275, 277".

⁵ DIEZ, M.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, "pág. 147".

⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, "pág. xiv 13/17".



de la existencia de las personas jurídicas públicas se registrarán por las leyes y ordenamientos de su constitución que son de carácter público. Se colige que en el resto de los supuestos si será de aplicación la ley de fondo; esto equivale a decir que en aquellos casos de actuación de la persona jurídica pública, fuera de los propiamente constitutivos u organizativos, le será de aplicación las disposiciones del Código Civil Comercial Nación.

En opinión de Vitolo, citando a Francesco Ferrara, sostiene que esto se debe a la doble capacidad que tienen las personas jurídicas públicas: pública y privada. (7) Rosatti, entiende que en virtud de este art. 147 las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables (8)

Por nuestra parte compartimos la postura asumida por Rosatti, y sostenemos, además, que esta dualidad genera fricciones jurisprudenciales a la hora de determinar aquellos supuestos que se ubican en el límite entre los dos estamentos normativos; es decir el art. 147 CCN y el estatuto propio de la persona jurídica que es de naturaleza pública.

III.- PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS

Delineadas las conceptualizaciones básicas sobre las personas jurídicas públicas nos adentraremos en el instituto del Compliance. En nuestro derecho el Public Compliance, no está regulado, ni cuenta con una definición precisa.

El único tipo Compliance conceptualizado en nuestro derecho es el que se aplica a las personas jurídicas privadas y se encuentra consagrado en el art. 22 ley 27.401; básicamente es definido como un programa de

⁷ VITOLLO, "ob. cit., pág. 132".

⁸ ROSATTI, "ob. cit., pág. 247".



integridad consistente en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de integridad, supervisión y control orientados a prevenir detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. A su vez que el art. 23 regula el contenido específico que debe contener ese programa entre los que se destacan tres puntos: 1) un código de ética o de conducta. 2) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios. 3) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. Luego, el mismo artículo prevé cuestiones optativas como: 1) el análisis periódico de riesgos. 2) el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia. 3) Los canales internos de denuncias de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos. 4) Una política de protección de denunciantes contra represalias, entre otros.

En nuestra opinión, el Public Compliance puede ser definido como un programa de probidad orientado a la prevención de ilícitos y aminoración de riesgos que se aplica a todas las personas jurídicas públicas, siendo abarcativos de los comportamientos normativos y éticos. Entendemos que este tipo de Compliance no difiere radicalmente del Compliance de las personas jurídicas privadas, sino que solo varía el ámbito en el cual el mismo es aplicado. Miguel de Lucas sostiene que el Public Compliance hace referencia a aquella labor de control y supervisión realizada por la propia organización que tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de la normativa existente en el ámbito de actuación de la entidad, proporcionando seguridad en su comportamiento y actuación y evitando en su caso la



imposición de graves sanciones en caso de incumplimiento. ⁽⁹⁾

IV.- PUBLIC COMPLIANCE EN PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS ESTATALES y NO ESTATALES, SIGUIENDO EL MODELO CASTILLA LA MANCHA

Analizadas las distintas categorías de personas jurídicas públicas y los tipos de Compliance. En este determinaremos en cada categoría si es factible la adopción de un programa de Compliance.

En nuestra opinión a las personas jurídicas públicas estatales, se les puede aplicar el Public Compliance; en ello no habría inconveniente y esta idea es consecuente con la búsqueda del bien común que tienen arraigados este tipo de entes. En las Constituciones Provinciales, y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), está presente que el espíritu de su constitución es la búsqueda del fin común, con lo cual el Public Compliance, viene a reforzar esta finalidad, coadyuva más a la transparencia en la administración, la consecución de normas éticas y la normatividad de los entes estatales.

Un claro ejemplo de la aplicación de un programa de Compliance en las personas jurídicas públicas estatales lo constituye la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. A tal fin esta Comunidad Autónoma sancionó la ley 4/26, la cual toma como fundamento rector la transparencia en la actividad pública, e indica a los entes comprendidos en la norma una serie de directivas encaminadas a la transparencia de todas las actividades

⁹ DE LUCAS, M., *Compliance Officer: el cumplimiento normativo en los partidos políticos*, acop papers n11, ISSN2445-396X.



que realicen, la obligación de proporcionar todo tipo de información que se les sea proporcionada. Se debe remarcar que la información puede ser relativa a diversos aspectos destacándose: la información institucional y organizativa, información sobre altos cargos y asimilados, información sobre planificación y evaluación, información de relevancia jurídica, información sobre procedimientos administrativos y de calidad de servicios, información económica, presupuestaria y financiera, información sobre contratación pública, información sobre convenios encomiendas y encargos, información sobre subvenciones y ayudas económicas, información sobre ordenación territorial urbanística y vivienda, información sobre cuentas abiertas. Asimismo el art. 23 establece que tienen derecho a la información pública las personas físicas y jurídicas.

Por otro parte la categorización del Código Civil y Comercial, especificada en el art. 146, implica un parámetro importante; un faro jurídico que permite determinar cuáles son los entes con una finalidad constitucional específica en los cuales no es admisible, bajo ningún pretexto, el acaecimiento de casos de corrupción. Al referir a las finalidades constitucionales, aludimos a las especificadas en los art.122, 123, 124, 125 que confieren a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una amplia gama de actividades económicas, políticas, administrativas, institucionales y sociales en las cuales claramente podrían producirse casos de corrupción. En concreto sostenemos la idea de que a mayor atribución constitucional de funciones al ente público, mayor control debe realizarse, ello atento a que existe una mayor posibilidad de producirse casos de corrupción. Sería algo así como la aplicación de una regla de tres simple: mayor atribución constitucional, mayor



responsabilidad, mayor posibilidad de corrupción. Esta mayor responsabilidad es la que permite aplicación del Compliance en este tipo de entes. La utilización del instituto sería consecuente con la atribución constitucional. Se trataría de un Compliance enmarcado en el derecho constitucional.

Además, debemos agregar que al aludir a las funciones constitucionales específicas referimos como la de celebrar tratados paralelos para fines de intereses económicos y trabajos de utilidad común. Asimismo, esta atribución constitucional a las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, implica colocar en cabeza de estos entes públicos estatales funciones vitales no solo para las provincias sino para todo el sistema republicano de gobierno.

Las nuevas tendencias de la lucha contra la corrupción como producto de la criminalidad organizada constituyen un nuevo paradigma que debe ser abordado por todos los frentes; sin descanso alguno. En este marco el Compliance en este tipo de entes sería un instrumento tendiente a reducir la corrupción y la búsqueda de la eticidad de la institución. Una de las corrientes en boga sostiene que la corrupción debe ser considerada como un delito de lesa humanidad ya que el corrupto se apodera de bienes que servirían para salvaguardar el derecho a la vida o la salud de los demás, constituye una falacia pues la conducta podrá tornarse lesiva para la humanidad no por su causa- la corrupción- sino por sus efectos que el corrupto considero al menos con dolo eventual y no o detuvo en su accionar. ⁽¹⁰⁾

Otra tendencia es sostener que el delito de corrupción es imprescriptible. En tal sentido la Cámara de Casación Penal, Sala IV, con el voto del Dr. Hornos entendió que

¹⁰ ZUPPI, A., "La corrupción como delito de lesa humanidad", Revista Jurídica La Ley 25/10/2016, La Ley 2016- F, 78.



la imputación de la comisión de un grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento define la imprescriptibilidad de las conductas que deben juzgarse en este caso, de conformidad a lo dispuesto por la Constitución Nacional (art. 36, 3º y 5º párrafo). Asegura, además, que en el art. 36 es posible advertir tres tipos penales de carácter constitucional. Señala que es posible afirmar que del párrafo 5 del art. 36 surge que quien comete un grave delito doloso contra el Estado, que haya conllevado enriquecimiento, atenta contra el sistema democrático. ⁽¹¹⁾.

En síntesis, sostenemos que la corrupción en las personas jurídicas estatales es doblemente nociva, ya que al desarrollarse en el ámbito público no solo afecta directamente al vaciamiento de las arcas del Estado sino que además implica un desvío, innecesario, de fondos ya que el Estado deja de cumplir otros fines sociales que debe atender, que son parte de su propia esencia y se entroncan con la propia existencia del Estado.

Finalizada las razones relativas a la aplicación del Public Compliance en las personas jurídicas estatales, pasaremos revista a los fundamentos por los cuales creemos que el Public Compliance si debe aplicarse en las personas jurídicas no estatales.

El problema que podría suscitarse en las personas jurídicas públicas no estatales, es particularmente el relativo al origen del patrimonio de las mismas. Como se reseñó precedentemente, el patrimonio total o parcialmente de estas es de origen privado, sin embargo su finalidad es pública; generalmente la de satisfacer una necesidad pública. Hay en estos entes un mix de componentes, es decir privados y públicos. En definitiva,

¹¹ Cámara Federal Casación Penal (CFCP), Sala 4: "COSSIO Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación"



la aplicación del Public Compliance en este tipo de entes podría generar algún planteo normativo, o algunas vicisitudes en función de su dualidad compositiva (privada – pública).

Por otro lado vemos que el carácter público del ente esta dado por la ley de fondo, pero las normas que rigen el mismo no son de orden público, sino que fundamentalmente de carácter privado; lo cual genera un conflicto al momento de determinar con precisión a que normativa circunscribir un conflicto originado con las mismas. El tema se conflictúa un poco más, si existe en el ente una participación del Estado; dándose las sociedades de economías mixtas, o bien la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Este supuesto se encuentra en las antípodas; los intereses privados y los públicos representados con la presencia del Estado en esas sociedades. Dentro de esta categoría Gordillo menciona a las Asociaciones Dirigidas (Obras Sociales); Entes Reguladores no estatales. ⁽¹²⁾

En este contexto, debemos sostener que la aplicación del Public Compliance a este tipo de entes constituye un claro desafío. En las filas de esta categoría se pueden mencionar: Corporaciones Públicas; Fundaciones e Instituciones Públicas no estatales, en cuyas filas se encuentran los partidos políticos ⁽¹³⁾. Del análisis de las mismas surge que por un lado tienen una función de carácter público, pero no tienen participación del Estado y que su patrimonio total o parcial es de manos privadas. Se colige que el matiz de público proviene netamente de la función que realizan; la discusión se agudiza más cuando se pretende sostener el Public Compliance en los partidos políticos justamente porque su función no es

¹² GORDILLO, "ob. cit. pág. XIV 22".

¹³ GORDILLO, "ob. cit., pág. XIV- 20".



solo de carácter público sino que además reviste una función constitucional e institucional garantizada en la Constitución Nacional. Pero sobre este aspecto en particular lo trataremos en extenso en el acápite IV.

En nuestra opinión, consideramos que en las personas jurídicas públicas no estatales el Public Compliance, debe ser aplicado. La razón fundamental para sostener la aplicación es la función pública que estos entes realizan; ello independientemente del origen privado total o parcial del patrimonio. Debe primar la función por sobre el patrimonio.

Surge un razonamiento ineludible; que sucedería si a las personas jurídicas privadas, a las personas jurídicas públicas estatales se les aplica el Public Compliance, y a las personas jurídicas públicas no estatales no se les aplicara el Public Compliance. ¿No se convertirían este tipo de personas jurídicas pública en un subterfugio que permitiría la práctica de actos corruptos logrando la impunidad de sus involucrados?

Creemos que efectivamente la no aplicación del Public Compliance en este tipo de entes generaría el anidamiento de casos de corrupción, e incluso podría pensarse que en el momento de que estuvieron exonerados del Public Compliance se incrementarse la constitución de los mismos a escalas no usuales, en pos de evadir controles y responsabilidades. Es por ello que entendemos que estos entes deben ser sometidos a la aplicación del Public Compliance. Las tendencias actuales en el derecho comparado este momento se encaminan a la aplicación del Compliance en todo tipo de personas jurídicas privadas y públicas, tal como acontece en el derecho español.

V.- PUBLIC COMPLIANCE EN LAS SOCIEDADES DEL ESTADO, EMPRESAS DEL ESTADO Y SA CON PARTICIPACION ESTATAL MAYORITARIA



Optamos por referir un acápite independiente para este tipo de entes atento las funciones que realizan y la composición de su patrimonio. En una primigenia idea debemos sostener que estos tipos de entes se encuentran regulados en el derecho argentino en una norma específica para cada uno de ellos; las Sociedades del Estado están contempladas en la ley 20.705; las Empresas del Estado se consagran en la ley 13.653 y las últimas se regulan en la ley 19.550.

En relación a la conceptualización del Public Compliance remitimos a los fundamentos expuestos precedentemente que son de plena aplicación para este supuesto que acá contemplamos.

Las Sociedades del Estado constituyen otra modalidad pública empresarial. Se trata de entes estatales descentralizados que realizan actividades de tipo comercial o industrial organizados bajo un régimen jurídico privado predominante y que ratifican una realidad socio – económica típica de nuestro tiempo: la actuación del Estado como empresario, asumiendo un rol competitivo frente a la empresa privada. ⁽¹⁴⁾

Por su parte la propia ley define a las Empresas del Estado como entidades que realizan actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos de igual naturaleza que el Estado y que por mediar razones de interés público, el Estado considere necesario desarrollar estas actividades a través de estos entes.

Las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, son aquellas sociedades por acciones las cuales posibilitan la participación del Estado junto a los

¹⁴ DROMI, J. R., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Sociedades del Estado: Concepto, Clases y Caracteres*, [www.um.edu.ar > index.php > Idearium > article > view, 20/6/20](http://www.um.edu.ar/index.php/Idearium/article/view/20/6/20).



particulares o privados en empresas que tienen un interés público.

Uno de las aristas más escabrosas es la aplicación del Public Compliance en este tipo de empresas en las cuales existe la conjunción de los regímenes privados y públicos. En tal sentido en las Sociedades del Estado, si bien el ente es puramente estatal por su actividad estado sometido a un régimen mercantil común, se trata de una modalidad moderna de descentralización. ⁽¹⁵⁾ Por su parte, las Empresas del Estado quedan sometidas al derecho privado en lo que se refiere a las actividades específicas, y al derecho público en lo que concierne a las relaciones con la administración o servicio público. Las SA con Participación Estatal Mayoritaria son sociedades privadas no revistiendo el carácter de sociedades públicas. Desde este amplio espectro es donde se plantean los interrogantes a la posibilidad de que el Public Compliance sea de aplicación a estos entes. Debemos remarcar que tanto las Empresas del Estado como las Sociedades del Estado operan como cualquier otro tipo de sociedad comercial solo que en este caso en particular es el Estado que en forma personalizada asume la actividad comercial; en ellas se conjuga la satisfacción de una necesidad humana básica que es compleja y costosa para que un particular o empresa privada realice la misma, o bien el Estado asume un rol competitivo en el mercado. De allí que es el Estado aparece afrontando el riesgo de la actividad económica. No obstante, es clara la implicancia del bien común en la prestación del servicio siendo que las utilidades obtenidas van a las arcas del erario público.

En este contexto debemos sostener que si la figura societaria asumida por el Estado, el riesgo afrontado y la

¹⁵ DROMI, KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit.



operatividad comercial son similares a las de las sociedades privadas (personas jurídicas privadas) las cuales son sometidas al cumplimiento de programa de Compliance; no se encuentra razón valedera alguna para que este tipo de Sociedades o Empresas del Estado no sean sometidas a un programa de Public Compliance. No se observan diferencias cuantitativas ni cualitativas que permitan excluir a estas sociedades estatales de la implementación de un programa de Compliance.

Por otro lado, debemos sostener que estas Sociedades del Estado desarrollan actividades estratégicas, costosas, complejas y relativas a servicios o prestaciones esenciales para la sociedad (servicios de agua, luz). En virtud de ello producen movimientos económicos importantes, un giro comercial complicado y resultan ser actividades casi monopólicas, en las cuales la factibilidad de acontecer casos de corrupción es alta, el riesgo de corrupción es alto, con lo cual aparece como algo vital la concreción de la aplicación de programas de Public Compliance.

En otro orden de cosas, debemos señalar que en este tipo de sociedades el Public Compliance no debe confundirse o pretender ser englobado en otras áreas de las sociedades del Estado como pueden ser el área de riesgos, financiera o comercial de la empresa. Además por tratarse de entes públicos el Public Compliance requiere que sea ejecutado por un Public Compliance Officer; que obtenga el puesto por oposición de antecedentes y concurso público, evitando el despreciado nepotismo y que propenda a lograr el cumplimiento normativo y de los principios éticos a los que la empresa se halla sometida.

La aplicación del Public Compliance generaría valores éticos en la esfera de las empresas públicas, la disminución del riesgo corruptivo, el fortalecimiento de los planes de acción gubernamental y la transparencia



de la operatoria comercial de estas empresas. Por otro lado, existe una cultura ortodoxa que reniega a aplicar a las empresas públicas los programas de integridad tal cual se halla en las personas jurídicas privadas. Se pretende marcar una tajante diferencia, un campo restrictivamente separado en el cual las disposiciones del sector privado no pueden serle aplicadas; siendo esta una intención apartada totalmente de la realidad actual. No obstante pueden observarse dos cuestiones claramente expuestas. La primera de ellas tiene que ver con la ausencia de normas específicas en torno a la necesidad de aplicar el Compliance a las personas jurídicas públicas. Por otro lado, se observa que en el ámbito de la administración pública existen distintas aristas que resultan insuficientes para combatir la corrupción. En tal sentido existen regulaciones específicas en las bases de las licitaciones públicas, existen controles internos de la administración pública, supervisión y control de las áreas de los entes públicos, pero aun así resultan insuficientes para combatir la corrupción. Sin embargo no se evidencian normas éticas que garanticen la transparencia en la administración pública como el que podría proveer el Public Compliance. Asimismo la implementación del Public Compliance generará conciencia en la sociedad y a la postre causará confianza en los entes públicos. Se abrirá una nueva perspectiva en el franco combate de la corrupción en el ámbito público. Los reclamos sociales actuales se encaminan en solicitar una transparencia en la gestión pública; un cambio de visión en la responsabilidad de los recursos que pertenecen al erario público. La sociedad "exige" una transparencia en el manejo de la "cosa pública".

Existe una concepción arraigada socialmente de considerar que todas las empresas del Estados son ineficientes, generan déficit y son altamente permeables



a la corrupción de alto vuelo. Erradicar esta concepción puede efectivizarse a través del establecimiento y ejecución del Public Compliance que demuestre que es factible que empresas del Estado sean competitivas y generen ganancias genuinas.

VI.- SELECCIÓN Y FUNCIONES DEL PUBLIC COMPLIANCE OFFICER

Un punto importante merece la selección del Public Compliance Officer atento al carácter público que el mismo revestirá. Creemos que se debería proveer un procedimiento público de oposición de antecedentes para el nombramiento de los Officer. Todo ello, atendiendo a la máxima transparencia de la gestión del ente público, tratando de lograr una eficiencia "superlativa" de la empresa pública y la eficaz utilización de los fondos del erario público. Propendiendo al bien común como finalidad última de la existencia del ente público. De allí que este procedimiento habilitaría, al menos en teoría, la transparencia en la selección. Por otra parte, debemos mencionar que la ley 26.683 modificó la ley 25.246 referente a la Unidad Información Financiera (UIF), estableciendo que cuando se trate de una persona jurídica regularmente constituida, deberá designarse un oficial de cumplimiento. En tal sentido Gimenez Mesa entiende que este oficial de cumplimiento se trataría del Compliance Officer, postura que no coincidimos puesto que si bien la ley menciona la figura del oficial de cumplimiento allá en el 2011 al sancionarse esta ley; las personas jurídicas privadas, al igual que las públicas, no eran sujetos del derecho penal; de manera tal que pretender sostener que este oficial de cumplimiento tendría las mismas cualidades y funciones de las establecidas por la reciente ley 27.401 para el Compliance Officer resulta, a nuestro criterio,



inadmisible. Mucho menos que esto se podría aplicar a las personas jurídicas públicas y los partidos políticos. Aunque si bien hay que mencionar que la ley en el art. 20 inc. 18 establece que los partidos políticos son sujetos obligados, esta obligación es respecto de los bienes que reciban en condición de donación y aporte de terceros frente a la UIF; pero a nuestro criterio nada tiene que ver con el Public Compliance en personas jurídicas públicas, y menos con las funciones específicas que debe llevar a cabo el Compliance Officer. ⁽¹⁶⁾

En principio creemos acertado que no deberían existir diferencias entre las funciones que les competen al Private Compliance Officer y al Public Compliance Officer. De allí que entendemos que las funciones imprescindibles del Public Compliance Officer son:

A) Examinar las conductas de los agentes públicos, fundamentalmente que las mismas se enmarquen dentro de los parámetros del plan de integridad y que las mismas sean éticamente correctas. B) Controlar que los canales de denuncia concertados funcionen de manera correcta, que sean eficientes en términos de generar la investigación necesaria. C) Propender a realizar las gestiones necesarias para que el canal de denuncia no sea meramente un formalismo tendiente a dar cumplimiento al requisito del programa de integridad. D) Controlar que las denuncias no sean desechadas sin ser debidamente investigadas y comprobadas que no son objeto de investigación. E) Desechar toda denuncia que sea inverosímilmente infundada. F) Realizar el seguimiento de las denuncias impetradas y de las investigaciones en curso. E) Capacitar al personal del ente en el cumplimiento normativo y la ética.

¹⁶ GIMENEZ MESA, G., “*El criminal Compliance en los partidos políticos*”, Revista Jurídica El Derecho, ED 270, 23/12/2016.



VII.- PARTIDOS POLITICOS

La temática de los partidos políticos, no es una cuestión sencilla de tratar. Los mismos presentan una estructura ríspida, que ha sido institucionalmente revalorizada y empoderada luego de un proceso histórico que los ha desgastado como instituciones del sistema democrático y republicano. La violenta interrupción de la vida constitucional por la fuerza agrietó y lesionó el sistema democrático del cual los partidos políticos son los artífices directos. De ahí que previo a abordar la aplicación del Public Compliance en los mismos analizaremos tres aristas importantes de ellos: 1) la conceptualización de los partidos políticos. Análisis del sistema español. 2) La difícil y cuestionable naturaleza jurídica de los partidos políticos en el derecho nacional. 3) Los partidos políticos como sujetos de derecho penal. 4) La aplicación del Public Compliance en los partidos políticos.

1.- Conceptualización. Análisis del sistema español

En este punto trataremos las distintas acepciones que reciben los partidos políticos. De una simple lectura de los distintos instrumentos normativos, surge que los entes políticos son llamados con distintas acepciones, sin que ninguna de ellas determine con precisión cuál es la que debe prevalecer el nombre que debe adoptarse, o si una excluye a la otra; o si por el contrario no deberán excluirse y si deberían complementarse.

Los partidos políticos se encuentran regulados por dos plexos normativos; 1) Art. 38 de la Constitución Nacional (CN en adelante) que los contempla, establece la creación y el ejercicio de sus actividades dentro del marco democrático. 2) Las leyes: la Ley Orgánica de los Partidos Políticos y la ley de Financiamiento de los



Partidos Políticos; leyes 23.298 y 27.504 respectivamente.

En primer lugar, hemos de referir al art. 38 CN el cual fue incorporado por la Reforma Constitucional de 1994. Este rotulo a los partidos políticos como "instituciones fundamentales del sistema democrático"; determinando en la letra del artículo aspectos tales como: la creación, actuación, la organización y el funcionamiento. Además establece que el Estado contribuye al sostenimiento de económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Finalmente establece que los partidos políticos deberán dar publicidad del origen, destino de sus fondos y de su patrimonio. Advertimos que de la letra del artículo no emana ningún concepto o función específica con lo cual no puede más que tomarse como un enunciado constitucional.

Un poco de historia ayudará a comprender, quizás, la impronta de este artículo. Su génesis se encuentra en el Pacto de Olivos, entre los partidos políticos más representativos del momento (Peronismo y Radicalismo) y que luego fuere volcado en la ley 24.309, llamada "Ley de la Necesidad de la Reforma", que en un acápite que habilitó su tratamiento. En concreto bajo el título: "Temas que son habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente", concretamente en el punto J), titulado: "la regulación constitucional de los partidos políticos, por la habilitación de artículos nuevos a incorporar en el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución Nacional", de esta forma los partidos políticos fueron incorporados en su actual redacción del art. 38 CN. Se puede asegurar que la incorporación constitucional de los partidos políticos en la jerarquía constitucional es de data reciente, más concretamente apenas 26 años.



¿Cuáles son los cuestionamientos relativos que surgen y que erosionan esta conceptualización de los partidos políticos?

En primer lugar, la categorización: "instituciones fundamentales" no es un concepto delimitatorio, ni funcional, menos aún una categoría jurídica; esta catalogación como tal es inexistente en el derecho. Por otro lado, debemos sostener que se trata de una categoría vacía, ya que no permite inferir, ni siquiera sospechar, cuales son las funciones que se desprenden de este concepto de "institución fundamental". Ningún otro instituto del derecho recibe esta categoría. Haciendo una conceptualización hipotética podríamos decir que tal categoría podría otorgarse a muchos otros institutos que están en el sistema republicano y que también son instituciones fundamentales como por ejemplo la Universidad Pública, Sindicatos, todos ellos forman parte del sistema democrático desempeñando funciones primordiales aunque de diversa índole pero todas ellas encuentran refugio en el concepto de instrumento fundamental del sistema democrático tal como se consagra en la letra de la Carta Magna.

A pesar de que el propio artículo constitucional no determina "per se" cuáles son las funciones que le están permitidas y cuáles no, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos de "manera irregular", contempla las funciones de los mismos, tema que desarrollaremos a continuación.

Continuando con el análisis de este artículo constitucional, sostenemos que lo llamativo es que expresa que el Estado contribuye al sostenimiento de económico de las actividades de los partidos políticos y de la capacitación de sus dirigentes; con lo cual esto complica, aún más, cuando se quiere determinar si los partidos políticos son personas jurídicas públicas



estatales o no estatales, y en su caso con o sin participación del Estado.

A modo de ejemplo, citamos a la legislación española, la cual asume una postura distante, silenciosa; en tal sentido establece: "Los partidos políticos expresan el pluralismo político concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política". (17)

Relativo al segundo plexo normativo hemos de observar que en ninguna de estas normas se consagra expresamente que los partidos políticos son personas jurídicas; pero además de ello, solo se refiere a los mismos como instrumentos (art. 2 ley 23.298). Sin embargo, lo paradójico es que a los mismos se le concede la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 4 ley 23.298), que son cualidades propias de las personas jurídicas. Entonces conviene preguntarse, ¿Por qué no son llamados personas jurídicas a secas? No obstante que no son llamados personas jurídicas a secas, debemos observar que la propia ley otorga un tipo "especial" de persona jurídica a la cual titula: "jurídico - política" con la posibilidad de dos categorías: provisoria y definitiva (art. 7).

Se colige, entonces, que se trata de un tipo de persona jurídica que, en principio, sería distinta a las enunciadas de manera tradicional en nuestro ordenamiento pero que se le atribuye las mismas funciones que aquellas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre este tipo especial de persona jurídico-política. En el precedente: "Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento - Distrito Federal", la Corte confirmó un planteo denegatorio que había resuelto la Cámara

¹⁷ Art. 6 Constitución Española de 1978; entrada en vigor: 29/12/78.



Nacional Electoral al entender que el otorgamiento de la persona jurídica política al Partido Nuevo Triunfo (ex Partido Nacionalista de los Trabajadores) constituía una emulación del Partido Alemán Nacional Socialista de los Trabajadores. En este fallo es importante resaltar el voto independiente del Dr. Fayt, quien con total claridad sostiene que el pretendido derecho a la persona jurídica constituyen una práctica discriminatoria prohibida, pues se trata de evitar el uso abusivo de un derecho político fundamental para el sistema representativo democrático, que supera la frontera de la licitud constitucional. ⁽¹⁸⁾

Concluimos que en nuestro derecho no hay una conceptualización unitaria de partido político dándose esta bipolaridad conceptual de institución- instrumentos, siendo esta última con cualidades de las personas jurídicas; todo ello genera disidencias.

A pesar de esta dualidad de definiciones, en nuestra opinión existe una manera armoniosa de ser interpretados. En tal sentido, entendemos que el art. 38 CN es el marco jerárquico, constitucional y supremo; que delimita en ese marco a los partidos políticos; a la vez que les otorga la función republicana y democrática en el sistema normativo argentino. En tanto que las leyes 23.298 y 27.504 atribuyen un especial tipo de persona jurídico que titula: jurídico – político y conceden la función operativa a los partidos políticos relativa a la faz interna de ellos atendiendo al marco constitucional concedido por el art. 38 CN.

2. Naturaleza jurídica

¹⁸ Corte Suprema Justicia Nación Argentina (CSJN): "Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento – Distrito Federal", 17/3/09, Fallos 332:433.



La conceptualización desarrollada, nos permite aseverar que los partidos políticos son personas jurídicas. Ahora bien en este acápite determinaremos si se trata de una persona privada o público ya que son las dos categorías que se admiten formalmente en nuestro derecho.

En rigor de verdad sucede que justamente tratar de encasillar y conceptualizar a los partidos políticos en uno de los tipos de naturaleza jurídica es uno de las aristas más arduas del derecho actual. La cuestión no es sencilla, menos aun tomando en consideración las categorías jurídicas existentes en nuestro derecho, esto es: personas jurídicas privadas y públicas. Un simple vistazo por la doctrina y la normativa aplicables a los mismos nos ilustrará la situación.

Para citar la disparidad de opiniones, citaremos a Gordillo quien en su obra ubica a los partidos políticos como personas jurídicas públicas no estatales sin participación del Estado ⁽¹⁹⁾. Entendemos que esta conceptualización de Gordillo confronta con el texto constitucional que dice que el Estado contribuirá al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. De manera tal que, si el Estado contribuirá al sostenimiento económico de sus actividades, mal puede decirse que los partidos políticos no tendrán una participación estatal por poco o mucho que sea y que la misma estará encaminada al sostenimiento del propio ente. Sabido que es la participación de Estado puede ser estatutaria y permanente; o bien accidental e informal. Sabemos fehacientemente que cada partido político recibe del Estado, luego de cada elección, un importe por cada voto que obtuvo en el sufragio. En otra postura, Rosatti

¹⁹ GORDILLO, "ob cit., XIV 22".



sostiene que los partidos políticos son instituciones intermedias. ⁽²⁰⁾

Debemos rechazar que la persona jurídico político consagrada en la ley 23.298 sea una categoría jurídica independiente, o distinta de las tradicionales; ya que la propia norma no establece ninguna prerrogativa que las haga distinta de aquellas. En efecto, de una simple lectura de la letra de la norma surge que las cualidades otorgadas son similares. Es por ello que esta pretendida categoría no se difiere de las tradicionales personas jurídicas.

Desde nuestra postura, debemos pronunciarnos por la naturaleza jurídica de los partidos políticos, como un elemento ontológico que permitirá determinar la aplicación o no del Public Compliance. En nuestra modesta opinión entendemos que los partidos políticos son personas jurídicas públicas no estatales con participación del Estado.

3.- Sujetos del derecho penal

Tal como se trató precedentemente, sea cualquiera de las teorías que se adopte; los partidos políticos no son una persona jurídica privada. Podrá decirse que son instituciones intermedias, publicas estatal sin participación del estado; etc, pero nunca podrá sostenerse que los partidos políticos son personas jurídicas privadas.

Partimos de una premisa fundamental por medio de la cual, en nuestro derecho, solo las personas físicas y las personas jurídicas privadas (ley 27.401) son sujetos del derecho penal. En resumen, los partidos políticos en su carácter de personas jurídicas públicas no son sujetos de derecho penal, el fundamento de sustrato jurídico reside en la ausencia de norma específica que así lo establezca.

²⁰ ROSATTI, "ob. cit., pág. 273".



No obstante existen otras cuestiones conexas que se vinculan con esta no categorización de los partidos políticos como sujetos de derecho y que desarrollaremos en breve en este ensayo.

¿Qué implica que los partidos políticos sean considerados como sujetos del derecho penal? Esta situación implica que frente a la comisión de un ilícito penal en el cual medie la participación de un partido político sean un sujeto imputable; con lo cual en aquellos casos en los cuales se cometa un delito mediando un partido político únicamente deberán responder aquella/s persona/s que hubiesen estado al frente de la institución actuando en su nombre o representación; cobrando vital importancia la teoría del órgano. En concreto debemos vislumbrar que ante este supuesto de inimputabilidad del partido político concretamente su persona jurídica-política quedará incólume; con lo cual no podrá atribuírsele ninguna responsabilidad por el hecho penal cometido.

A contrario, si el partido político fuese un sujeto penalmente imputable permitiría aplicar sanciones directamente a la persona jurídica-político tales como por ejemplo: impedirle su actuación como partido electoral, la suspensión de la personería jurídica, o la presentación como partido político en una elección; ahí estribaría, en esencia, la diferencia entre la posibilidad de ser responsable penalmente la persona jurídica o no. En esto estribaría la diferencia sustancial de los supuestos.

Se colige que en relación a los partidos políticos sigue vigente aquella alocución latina: "societas delinquere non potest" ya que como dijimos la única ley que sanciona personas jurídicas (ley 27.401) solo aplica a las personas jurídicas privadas y no las públicas.

Una de las preguntas que mayor repercusión tiene reside en la función constitucional que tienen los partidos políticos y que como se esbozó está directamente



vinculada al sostenimiento del sistema democrático. En tal aspecto, cabe preguntarse: ¿Podría pensarse que si los partidos políticos pasan a ser considerados como sujetos penalmente responsables se obstaculizaría su misión fundamental en el sistema democrático?

A pesar de que las razones que esbozaremos, las cuales no son de corte netamente jurídico sino más bien de raigambre sociológico, nos inclinamos por la respuesta negativa. Creemos que a pesar de considerar a los partidos políticos como sujetos penalmente responsables el sistema democrático no se vería afectado.

La admisión de los partidos políticos como sujetos de derecho penal, solo se podrá dar en un futuro en el cual acontezca previamente una maduración o evolución social, que tenga entidad suficiente que permita distinguir al partido político como autor del mismo ilícito penal, por un lado, y que por otro lado se ubiquen las personas que dirijan, actúen o desarrollen actividades en el partido. En otras palabras, poder distinguir la persona jurídica pública (depositada en el ente partido político) de las personas físicas (presidente del partido, dirigente del partido, cualquier persona que actúe en el partido). Solo así, podrá decirse que es a partir de aquella maduración o evolución social los partidos políticos podrán ser considerados como sujetos penalmente responsables.

A su vez, entendemos que esta posibilidad de diferenciar a las personas físicas de la personalidad del partido político brindará mayor transparencia al sistema y reafirmará la vigencia del sistema republicano y democrático.

En el campo de las personas jurídicas privadas sucedió esta diferenciación aludida. En tal sentido, originalmente y de forma mayoritaria en todos los ordenamientos, las personas jurídicas privadas no eran consideradas como sujetos de derecho penal. Durante mucho tiempo se



sostuvo que las mismas no podían ser sujetos de derecho penal; en nuestro caso en particular la Corte Suprema llegó a pronunciarse por la negativa en el caso Fly Machine.⁽²¹⁾ Luego y como resultado de un proceso de maduración social de raigambre global, como producto directo del aumento de la criminalidad organizada, se establecieron estándares internacionales en las cuales las personas jurídicas privadas eran un centro de imputación penal; independiente de la persona física que actuase en ellas. Esta diferenciación no implica un avasallamiento de los principios del sistema republicano ni democrático ni mucho menos implica poner en riesgo los principios del derecho penal liberal que se encuentran fuertemente arraigados en la doctrina y en la jurisprudencia. Al contrario, implica un perfeccionamiento del sistema en su conjunto, entendiendo que el derecho es un subsistema dentro de un sistema mayor que es la sociedad. ⁽²²⁾

En la medida en que se tomen acciones contra un partido político en función del líder del partido o de la persona que encabeza el mismo, el sistema democrático estará en peligro. En otras palabras, debemos distinguir claramente la figura del partido político como un sujeto de derecho, un centro de imputación de obligaciones y generador de derechos, capaz de ser sujeto imputable del derecho penal; pero ello debe hacerse independientemente, separadamente de la/s persona/s que integran el partido político. De no ser realizada esta distinción el sistema democrático estará en peligro.

²¹ Corte Suprema Justicia Nación Argentina (CSJN): "Fly Machine SRL, 30/5/2006, SJA 7/5/2008. JA 2008-II-29. 35003528".

²²LUHMANN, N., *Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos, Madrid, 1998.



El proceso histórico argentino demuestra a las claras sobrados ejemplos de lo que ha implicado afectar la vida de los partidos políticos. Un ejemplo fue la proscripción del peronismo; esto significó atentar contra el sistema democrático y constitucional de la Nación. Se intentó atentar o neutralizar a la figura de Perón pero no se advirtió que la proscripción del partido implicaba un atentado contra el sistema democrático en su conjunto. No se observó que en las filas del partido había electores (personas humanas) que se sentían representados por el partido político, y que pretendían el ejercicio de su derecho a voto a través de ese partido. Otro de los embates fue la suspensión de la actuación de los partidos políticos durante la dictadura 1976-1983. Los partidos fueron cercenados en sus actividades, al igual que la posibilidad de realizar todo tipo de elección política.

Resulta vital reafirmar a los partidos políticos como organizaciones permanentes para competir por la captación y conservación del poder, con el carácter de instrumentos auxiliares de la organización estatal, cuya función es proporcionar el núcleo de las autoridades políticas del Estado y las fuerzas políticas no organizadas para la lucha electoral y que procuran captar el poder por medios no institucionalizados. ⁽²³⁾

Insistimos que el requisito fundamental para que los partidos políticos sean considerados como sujetos penalmente responsables es la maduración institucional y social de la ciudadanía; circunstancia que aún no ha adquirido; tan solo de la recuperación democrática han pasado apenas 36 años.

4.- Public Compliance en los partidos políticos

²³FAYT, C., *Ciencia Política y Ciencias de la Información*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, "pág. 78".



Luego de analizada la conceptualización de los partidos políticos, la naturaleza jurídica de los mismos y la posibilidad de que sean sujetos del derecho penal; podremos introducirnos en determinar si es factible o no, la aplicación de Public Compliance en los partidos políticos en Argentina.

Entendemos que, sin analizar la conceptualización ni la naturaleza jurídica, no habría sido posible abordar este tema; ello es así puesto que es preciso, con carácter previo, saber si el concepto de institución fundamental (art.38 CN) o el de instrumento (ley 23.298) y a la vez delimitar que tipo de naturaleza jurídica ostentan los partidos políticos son óbices para pretender aplicar el Public Compliance.

En nuestra opinión hemos concluidos, a partir de los puntos analizados, que los partidos políticos son personas jurídicas públicas no estatales con participación del Estado y respecto de la conceptualización hemos armonizado las terminologías en boga (institución fundamental – instrumento) de forma tal de evitar todo quiebre o fricción entre ellos ya que son dos normas en plena vigencia y con total operatividad.

No obstante estas precisiones metodológicas esbozadas, advertimos al lector de que la aplicación del Public Compliance en los partidos políticos, es un tema del cual existe escasa doctrina nacional y que además no hay regulación normativa alguna en nuestro derecho, aunque no dudamos que en un lapso de tiempo, no muy lejano, este paradigma será de aplicación en la legislación argentina. Sentadas todas estas indicaciones preliminares, comenzaremos el tratamiento del tema.

Si admitir la viabilidad del Compliance en las personas jurídicas públicas resultó complejo, mucho más resultará acoger el Compliance en los partidos políticos. Es por ello que en una primera aproximación al tema, relataremos



la experiencia en la legislación española para proyectarlo como idea rectora de este trabajo y como un factible modelo de aplicación en nuestro derecho.

En España en los comienzos de sancionarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, los partidos políticos fueron excluidos de la misma; en tal sentido la ley orgánica 5/2010 los exceptuaba de forma expresa, al igual que a los sindicatos. Sin embargo, luego, la ley orgánica 7/2012 modificó la ley orgánica 10/1995 del Código Penal en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal en la Seguridad Social con lo cual los partidos políticos y Sindicatos se convirtieron en sujetos del derecho penal. Esto marcó una nueva pauta ya que estas agrupaciones pasaron a ser sujetos responsables de los delitos que hubieran cometido.

Al mismo tiempo el art. 9 bis de la Ley de Partidos Políticos, sancionada en 2002, (introducido por ley orgánica 3/2015) prevé que los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión a los efectos previstos en el art. 31 bis del Código Penal. Por su parte este artículo prevé la responsabilidad de las personas jurídicas incluyendo expresamente a los partidos políticos. Las eximentes se encuentran reguladas en el art. 31 bis 2 apartado 2 y 4 del Código Penal que claramente refieren a la aplicación de un Programa de Compliance. De todo ello se colige que los partidos políticos son personas jurídicas penalmente responsables y deberán contar con un Compliance a los fines de evitar su responsabilidad penal.

En nuestro derecho sucede algo totalmente distinto. En primer lugar la única ley (27.401) que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, excluye a los partidos políticos. No sin razón alguna se trató la naturaleza jurídica de los partidos políticos, sino



que se preciso la misma a los fines de delimitar la exclusión de los mismos como sujetos abarcados por la ley 27.401.

Una de las cuestiones que se objeta a la aplicación del Programa de Compliance a los partidos políticos es la función constitucional que los mismos ostentan, y si tal adaptación no afectaría el sistema democrático. En tal sentido, conviene preguntarse, ¿Es viable que los partidos políticos deban someterse a un Public Compliance sin afectar la finalidad democrática que tienen instituida?

Levitsky y Zibblatt, expresan con claridad que los partidos políticos deben encontrar un equilibrio entre dos funciones: una función democrática consistente en elegir candidatos que representan mejor a los votantes del partido, por un lado y lo que el politólogo James Ceaser denomina función de filtración consistente en descartar a quienes suponen un desafío para la democracia o son inadecuados para ocupar la presidencia, por el otro lado.
(²⁴)

En este contexto, en nuestra modesta opinión entendemos que un programa de Public Compliance no afectaría la finalidad democrática de los partidos políticos, sino que por el contrario reforzaría el ideal democrático. Asimismo, de un vistazo a la legislación mencionada se puede observar que el Programa de Compliance opera como una causal eximente de responsabilidad penal; en efecto de la letra de la ley 27.401 al igual que del caso español se observa que si el persona jurídica privada y el partido político, respectivamente, cuentan con un programa de Compliance exoneran su responsabilidad.

²⁴ LEVITSKEY S.; ZIBLATT D., *Como mueren las democracias*, Editorial Ariel, Buenos Aires, 2018, "pág.54".



El Public Compliance sería un programa de integridad encaminado al funcionamiento conductual y ético de todo partido político; por otro lado el instituto del Compliance tiene una finalidad disuasoria de conductas delictivas. Klitgaard entiende que la corrupción es un crimen de cálculo y no un crimen pasional; por lo tanto empieza con mejores sistemas. ⁽²⁵⁾ Es precisamente el Compliance que funciona como un sistema que tiende a atacar el fenómeno de la corrupción en los partidos políticos. Es imposible pretender "cargar" todo el peso de la lucha contra la corrupción en los sistemas normativos, únicamente normativos; lograr una hiperinflación creadora de normas jurídicas y que solo ello sea el remedio al tema. Surge en este contexto el Compliance que al ser de interna al partido político, sería de gran eficacia en la lucha contra la corrupción y de esa forma se descomprimiría el sistema normativo. En otras palabras el propio ente de manera interna genera condiciones de erradicación y prevención del fenómeno de la corrupción.

Esta idea propia de sobrecarga de los sistemas normativos, se complementa con el pensamiento de la investigadora Gutierrez Perez, quien sostiene que existe una flexibilidad en lo que se refiere a los delitos de corrupción pública y que por ello se ha propiciado el vaciamiento de su concepto, pervirtiendo su significado y arrastrando hacia sus confines prácticamente todo delito relacionado con la figura de políticos. ⁽²⁶⁾

²⁵ KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema para el fin de siglo*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986, "pág. 10".

²⁶ GUTIERREZ PEREZ, E., *Corrupción pública concepto y mediciones. Hacia el Public Compliance como herramienta de prevención de riegos penales*, Política Criminal, Vol. 13, (julio 2018) art. 3 "pág. 104-143".



Por otra parte, debemos señalar que no es descabellado pensar que los partidos políticos sean sometidos a control con un programa de Compliance; de hecho se plasmó el blanqueo y la legalidad de toda la operatividad. A tal fin observamos que en nuestro derecho los partidos políticos están seriamente obligados a cumplir con ciertas normas contables. Al respecto vemos que el art. 37 ley 23.398 prevé que los partidos políticos deben llevar libros contables y conservar los documentos respaldatorios. En igual sentido se encamina la ley 27.504, ley financiamiento de los Partidos Políticos, que prevé en su art. 23 los estados contables y en el art. 26 prevé el procedimiento de control patrimonial. Se colige que los partidos políticos a pesar de ser instituciones fundamentales del sistema democrático están sometidos a controles y por ello nadie puede alegar que el sistema democrático se vería afectado.

Uno de los problemas que podrían derivarse de pretender aplicar el Compliance en los partidos políticos, podría ser la disimilitud que existe entre una sociedad corporativa (persona jurídica privada) y los partidos políticos a la hora de transferir responsabilidad al ente. En el caso de las personas jurídicas privadas, la acción u omisión de unos de los agentes de la sociedad permite la transferencia de manera inmediata a la persona jurídica; en tanto que en los partidos políticos el tema es un poco más complicado puesto que la organización interna concentrada en una asociación de múltiple personas que solo persiguen una ideología común, dificulta en el seno del partido definir los órganos de mando, la toma de decisiones y como se imputan estas a las personas físicas que las ejecutan, a lo que se suma la extensión territorial del partido que puede ser en todo un estado, y la carta fundacional del partido. A lo



antedicho debe aunársele un concepto esbozado por Duverger: "horizontalidad"; al respecto señala este autor: "el carácter distintivo de los partidos políticos es la igualdad relativa de sus miembros, el hecho de que las solidaridades se desarrollan horizontal y no verticalmente". (27)

Asimismo el Compliance tiene una función única en su especie como es la de crear una cultura corporativa alineada con la legalidad y el cumplimiento normativo y regulatorio, constituyendo una propuesta democráticamente regeneradora. En otras palabras no encontramos obstáculos para la aplicación del instituto del Compliance.

¿Cuál es la coyuntura social en la que se encuentran los partidos políticos?

En la actualidad los partidos políticos no se encuentran en su mejor momento ya que por un lado no cuentan con la representatividad que deberían contar; sumado al hecho de que los electores, generalmente, no se sienten representados por los candidatos a ser elegidos.

Nohlen entiende que los representantes son el medio de identificación del elector, la cual es muy importante para la creación y el mantenimiento de la legitimidad de las políticas públicas y el sistema democrático (28). El lazo que une al electorado con los partidos políticos se encuentra vapuleado, teñido por la desconfianza y el descrédito.

Por otro lado los partidos políticos se ven alcanzados, no siempre y en todos los casos, por maniobras poco claras

²⁷ DUVERGER, M., *Los Partidos Políticos*, Fondo de Cultura, México, 1957, "pág. 181".

²⁸ NOHLEN D., *Instituciones Políticas en su contexto. Las virtudes del método comparativo*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa, Fe, 2007, "pág. 179".



que generan desconfianza en el seno social. La frase acuñada popularmente “que se vayan todos”, en boga durante la crisis del año 2001, fue una prueba cabal de ello.

Quizás un sometimiento voluntario por parte de los partidos políticos a un programa de Compliance los haría recuperar la credibilidad de la ciudadanía y parte del electorado perdido reafirmando así el rol de los partidos en el sistema democrático como expresión del pluralismo político. En el otro margen del análisis, debemos remarcar la importancia institucional de los partidos políticos en el sistema democrático y republicano de gobierno ya que son pilares sustentadores del sistema democrático. La democracia sin ellos sería inconcebible.

VIII.- CONCLUSION

En el presente trabajo hemos recorrido un amplio trayecto, formalizando una comparación de fondo con el derecho español. En el mismo hemos analizado todas las aristas vinculadas a las personas jurídicas pública, empresas públicas y los partidos políticos pretendiendo la aplicación del Public Compliance, tal cual el modelo español. A la vez que, hemos estudiado las distintas clases de personas jurídicas públicas y si sería factible en ellas la aplicación del Public Compliance. Finalmente hemos referido a los partidos políticos desmembrando los componentes inherentes a los mismos, a los fines de estudiar la aplicación del Compliance en ellos.

De allí que en el presente epílogo solo esbozaremos una solución de aplicación de *Legge Ferenda* que permita en un futuro cercano viabilizar la aplicación del Public Compliance en las personas jurídicas públicas y en los partidos políticos, tal como lo hace la legislación española. Creemos firmemente que el derecho comparado, en este caso el derecho español, será un



excelente marco referencial para la aplicación del Public Compliance.

No queremos finalizar, sin antes mencionar, que a nuestro criterio entendemos que la aplicación del Public Compliance en las personas jurídicas públicas implicará un avance normativo y significará una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción. A la vez que dará más transparencia en la administración pública y operará como un instrumento apto para la disuasión de la comisión de delitos. Paralelamente esto generará un aumento de la confianza social en las instituciones públicas.

En relación a los partidos políticos la cuestión trascendente se vinculó a si la aplicación del Public Compliance en estos entes obstaculizaría la función constitucional de los mismos. Luego del análisis de los distintos aspectos vinculados a los mismos, concluimos que el Compliance en los partidos políticos no afectará el sistema democrático y constitucional. Por el contrario el Programa de Compliance fomentará la transparencia en las gestiones que realicen los partidos políticos, a la vez que les permitirá imponer responsabilidades en la estructura horizontal que estos entes presentan, distinguiendo a las personas humanas de la persona jurídica-política del partido. Definitivamente el Public Compliance coadyuvará al fortalecimiento y empoderamiento de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema constitucional. Por otro lado, la jerarquización de los partidos políticos como institutos del sistema democrático facilitará que estos entes recuperen la representatividad del electorado que han perdido.

Como propuesta de Lege Ferenda, consideramos que se deberá instrumentar una normativa independiente para las personas jurídicas públicas, atento a la especial naturaleza de las mismas, por medio de la cual estos



entes asuman un Programa de Public Compliance que deberá contener los supuestos relativos a: la transparencia y eticidad, los canales de denuncia el seguimiento de las mismas, la denuncia anónima, la protección efectiva de los denunciantes (en el supuesto de personal propio del ente). Por otro lado, las personas jurídicas públicas deberán contar con un Public Officer, el cual deberá ser seleccionado por concurso público de antecedentes y prueba de oposición; a quien se le deberán asignar las funciones que mencionamos en el punto VI. En relación a los partidos políticos deberán ser consagrados como sujetos del derecho penal y luego someterlos, por ley específica, a la conformación y adopción de un Programa de Public Compliance, el cual también deberá tener como especial foco de atención la transparencia y eticidad de las contrataciones que los partidos realicen. A su vez que deberán proceder a nombrar un Public Compliance Officer dentro de la esfera de acción del partido político, atendiendo las funciones mencionadas precedentemente.